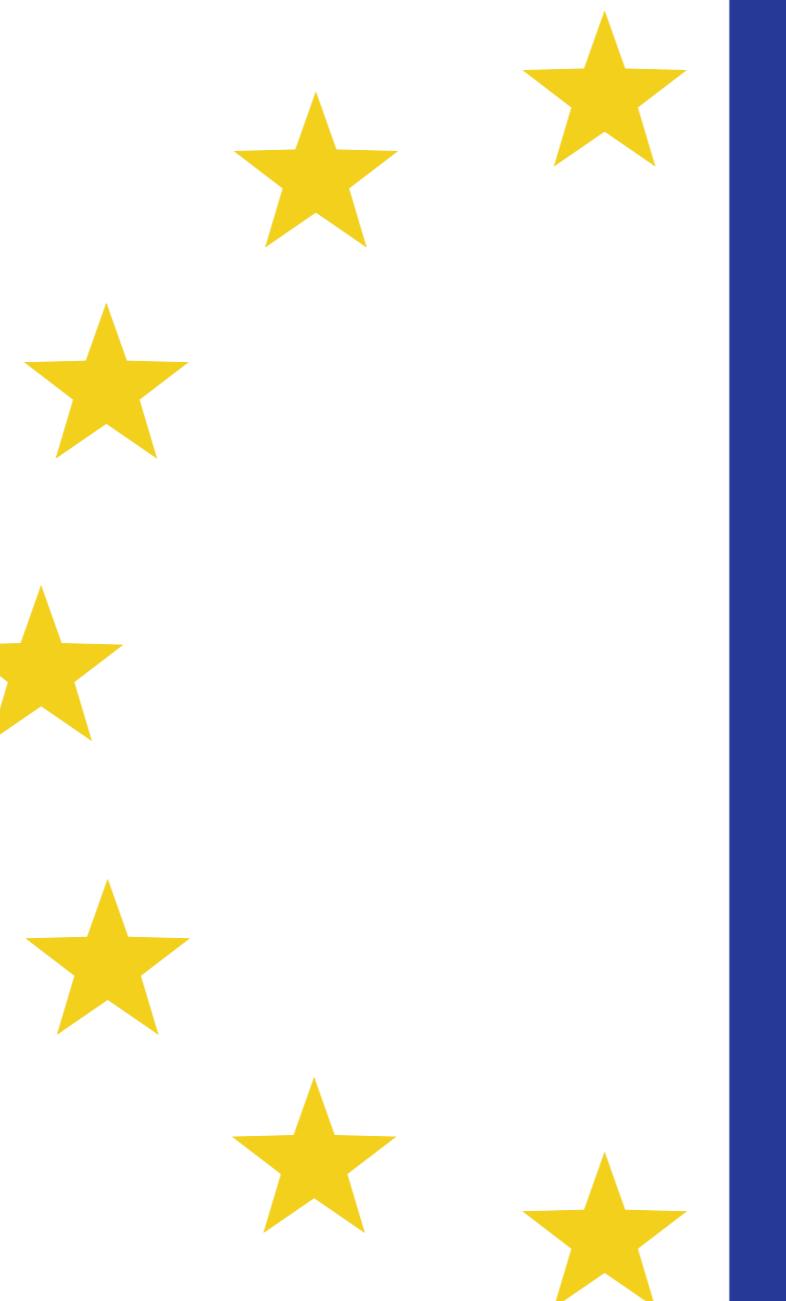


[www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica](http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica)



19

REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO



JUNTA DE ANDALUCÍA



Instituto Andaluz de Administración Pública  
CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



## REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Número 19. Enero-junio de 2013





---

# REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

---

EUROPÄISCHES VERFASSUNGSRECHT ZEITSCHRIFT

RIVISTA DI DIRITTO COSTITUZIONALE EUROPEO

REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL EUROPEU

EUROPEAN CONSTITUTIONAL LAW REVIEW

REVUE DU DROIT CONSTITUTIONNEL EUROPÉEN

REVISTA DE DRET CONSTITUCIONAL EUROPEU

EUROPAKO KONSTITUZIO ZUZENBIDEAREN ALDIZKARIA

REVISTA DE DEREITO CONSTITUCIONAL EUROPEO

**19**

---

Año 10, número 19, enero-junio de 2013

---

Primavera árabe,  
Unión Europea y contexto global

Universidad de Granada  
Instituto Andaluz de Administración Pública

## CONSEJO DE DIRECCIÓN

María Concepción Becerra Bermejo, M.<sup>a</sup> Ángeles Pérez Campanario, María Ángeles López Pardo,  
Francisco Balaguer Callejón, Gregorio Cámera Villar, José Antonio Montilla Martos

### DIRECTOR

Francisco Balaguer Callejón

#### SECRETARIO

José Antonio Montilla Martos

#### SECRETARIOS ADJUNTOS

Miguel Azpitarte Sánchez  
Enrique Guillén López  
Ricardo Martín Morales  
Juan F. Sánchez Barrilao

#### SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Gregorio Cámera Villar

#### SECCIÓN DE LEGISLACIÓN

María Luisa Balaguer Callejón

### EDITORES

Ángel Rodríguez  
José Manuel Martínez Sierra  
Adoración Galera Victoria  
María Dolores Martínez Cuevas

Augusto Aguilar Calahorro  
José María Porras Ramírez  
José A. Marín Gámez  
Concepción Pérez Villalobos

Antonio de Cabo de la Vega  
Baldomero Oliver León  
Ramón Orza Linares  
Francisco Javier Durán Ruiz  
Susana Ruiz Tarrías

## CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE DE HONOR: Peter Häberle

PRESIDENTE: Carlos de Cabo Martín

### VOCALES

Ricardo Alonso García  
José Asensi Sabater  
Paola Bilancia  
A. Antonio Cervati  
Lorenzo Chieffi  
Francesc de Carreras Serra  
Miguel Ángel García Herrara  
Tania Groppi  
Fulco Lanchester  
Antonio López Castillo  
Gonzalo Maestro Buelga  
Gilmar Ferreira Mendes  
Alessandro Pizzorusso  
Gil C. Rodríguez Iglesias  
Modesto Saavedra López  
Antonio Torres del Moral  
Gustavo Zagrebelsky

Miguel Ángel Aparicio Pérez  
Mercé Barceló Serramala  
Roberto Blanco Valdés  
Manuel Contreras Casado  
José Francisco Chofre Sirvent  
Francisco del Río Muñoz  
Manuel Gerpe Landín  
Christian Hillgruber  
Diego J. Liñán Nogueras  
Francisco López Menudo  
Stelio Mangiameli  
Roberto Micciù  
José Antonio Portero Molina  
Giancarlo Rolla  
Remedio Sánchez Férriz  
Alejandro del Valle Gálvez

Xavier Arbós Marín  
Javier Barnés Vázquez  
Carmen Calvo Poyato  
Javier Corcuería Atienza  
Ricardo Chueca Rodríguez  
Jacqueline Dutheil de la Rochère  
José Joaquín Gomes Canotillo  
Javier Jiménez Campo  
Juan Fernando López Aguilar  
Antonio López Pina  
Miguel Martínez Cuadrado  
Lothar Michael  
José Carlos Remotti Carbonell  
Roberto Romboli  
Sixto Sánchez Lorenzo  
Jaume Vernet i Llobet

Rainer Arnold  
Rafael Barranco Vela  
Antonio Cántaro  
Pedro Cruz Villalón  
Antonio D'Atena  
Teresa Freixes Sanjuán  
Yolanda Gómez Sánchez  
Markus Kotzur  
Alberto López Basaguren  
Jörg Luther  
Didier Maus  
Lucía Millán Moro  
Paolo Ridola  
Francisco Rubio Llórente  
Helmut Schulze-Fielitz  
Eduardo Vírgala Foruria

### EDITA

Instituto Andaluz de Administración Pública



Gestión de Publicaciones en materia

de Administraciones Públicas

### Dirección postal y electrónica

Revista de Derecho Constitucional Europeo. Departamento de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho.

Plz. de la Universidad, s/n. 18001 Granada.

redce@ugr.es - Telfs.: 958 24 34 51 - 958 24 34 55 - 958 24 62 92

ISSN: 1698-4889. DEPÓSITO LEGAL: GR-1.316/2004 • Imprime: EDITORIAL COMARES

Suscripción anual (2 números): 30 € (IVA incluido). Número suelto: 20 € (IVA incluido).

Pedidos y suscripciones: Instituto Andaluz de Administración Pública, Servicio de Documentación y Publicaciones.

C/ Ramón y Cajal, nº 35. 41071 - Sevilla. Telf.: 955 04 24 00. Fax: 955 04 24 17.

www: juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica - e-mail: publicaciones.iaap@juntadeandalucia.es

# REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Año 10, número 19, enero-junio de 2013

---

**Primavera árabe,  
Unión Europea y contexto global**

## SUMARIO

PRESENTACIÓN .....	9
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	
ESTUDIOS	
La Primavera Árabe (2011/12) en el horizonte de la Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura .....	17
PETER HÄBERLE	
Revueltas árabes, transición democrática y partidos religiosos .....	41
SALVO ANDÒ	
Las revoluciones de la dignidad árabe-islámica .....	101
ANTONIO CANTARO	
Europa y la primavera árabe: ambiciones y límites de la política mediterránea de la Unión Europea .....	133
ELEONORA GUASCONI	
¿De qué color es un espejo? Las primaveras árabes y la comparación constitucional .....	151
ANGELO SCHILLACI	
Primavera árabe y relaciones conyugales en las tradiciones europea e islámica: algunas notas .....	167
BIAGIO ANDÒ	
La Constitución egipcia de 2012, líneas de desarrollo y prospectiva .....	185
ULRIKE HAIDER-QUERCIA	

**ARTÍCULOS**

El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Iberoamericana de Derechos Humanos .....	221
HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ	
La Libertad de comunicación en Estados Unidos y en Europa .....	271
PEDRO J. TENORIO SÁNCHEZ	
La reforma del recurso de amparo y la Ley Orgánica 6/2007 vistas desde Italia. El alcance expansivo del recurso individual directo (como acceso sustancialmente alternativo a la vía incidental) .....	311
ANDREA PATRONI GRIFFI	

**PERFILES/NOTICIAS**

Laudatio. Carlos de Cabo Martín .....	377
JOSÉ ASENSI SABATER	

**TEXTOS CLÁSICOS**

Propuesta para un constitucionalismo crítico .....	387
CARLOS DE CABO MARTÍN	

**JURISPRUDENCIA**

El matrimonio: ¿garantía institucional o esfera vital? A propósito de la STC 198/2012, de 6 de noviembre, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y la jurisprudencia comparada .....	403
MIGUEL A. PRESNO LINERA	

**LEGISLACIÓN**

Crónica de legislación europea .....	435
MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN	

**FORO**

Una interpretación constitucional de la crisis económica .....	449
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	

<b>NOTICIAS DE LIBROS.</b> .....	455
----------------------------------	-----

---

## Presentación



El número 19 de la *ReDCE* sale a la luz en un momento de relativa estabilidad dentro de la crisis que está viviendo actualmente la Unión Europea. Algunos de los mecanismos diseñados para afrontar la crisis han entrado ya en vigor (como es el caso del Tratado de estabilidad, coordinación y gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, suscrito fuera del marco de la Unión, que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2013, aunque sólo para los Estados que lo han ratificado, una vez superado el número mínimo de 12 Estados de la zona Euro) y comienza a haber señales, todavía débiles, de que las políticas económicas de austeridad serán revisadas con un planteamiento más equilibrado.

El ingreso de Croacia en la Unión Europea, el 1 de julio de 2013, eleva el número de Estados miembros a 28, en una estructura supranacional que tiene una población de más de quinientos millones de personas. Cada vez resulta más difícil justificar que los intereses europeos se vinculen a un reducido número de Estados con capacidad de decisión sobre las políticas europeas. La perspectiva de un Estado Federal Europeo debe estar cada vez más presente, si no en la agenda política —donde parece que sigue habiendo un recelo permanente a un avance sustantivo en la integración europea— o en la jurisdiccional —recordemos la Sentencia Lisboa del TCFA y su sorprendente apelación a las cláusulas de eternidad frente a una deriva federal de la UE— sí en la agenda académica.

Europa se enfrenta ahora a unos años decisivos. Paralizada por los problemas económicos, que obligan a dedicar todos los esfuerzos a hacer frente a la crisis, no hay ya una proyección hacia el futuro de la integración europea que tenga en cuenta los escenarios globales que se están configu-

rando para los próximos años. Sin embargo, esa labor resulta ahora más necesaria que nunca por cuanto la aceleración del proceso de globalización obliga a un cambio de las estructuras institucionales, del sistema de distribución de competencias y de las relaciones entre la Unión y los Estados miembros. El modelo de integración se ha basado históricamente en un compromiso entre los intereses europeos y los intereses nacionales. Pero ese compromiso se ha roto hace tiempo a favor de los intereses nacionales y es necesario cambiar el modelo para que buscar un nuevo equilibrio.

Un nuevo equilibrio que debe partir de la idea de que los intereses nacionales ya no se podrán realizar en el futuro por sí mismos en el contexto de la globalización y que, por tanto, será necesario construir una estructura integrada con capacidad de promover y defender los intereses europeos. Debemos tener en cuenta para el futuro que los intereses nacionales ya no se podrán esgrimir más frente a Europa, como ha ocurrido hasta ahora, sino frente a un mundo globalizado, por medio de Europa. Para ello, será necesario construir un espacio público europeo, una auténtica federación de los Estados europeos que defienda en el exterior posiciones propias.

De lo lejos que estamos todavía de ese objetivo da muestra este número de la revista en su parte monográfica, con los estudios sobre Primavera árabe, Unión Europea y contexto global. Esta sección recoge las Actas del Congreso Internacional del mismo título celebrado los días 18 y 19 de abril del año pasado en el Palacio de la Madraza y organizado por la Fundación Peter Häberle, la Cátedra Fernando de los Ríos, la Cátedra Emilio García Gómez, la Cátedra Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo y la Cátedra Jean Monnet «ad personam» de Derecho Constitucional Europeo y Globalización.

La sección de Estudios comienza con la que fuera Conferencia de Clausura de ese Congreso, impartida por Peter Häberle, sobre «La Primavera Árabe en el marco de la Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura». Le sigue el estudio de Salvo Andò sobre «La primavera árabe y la difícil transición democrática» y con el mismo perfil general el de Antonio Cantaro con el título de «Las revoluciones de la dignidad árabe-islámica». El trabajo de Eleonora Guasconi «Europa y la primavera árabe: ambiciones y límites de la política mediterránea de la Unión Europea» aborda ya una perspectiva netamente europea. Por su parte, Angelo Schillaci sigue una orientación metodológica en su estudio «¿De qué color es un espejo? Las primaveras árabes y la comparación constitucional». Con un planteamiento más específico por su temática, Biagio Andò aborda la cuestión de «Primavera árabe y relaciones conyugales en las tradiciones europea e islámicas: algunas no-

tas». Por último, Ulrike Haider analiza un caso particular, nuevamente de actualidad en estos días, «La Constitución egipcia, líneas de desarrollo y prospectiva».

Los trabajos de la sección de artículos está encabezada por el Profesor Humberto Nogueira con su trabajo sobre «El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Iberoamericana de Derechos Humanos». Le sigue el de Pedro J. Tenorio dedicado a «La libertad de comunicación en Estados Unidos y Europa». Concluye esta sección el trabajo de Andrea Patroni acerca de «El recurso de amparo».

En la sección de Perfiles se incluye en este número la «Laudatio» pronunciada por José Asensi Sabater con motivo de la investidura de Carlos de Cabo Martín como Doctor «Honoris Causa» por la Universidad de Alicante. Como texto clásico, publicamos el Discurso «Propuesta para un constitucionalismo crítico», pronunciado por Carlos de Cabo Martín, el 28 de septiembre de 2012, con ocasión de su investidura como Doctor Honoris Causa de la Universidad de Alicante. Como bien dice José Asensi, el Profesor Carlos de Cabo representa el exponente más eminente del pensamiento crítico en el ámbito del constitucionalismo español. La publicación de estos textos es una ocasión para expresar públicamente el agradecimiento del equipo que realiza esta Revista al Profesor Carlos de Cabo por haber aceptado participar en este proyecto desde el principio, como Presidente de su Consejo Asesor. Es, desde luego, una ínfima parte de la gratitud que le debemos muchos constitucionalistas a Carlos de Cabo por muchas cosas, pero sobre todo, por algo que resulta expresivo de que la solidaridad para él es un modo de vida: por haber estado siempre cuando lo hemos necesitado.

La sección de Jurisprudencia incorpora un comentario de Miguel Presno sobre la STC 198/2012, que lleva por título «El matrimonio: ¿garantía institucional o esfera vital? A propósito de la STC 198/2012, de 6 de noviembre, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y la jurisprudencia comparada». Por su parte, la crónica legislativa, elaborada por María Luisa Balaguer Callejón, contiene una referencia detallada a diversas Directivas así como a algunos Dictámenes del Comité Económico y Social Europeo.

En la sección de debate que inauguramos con el número anterior de la Revista —el Foro que hemos destinado a plantear las cuestiones esenciales que afectan al Derecho Constitucional Europeo en la actualidad— se incluye una reflexión mía acerca de la crisis económica y de la necesidad de construir «Una interpretación constitucional de la crisis económica».

En noticias de libros se incluyen dos referencias. La primera de ellas es la recensión realizada por Enrique Guillén del brillante trabajo de Agustín

José Menéndez, *De la crisis económica a la crisis constitucional de la Unión Europea*, Eolas Ediciones, León, 2012. La segunda, la realizada por Valentina Faggiani de la obra de Fausto Vecchio, *Primazia del Diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012. Esta monografía tiene su origen en una excelente Tesis Doctoral codirigida por el Profesor Vasco Pereira da Silva y por mí, en cotutela entre la Universidad de Granada y la Universidad de Lisboa.

En este número tenemos que dejar constancia también de dos pérdidas irreparables que tienen que ver con Andalucía, donde se edita esta revista, y también con su proyección europea. Las dos han sido muy dolorosas tanto para quien suscribe esta Presentación cuanto para una gran parte del equipo directivo de la Revista. Rosario Valpuesta Fernández, nos dejó el 12 de marzo, a la edad de sesenta años. Fue la primera Rectora de una Universidad andaluza, la Pablo de Olavide de Sevilla, y quiso la fortuna que coincidiéramos en el Consejo Consultivo de Andalucía en su etapa fundacional, cuando estaba presidido por Elisa Pérez Vera, que había sido la primera Rectora de una Universidad española. Rosario Valpuesta fue una mujer comprometida con su tiempo en todos los sentidos, desde la defensa de la igualdad de género hasta la reivindicación de un proyecto de integración europea más social y democrático. Quienes tuvimos el privilegio de conocerla y de disfrutar de su amistad nunca la olvidaremos, por su sensibilidad hacia los débiles, su compromiso social irrenunciable, su humanidad y su carácter siempre alegre hasta en las circunstancias más difíciles.

En los días inmediatamente anteriores a la redacción de estas líneas, el 14 de julio, nos dejó Rafael Barranco Vela, cuando acababa de cumplir cincuenta y cuatro años. Quien fuera Catedrático y Director del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada, estuvo vinculado a nuestra Revista antes incluso de que saliera a la luz, formando parte, desde el primer número, de su Consejo Asesor. Tanto él como sus discípulos (algunos de ellos Catedráticos de Derecho Administrativo desde hace varios años) han contribuido de manera decisiva al desarrollo de otros proyectos conjuntos de Derecho Público Europeo que hemos puesto en práctica en la Universidad de Granada, algunos de ellos en colaboración con otros centros universitarios. Era el prototipo del andaluz universal, abierto al mundo desde sus irrenunciables raíces granadinas, con una generosidad sin límites y una personalidad extraordinaria que cautivaba a quienes le conocían. Como dice un amigo común, Klaus Jochen Albriez Dohrmann, Catedrático de Derecho Civil y colaborador de nuestra revista, es imposible que toda esa energía que él tenía, y que proyectaba a su alrededor, desaparezca.

Debemos terminar haciendo una referencia obligada a las instituciones que contribuyen a que la Revista de Derecho Constitucional Europeo se siga editando con normalidad en unos tiempos tan difíciles. En primer lugar al Instituto Andaluz de Administración Pública, que ha impulsado este proyecto desde el principio. Igualmente desde la Comunidad Autónoma de Andalucía, al Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía «Andalucía, la Unión Europea y el Estado Social» y al Proyecto de Investigación de Excelencia SEJ-4931: «Reformas estatutarias y desarrollo estatutario en el marco de la Unión Europea».

En el ámbito nacional, debemos agradecer su contribución a la edición de esta Revista a la Fundación Peter Häberle y al Proyecto de Investigación DER2010-19863: «Los Derechos Fundamentales en el contexto de un mercado único», y en el europeo, a la Cátedra Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo y a la Cátedra Jean Monnet «ad personam» de Derecho Constitucional Europeo y Globalización.

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN  
*Catedrático de la Universidad de Granada.*  
*Catedrático Jean Monnet ad personam.*



## Estudios



# **LA PRIMAVERA ÁRABE (2011/12), EN EL HORIZONTE DE LA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN COMO CIENCIA DE LA CULTURA \***

**PETER HÄBERLE \*\***

## **SUMARIO:**

1. INTRODUCCIÓN
2. PRIMERA PARTE. FRAGMENTOS, ELEMENTOS O MATERIALES PARA UN INVENTARIO
3. SEGUNDA PARTE. EL MARCO TEÓRICO: EL CONSTITUCIONALISMO ARÁBIGO O ISLÁMICO EN EL CONTEXTO DE UN FUTURO CONSTITUCIONALISMO COMÚN ÁRABE O ISLÁMICO
4. RECAPITULACIÓN

## **1. INTRODUCCIÓN**

La rebelión árabe de 2011<sup>1</sup> sucedió en modo tan inesperado como el «*annus mirabilis*» de 1989. ¿Estamos ante un nuevo «*annus mirabilis*»? Sea como fuere, la primavera árabe constituye un gran reto para el Estado constitucional en cuanto «tipo», con sus ejemplos mundiales, en el norte y en el sur, en el este y el oeste, ayer y hoy. Y el Estado constitucional debe volver a salir airoso, como entonces ocurrió con Europa del Este.

\* Traducido del alemán por Miguel Azpitarte Sánchez.

\*\* Director ejecutivo del Instituto de Bayreuth sobre Derecho europeo y cultura jurídica. Director del Instituto de investigación de Derecho constitucional europeo. Universidad de Bayreuth.

<sup>1</sup> Véase el *Süddeutsche Zeitung* (desde ahora *SZ*), de 23 de mayo de 2011, p. 11.

Sorprende el efecto dominó<sup>2</sup>. Aunque la germinal y abortada revolución «verde» iraní ha de verse ahora retrospectivamente como un avance (el 18 de junio de 2009, salieron a la calle tres millones de iraníes)<sup>3</sup>, la revolución en el mundo árabe —en nombre de la democracia y los derechos fundamentales— comenzó en Túnez el 17 de diciembre de 2010 (la «revolución del jazmín», que daría lugar en octubre de 2011 a la elección de un asamblea constituyente). Y continuó en Egipto, en la que quizá podríamos llamar «la revolución callada», cuando se piensa en la dictadura militar<sup>4</sup>, que, con todo, antes de la elección del Parlamento, emitió una «declaración constitucional», que contenía los principios de la nueva Constitución<sup>5</sup>, con la idea esencial «de un Estado laico en un Egipto multicultural, en una República de tolerancia», precedida por cambios en ocho artículos de la antigua Constitución, sancionados mediante referéndum, y referidos al respeto de los derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo y la reducción del mandato presidencial a cuatro años<sup>6</sup>. Entre diciembre de 2011 y enero de 2012 se celebraron, con gran participación, las elecciones del Parlamento (cámara alta y baja). Se señaló como ganadores a los moderados Hermanos musulmanes, una parte del islamismo

<sup>2</sup> FAZ de 26 de febrero de 2011, p. 5.

<sup>3</sup> Frankfurt Allgemeine Zeitung (FAZ) de 14 de junio de 2011, p. 6.

<sup>4</sup> Véase FAZ de 20 de junio de 2011, p. 10; de 13 de junio de 2011, p. 8. También el SZ de 19 de julio, p.8. El 3 de agosto de 2011 comenzó el proceso contra Mubarak, encerrado en una jaula de metal dentro de la sala de juicios; posteriormente sería condenado a cadena perpetua. Para los manifestantes de la plaza Tahrir esto fue un gran desquite, véase FAZ e 4 de agosto de 2011, pp. 1 y 3. Se produjeron incluso enfrentamientos entre los partidos y el ejército, al que se le acusa de ser contrarrevolucionario (FAZ de 10 de diciembre de 2011, p. 7).

<sup>5</sup> Véase el FAZ de 18 de julio de 2012, p. 5; ya en febrero de 2011, Ali Goma, el gran muftí de Egipto, exigió una Constitución, cfr. FAZ de 15 de febrero de 2011, p. 8.

<sup>6</sup> Véase el FAZ de 19 de marzo de 2011, p. 4; en el mismo sentido el de 22 de marzo de 2011. El nuevo artículo 189 establece las condiciones para la elaboración de una nueva Constitución: el Presidente debe, con el apoyo del Gabinete o la mitad de los parlamentarios de ambas cámaras, convocar una asamblea constituyente. Véase el FAZ de 28 de septiembre de 2011.

político, que pretendía trabajar con los partidos seculares<sup>7</sup>. La sesión constituyente del Parlamento, el 23 de enero de 2012 (de escasa presencia femenina), comenzó con un rezo para los mártires. Es de esperar, sin embargo, que los militares vayan abandonando su poder. El 24 de junio de 2012, Morsi fue elegido presidente de Egipto, y como es sabido, ha sido recientemente depuesto por el ejército.

La revolución tuvo un desarrollo contradictorio en las sangrientas luchas de Yemen<sup>8</sup> (el Presidente saliente Salih esperaba, tras duras manifestaciones, una amnistía<sup>9</sup>, y en su discurso de despedida se disculpó por los errores cometidos en sus más de treinta años de dominio)<sup>10</sup>. Más tarde, la revolución alcanzó a Libia (las protestas comenzaron a mediados de febrero de 2011 en Bengasi). Bahréin se mantiene en incertidumbre, puesto que la casa real sunita ha llamado a un «foro de diálogo», al que, sin embargo, se han incorporado tan solo 35 de los 300 diputados de la oposición<sup>11</sup>. La dictadura militar de Assad en Siria ha destrozado de manera atroz y sangrienta los anteriores intentos reformistas o revolucionarios<sup>12</sup> —la oposición fundó en julio de 2011 un «consejo de salvación»<sup>13</sup> en Estambul. La escalada violenta es bien conocida y el Consejo de Seguri-

<sup>7</sup> FAZ de 5 de diciembre de 2011, de p. 29; y de 24 de diciembre de 2011, p. 10; FAZ de 23 de enero de 2013, p. 7.

<sup>8</sup> Véase el FAZ de 23 de abril de 2011, el SZ de 7 de junio de 2011 y el FAZ de 21 de julio de 2011. En la bibliografía C. DREYER, «Umbruch im Jemen, Hintergründe und Perspektiven einer Rebellion mit ungewissem Ausgang», KAS 12/11, p. 102 y ss. Muchos esperan que en el sultanato de Oman la rebelión árabe tome caminos más dulces, FAZ de 27 de julio de 2011, p. 8. En relación con los Emiratos Árabes se habla de una «historia de éxito», FAZ de 2 de diciembre de 2011.

<sup>9</sup> FAZ de 10 de enero de 2012, p. 1.

<sup>10</sup> FAZ de 24 de enero de 2012, p. 5.

<sup>11</sup> FAZ de 19 de julio de 2011, p. 6. Teniendo en cuenta la desconfianza profunda entre shíitas y sunitas, FAZ de 28 de diciembre de 2011, p. 5.

<sup>12</sup> Assad prometió reformas poco creíbles, en especial en referencia al monopolio del partido Baath, FAZ de 21 de junio de 2011, p. 2 y de 11 de julio de 2011, p. 5.

<sup>13</sup> Véase el FAZ de 18 de julio de 2011, p. 1 y el FAZ de 2 de septiembre de 2011, p. 10.

dad de Naciones Unidas reclama una «aclaración» sobre la vulneración de los derechos fundamentales en Siria o el exceso en el uso de la fuerza contra su propia población<sup>14</sup>. Siria es incluso criticada por Estados árabes (Kuwait y Arabia Saudí)<sup>15</sup>. Entre tanto, la reforzada Liga Árabe, junto a las sanciones económicas<sup>16</sup>, suspendió la condición de Estado miembro a Siria y envió observadores<sup>17</sup> para intentar acabar con las muertes, algo que hasta ahora no ha sucedido; los observadores incluso fueron agredidos, si bien no queda claro si la agresión provino de las fuerzas de Assad o de la oposición. Algunos observadores abandonaron voluntariamente Siria al considerar inútil el esfuerzo<sup>18</sup>. Seguramente estamos ante una tragedia, donde todo dependerá de los militares. Pero el 10 de enero Assad anunció un referéndum sobre una nueva Constitución, así como nuevas elecciones e incluso una amnistía<sup>19</sup>. Muchos lo consideraron una maniobra de confusión, más aún cuando Assad advirtió frente a una invasión<sup>20</sup>, frente a una «intervención intolerable» de la Liga Árabe en los asuntos internos<sup>21</sup>. La Liga, por otro lado, se dirigió a Naciones Unidas para que lograse la retirada de Assad<sup>22</sup>.

Sin duda, puede valorarse de forma más positiva la reforma constitucional impulsada por el rey de Marruecos. A España, en cuanto que «tierra de puente», se le abre una gran oportunidad, cuando no una obligación<sup>23</sup>. Y

<sup>14</sup> FAZ de 5 de agosto de 2011 y SZ de 2 de agosto de 2011, p. 1.

<sup>15</sup> SZ de 9 de agosto de 2011, p. 1.

<sup>16</sup> Véase FAZ de 28 de noviembre de 2011, p. 1.

<sup>17</sup> Véase FAZ de 30 de diciembre de 2011, p. 2.

<sup>18</sup> FAZ de 13 de enero de 2012, p. 5; en el mismo sentido de 25 de enero de 2012, p. 6.

<sup>19</sup> FAZ de 11 de enero de 2012, p. 1.

<sup>20</sup> FAZ de 18 de enero de 2012, p. 5.

<sup>21</sup> FAZ de 24 de enero de 2012, p. 1.

<sup>22</sup> FAZ de 26 de enero de 2012, p. 6.

<sup>23</sup> Uno se acuerda de los «tiempos de oro de la ciencia árabe», en especial en España, véase recientemente J. AL-KHALILI, *Im Hause der Weisheit, die arabischen Wissenschaften als Fundament unserer Kultur*, 2011; véase también la edición especial de APuZ de 26 de septiembre de 2011, «Arabische Zeitenwende».

quizá más relevante sea el caso de Jordania, que se ha marcado como objetivo establecer una monarquía constitucional con, incluso, una justicia constitucional<sup>24</sup>. Bahréin seguirá siendo un caso especial<sup>25</sup>. Junto a los Emiratos árabes ha previsto nuevas elecciones<sup>26</sup>. Sorprendentemente, Argelia permanece tranquila<sup>27</sup>.

El constitucionalista, en su condición de asesor en derecho comparado, debe fijarse como objetivo el equilibrio entre la prudencia de la realidad política y las visiones inteligentes —también en derecho constitucional existe un quantum de utopía—<sup>28</sup>, como refleja, por ejemplo, la reunificación alemana entre 1940 y 1990. El objetivo de largo recorrido debería ser la idea de concebir el Mediterráneo como un «mare nostrum constitutionalis»<sup>29</sup> (algo más que una revitalización del Proceso de Barcelona)<sup>30</sup>. Los europeos deben prepararse para un asesoramiento cuidadoso, inserto en una teoría constitucional como ciencia de la cultura: comenzando por los paradigmas textuales y a través de una comparación constitucional cultural y sensible al contexto.

El historiador encontrará ciertos paralelismos, en la forma y el modo, respecto a los puentes que se tendieron en 1848 en Francia, Suiza y Alemania, sobre todo en las naciones tardías de Italia (1861) y Alemania

<sup>24</sup> Véase FAZ de 16 de agosto de 2011, p. 6.

<sup>25</sup> M. SCHMIDMAYR, Politische Opposition in Bahrain, 2011; A. GRAMSCH, «Die Umwandlung Bahrains in eine konstitutionelle Monarchie», en P. Scholz/N. Naeem (editors), Jahrbuch für Verfassung, Recht und Staat im islamischen Kontext, 2011, pp. 159 y ss.

<sup>26</sup> Véase FAZ de 24 de septiembre de 2011, p. 12.

<sup>27</sup> El premio alemán literario, conocido como «de la paz», lo recibió en 2011 un argelino, B. SANSAL, FAZ de 17 de octubre de 2011, p. 9.

<sup>28</sup> Llama la atención el SZ de 19 de mayo de 2011: «una utopía que finalmente se puede vivir».

<sup>29</sup> Ya hay en la Universidad de Malta y Enna un «Mediterranean journal of human rights».

<sup>30</sup> Véase A.P. PURINI, Die Zeit vom 01 septembere 2011, p. 15: «Europa debe preocuparse por el espacio mediterráneo, bajo la inspiración de la astuta política para el Mediterráneo, desplegada por Federico II al principio del siglo XIII».

(1871). Muchas preguntas se muestran «*prima facie*»: ¿tiene futuro en el mundo árabe el fundamento cultural de los ideales europeos?, ¿se producirá una potenciación de los Estados nación?, ¿será el Mediterráneo un foro de diálogo entre los europeos (cristianos) y los árabes (musulmanes)?, ¿se trata de un levantamiento de los jóvenes o de un levantamiento popular?, ¿será posible integrar las vigentes estructuras sociales y de clases en el Estado constitucional?, ¿qué significado tienen las religiones, las lenguas y la cultura en tanto que recursos irrenunciables para el constitucionalismo árabe?, ¿fuerza «la apertura del sistema político a un mayor pluralismo del espectro político islámista?

En definitiva, todavía es difícil saber si de la primavera árabe quedará un otoño o incluso un invierno, si finalmente se impondrán los islamistas extremistas (con un Estado teocrático), si se dará la retirada de los militares en Egipto, o cómo acabará la situación en Yemen. Solo Túnez, sin duda la vanguardia de la primavera árabe, parece dirigirse, con justificado orgullo, hacia un Estado constitucional<sup>31</sup> (en diciembre de 2011 hubo incluso una Constitución de transición con 26 artículos)<sup>32</sup>.

## **2. PRIMERA PARTE. FRAGMENTOS, ELEMENTOS O MATERIALES PARA UN INVENTARIO**

El constitucionalista que compara, hasta ahora ha tenido difícil hacerse con una primera panorámica sobre los heterogéneos, difusos, contradictorios y frenéticos desarrollos de cada Estado, más aún cuando han sobrevivido una historia de revoluciones y reformas bien distintas. El abanico es amplio. De un lado está la revolución egipcia, de otro la guerra que el presidente Assad conduce contra su pueblo. Especialmente lamentables es

<sup>31</sup> Cfr. FAZ de 5 de enero de 2012, p. 8. A finales de octubre de 2011 la asamblea constituyente eligió un nuevo Presidente, Marzouki y desde entonces se trabaja para construir una nueva realidad estatal. Incluso se ha sugerido una unión entre Libia y Túnez, FAZ de 21 de octubre de 2011, p. 35.

<sup>32</sup> FAZ de 12 de diciembre de 2011, p. 6.

lo acontecido en Libia desde el 27 de junio de 2011, con la orden de detención de Gadafi por parte del Tribunal Penal Internacional<sup>33</sup> —quería enviar comandos suicidas<sup>34</sup> para liberar territorios árabes del «corazón de Europa», tales como las Islas Canarias, Sicilia o Andalucía<sup>35</sup>. Gadafi fue asesinado en dudosas circunstancias por los rebeldes en octubre de 2011. «El suelo de los tiranos» está dividido: ¿se impondrán las fuerzas democráticas, los príncipes tribales o los islamistas?<sup>36</sup> Tras la caída de Gadafi surge el interrogante: «Unidad o petróleo»<sup>37</sup>. Todos los medios de comunicación locales actúan con cautela, frente a la generosidad de internet, facebook<sup>38</sup>, twitter y otras formas de «espacio público en red», que pueden tener un efecto positivo en la rebelión árabe<sup>39</sup>.

En este contexto y con la debida prudencia, se pueden realizar algunas consideraciones:

1. Son especialmente importantes las «sociedades civiles en formación», compuestas por los ciudadanos, sobre todo por mujeres y jóvenes, incluyendo una variedad de grupos, por ejemplo, organismos como Amnesty International, Transparency International o Human Rights Watch. Las manifestaciones, planeadas a través de las redes sociales, han forzado, sin duda en Túnez y Egipto, la caída pacífica de los regímenes y la contención del ejército. Lentamente surgen en Túnez grupos políticos, incluso partidos<sup>40</sup>. En Egipto se observa una

<sup>33</sup> De manera convincente K. AMBOS, «Verhandlungen mit Gaddafi untergraben die internationale Strafgerichtsbarkeit», FAZ de 11 de agosto de 2011.

<sup>34</sup> FAZ de 11 de julio de 2011, p. 1.

<sup>35</sup> FAZ de 14 de julio de 2011, p.8.

<sup>36</sup> SZ de 23 de agosto de 2011, p. 2.

<sup>37</sup> FAZ de 30 de agosto de 2011, p. 1; fue un tanto ambivalente la visita espectacular a Trípoli del presidente francés Sarkozy y del primer ministro Cameron el 15 de septiembre de 2011.

<sup>38</sup> Confróntese B. MÜCHLER, «Mit Facebook gegen den Diktator», FAZ de 5 de julio de 2011, p. 7; T. APOLTE/M. MÖLLER, «Die Kinder der Facebook-Revolution», FAZ de 18 de febrero de 2011, p. 12.

<sup>39</sup> FAZ de 28 de junio de 2011, p. 35.

<sup>40</sup> Confrontar FAZ de 16 de marzo de 2011, p. 10 y SZ de 4 y 5 de junio de 2011, p. 8.

dolorosa rivalidad entre los cristianos coptos y los islamistas<sup>41</sup>. En todas partes se dan grandes dificultades en el intento de levantar diversos partidos bajo el contexto de una democracia pluralista. Obviamente faltan personalidades dirigentes con reconocimiento público. Así, la «sociedad civil» es un lema de nuestros días, que penetra en nuevos contextos constitucionales.

2. Existe toda una escala de instrumentos y procesos para la organización de la transición: consejos nacionales de transición, como en Libia<sup>42</sup> (Berlín y Londres, entre otros, reconocieron a este consejo)<sup>43</sup>, en Túnez existió una «comisión para la reforma»<sup>44</sup> encargada de facilitar la transición a la democracia<sup>45</sup>, en Siria un grupo de cincuenta intelectuales se ha constituido como coalición nacional<sup>46</sup>, existe un grupo de contacto con Libia, compuesto por cuarenta países y organizaciones internacionales<sup>47</sup>, presidencias interinas, el propio ejército, como en Egipto, o reformas totales o parciales de la Constitución. En Jordania se ha puesto en funcionamiento la «co-

<sup>41</sup> Véase W.G. LERCH, «Der nationale Konsens zwischen Muslimen und Kopten ist in großer Gefahr», *FAZ* de 13 de octubre de 2011, p. 10

<sup>42</sup> Los opositores a Gaddafi construyeron rápidamente un gobierno de transición, *FAZ* de 28 de febrero de 2011, p. 1. El «Consejo nacional de transición» mantuvo contactos con los rebeldes, *FAZ* de 25 de junio de 2011, p. 7. Este Consejo publicó una «visión de la Libia democrática», *FAZ* de 30 de marzo de 2011, p. 6. En ella se reclamaba una Constitución, la fundación de partidos políticos, elecciones parlamentarias libres y derechos fundamentales. El Consejo nacional de transición aspira a un Estado democrático y una sociedad civil (*FAZ* de 14 de julio de 2011, p. 3). Asimismo preveía su funcionamiento únicamente temporal.

<sup>43</sup> *FAZ* de 28 de julio de 2011, p. 5.

<sup>44</sup> Este órgano de transición casi funciona como un Parlamento de 161 miembros, al que pertenecen representantes de partidos, la sociedad civil y las regiones, *FAZ* de 11 de mayo de 2011, p. 10.

<sup>45</sup> *FAZ* de 28 de junio de 2011, p. 5.

<sup>46</sup> *FAZ* de 31 de marzo, p. 31. Mientras se habló también de un «Consejo de coordinación nacional», *FAZ* de 2 de julio de 2011, p. 4.

<sup>47</sup> *FAZ* de 16 de julio de 2011, p. 2.

misión para el diálogo», que genera propuestas para el rey Abdulá<sup>48</sup>. Se deben recordar los procesos penales contra representantes de los regímenes anteriores, como en Túnez y Egipto. Y a medio plazo, lo mejor, sin duda, son las comisiones de la verdad<sup>49</sup>, utilizadas en Suráfrica y algunos países de Latinoamérica (por último Honduras y Brasil). Solo deberían perseguirse delitos claramente graves, como la malversación del patrimonio público, la tortura o el asesinato de manifestantes pacíficos. El último paso, o quizás el primero, deberían ser los procesos constituyentes: el camino desde las elecciones libres hasta una asamblea constituyente con o sin ratificación popular del proyecto constitucional.

3. Otras muestras de evolución a lo largo del Mediterráneo, sea el lejano Yemen o Bahréin, se enfrentan a especiales dificultades de transformación en el proceso de transición<sup>50</sup>. Sin duda, se ven paralelismos con la Europa del Este de 1989, por ejemplo, en la recepción de elementos propios del fundamento constitucional europeo, aunque se den otros fundamentos culturales, en especial los relacionados con el Islam. Sin olvidar las monarquías absolutas, como en Marruecos y Jordania, que quizás solo se puedan salvar a través de su constitucionalización, incluso si ambas monarquías dicen proceder del linaje de Mahoma<sup>51</sup> (el concepto clave sería la función de representación e integración, como en las viejas monarquías europeas, por ejemplo, el Reino Unido, los países escandinavos y, desde 1978, España)<sup>52</sup>. Otros países podrían convertirse en verdaderas Repúblicas, en el sentido ciceroniano de «res publica» y «salus publica».

<sup>48</sup> FAZ de 7 de abril de 2011, p. 3.

<sup>49</sup> El gobierno de transición creó una comisión anticorrupción para estudiar los acontecimientos de la época Ben Ali, SZ de 14 de junio de 2011, p. 13.

<sup>50</sup> En Yemen se ha constituido un consejo de transición, FAZ de 18 de julio de 2011, p. 5.

<sup>51</sup> Véase FAZ de 16 de agosto de 2011, p. 27.

<sup>52</sup> Al respecto, mi ensayo «Monarchische Strukturen und Funktionen in europäischen Verfassungstaaten», en FS Schambeck, 1994, p. 683 y ss.

En todo esto son irrenunciables los textos y contextos culturales que ofrece el arsenal de la teoría constitucional como ciencia de la cultura. Pero esta no debe verse como un museo, en el que no cabe el coraje para incorporar nuevos instrumentos, sino como un laboratorio vivo, en el sentido que ya fue recogido en la revisión total de la Constitución suiza de los sesenta. Uno piensa en el defensor del pueblo, los nuevos derechos fundamentales, los nuevos mecanismos de democracia directa, así como la protección del medio ambiente y del patrimonio cultural. Se recomiendan las llamadas «cláusulas espirituales»<sup>53</sup>, para sacar a la luz lo propio y evidente de los países árabes.

4. La «España árabe» cobra responsabilidades específicas<sup>54</sup> en virtud de su cultura e historia islámica y su cercanía geográfica, lo que es especialmente significativo en el caso de Granada. Italia, sin embargo, por su historia colonial, aun hoy continúa desacreditada (y Mussolini no fue el primero)<sup>55</sup>. Su política colonial en Túnez y Libia tiene mala prensa. Pero la responsabilidad se extiende a otros países. Cuando Gadafi todavía practicaba su crueldad a la luz del día<sup>56</sup>, fijó su carpa en París en la visita a Sarkozy. Y todavía irrita el amistoso saludo entre Schroeder, entonces canciller, y el dictador Gadafi<sup>57</sup>. ¿Estaban ciegos los Estados occidentales por razones económicas radicadas en sus intereses petrolíferos? ¿Solo les importaba la estabilidad de la región?

<sup>53</sup> Por ejemplo, P. HÄBERLE, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, p. 600 y ss.

<sup>54</sup> Véase G. BOSSONG, «Al-Andalus, goldener Traum. Im Sommer 711 begann die arabische Herrschaft in Spanien. Sie schuf eine Kultur, in der Muslime, Juden und Christen zu fanden», en *Die Zeit* de 16 de junio de 2011.

<sup>55</sup> Véase «Libia, el juguete roto de Mussolini» en *XL Semanal* de 17 al 23 de abril de 2011.

<sup>56</sup> FAZ de 26 de agosto de 2011, p. 3.

<sup>57</sup> Sobre el invierno de los dictadores, *Der Spiegel*, núm. 9/28, febrero 2011, p. 78.

### 3. SEGUNDA PARTE. EL MARCO TEÓRICO: EL CONSTITUCIONALISMO ARÁBIGO O ISLÁMICO EN EL CONTEXTO DE UNA FUTURO CONSTITUCIONALISMO COMÚN ÁRABE O ISLÁMICO

#### 3.1. Relevancia del contexto cultural

Se ha de pensar primero en las tradiciones árabes, aunque son de lo más variado<sup>58</sup>. No hay un islam homogéneo<sup>59</sup>. En el propio islam, de forma sorprendente, se hallan fuertes cambios de la realidad social, como lo refleja, por ejemplo, el amplio número de mujeres que se han manifestado, lo que es prueba de un comienzo de emancipación. La fuerza productora de la historia de un pueblo o de un Estado en cada uno de los países es bien clara. Sin duda, puede romperse en algún aspecto, pero no puede ser dejada a un lado, y debe por ello atenderse como un «humus cultural». Hasta ahora, en el Mediterráneo no existía la voluntad de fundar «Estados teocráticos» como Irán, sino que más bien se daba el deseo de mantener Monarquías (Marruecos, Jordania) que pudiesen madurar y cumplir, como en algunos países europeos, una función de integración y estabilización. Por el contrario, en el caso de Arabia Saudita o Kuwait, permanecen (¿por cuánto tiempo?) modelos muy estáticos<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> De forma programática, P. SCHOLZ/N. NAEEM (editores), *Jahrbuch für Verfassung, Recht und Staat im islamischen Kontext*, 2011, p. 11 y ss.

<sup>59</sup> Véase, *Das Vermächtnis des Islams*, Artemis Verlag, Vol. I, 1980; G. ENDREÂ, *Der Islam, Eine Einführung in seine Geschichte*, 3.<sup>a</sup> ed., 1997; R. PARET, *Mohamed und der Koran*, 1957. Confróntese *SZ* de 6 de julio de 2011, p. 13.

<sup>60</sup> Por ejemplo, solo recientemente se admitió el sufragio femenino en las elecciones locales saudíes, *FAZ* de 27 de septiembre de 2011.

### **3.2. Condiciones jurídico-materiales y nuevos procesos constitucionales para el paso de Estados autoritarios a Estados constitucionales árabes o islámicos. El principio de equilibrio entre factores de estabilización y de innovación en el Estado constitucional**

La política constitucional de asesoramiento a lo largo del Mediterráneo debe girar en torno al equilibrio entre innovación y tradición. Solo una mezcla de ambos aspectos permitirá superar los procesos de transformación y transferencia. La recepción de modelos occidentales debe dar cuenta de los distintos contextos culturales. Se ha de evitar la sabiduría europea. El objeto de recepción forma un trío compuesto por los textos constitucionales, la doctrina de los tribunales y las teorías científicas desde los clásicos hasta el presente. En este sentido, la herencia constitucional europea puede ser inspiradora. Así, es llamativo que en Marruecos, Mohammed VI, en mayo de 2011, se dejará asesorar discretamente por el Rey Juan Carlos<sup>61</sup>, bajo la iluminación del modelo español. Debería incluso pensarse en la revitalización de la idea del contrato social<sup>62</sup> o las «mesas redondas» (como las que hay en Bahréin)<sup>63</sup>, que son en verdad un rasgo genético de la humanidad.

Podemos caracterizar el Estado constitucional a través de sus conceptos claves: la dignidad humana como premisa antropológica con la democracia pluralista como consecuencia organizativa, derechos humanos, división de poderes horizontal, en especial tribunales independientes, catálogo de funciones estatales, división vertical en el sentido de federalismo o regionalismo, economía de mercado, tribunal constitucional y procedimientos de reforma constitucional.

#### **i) Ejemplos de la garantía de elementos de continuidad**

En primer lugar están las fuentes emocionales y racionales de consentimiento, que se alimentan de las banderas nacionales, los himnos, las festivida-

<sup>61</sup> FAZ de 4 de julio de 2011, p. 6.

<sup>62</sup> R. HERMANN, «Entscheidung im Ramadan?», FAZ de 26 de junio de 2011, p. 8.

<sup>63</sup> FAZ de 9 de julio de 2011, p. 35.

des y los actos propios de la cultura del recuerdo<sup>64</sup>. Se recomienda mantener tradiciones, como, por ejemplo, hicieron los rebeldes libios<sup>65</sup>, que en Berlín<sup>66</sup> izaron en la embajada Libia la bandera nacional anterior al régimen de Gadafi, esto es, la del reinado de Idris<sup>67</sup>. Emociona el hecho de que un manifestante anónimo, el 14 de enero, al comienzo de la revolución en Túnez, se quemara en una bandera nacional<sup>68</sup>. Hoy ya existen días festivos que recuerdan las revoluciones y reformas desde 2011, y también la creación de monumentos o lugares de recuerdo, como la Plaza Tahrir en el Cairo, que se ha convertido en un símbolo de la libertad<sup>69</sup>. Nombres de plazas y calles dedicadas a representantes del viejo régimen deben ser retirados<sup>70</sup>. Pero, sin embargo, en cuanto que sea posible han de conservarse las banderas y los himnos<sup>71</sup>. Aquí pueden extraerse lecciones de la historia europea: en Polonia y Bielorrusia, y parcialmente en Alemania, se ha mantenido el himno pese a los cambios de régimen.

ii) ***Innovaciones que proceden del potencial que genera el tipo Estado constitucional***

En primer lugar, junto a las comisiones de la verdad y la justicia constitucional, se ha de pensar en los derechos fundamentales: los catálogos

<sup>64</sup> Al respecto mi tretalogía: Feiertagsgarantien, 1987; Nationalhymnen, 2006; Nationalflaggen, 2007; Die Erinnerungskultur im Verfassungsstaat, 2011.

<sup>65</sup> Al respecto, R. HERMANN, «Revolutionäre, nicht Rebellen, in Benghasi sind fast alle Menschen zu engagierten Freiheitkämpfern geworden», FAZ de 4 de abril de 2011, p. 7.

<sup>66</sup> Confrontar FAZ de 18 de junio de 2011, p. 5. También SZ de 14 de junio de 2011, p. 13.

<sup>67</sup> Gadafi había cerrado la residencia del rey Idris y había quemado todos los libros sobre él, FAZ de 31 de marzo de 2011, p. 3. Y SZ de 28 de marzo de 2011.

<sup>68</sup> FAZ de 23 de julio de 2011.

<sup>69</sup> Cfr. FAZ de 2 de abril de 2011, p. 41.

<sup>70</sup> FAZ de 26 de febrero de 2011, p. 10, de 28, p. 3 y de 17 junio, p. 35.

<sup>71</sup> Una marroquí ha elaborado un himno sobre la revolución, SZ de 16 de abril de 2011, p. 16.

positivizados (por ejemplo, en la Constitución de Egipto de 1971/80, parte tercera: libertades públicas, derechos y deberes; en la Constitución de Yemen de 1991/4, parte segunda: derechos y deberes de los ciudadanos de Yemen)<sup>72</sup> deben ser rescatados de su sentido semántico, para ser renovados y reescritos hasta convertirlos en derecho constitucional vinculante. Se debe hacer referencia a la declaración islámica de derechos humanos<sup>73</sup>, pero también recogerse nuevos derechos, como el derecho a internet, que hará útiles nuevas formas de manifestación. Los constituyentes han de aprender del bloqueo de internet dictado por los dirigentes de Egipto y Siria. Una vez más se muestra cómo crecen los derechos fundamentales a partir de experiencias negativas del pasado.

Los preámbulos, considerados desde una perspectiva cultural, son comparables a los prólogos, preludios y oberturas. El pasado debe describirse en un lenguaje cercano al ciudadano, el presente debe aclararse y han de ofrecerse proyectos de futuro. Como «textos acontecidos» pueden exponer un concentrado de la Constitución. Respecto a los nuevos preámbulos de los Estados árabes e islámicos<sup>74</sup>, la pregunta más importante es saber exponer la historia y el giro de 2011 sin negar el pasado. Aquí se requiere una gran pericia, a lo que ayuda una comparación de los preámbulos, por ejemplo, el de Suráfrica (1996), Polonia (1997) y Albania (1998) —¡olvidándonos de Hungría 2011-2012!—; e incluso la Carta china de 2008 puede funcionar como modelo pese a su extensión<sup>75</sup>.

Un problema específico es la cláusula referida a Dios<sup>76</sup>. Todas las Constituciones árabes e islámicas anteriores tienen amplias referencias a Dios (pensemos en los preámbulos de Kuwait, Constitución de 1962/80; Bahréin, Constitución de 1973; Mauritania, Constitución de 1991).

<sup>72</sup> H. BAUMANN/M. EBERT, *Die Verfassungen der Mitgliedsländer der Liga der Arabische Staaten*, 1995.

<sup>73</sup> Véase P. SCHOLZ y N. NAEEM, ob. cit., p. 41.

<sup>74</sup> Respecto al preámbulo de la Constitución iraní, P. SCHOLZ y N. NAEEM, p. 46 y ss.

<sup>75</sup> Véase mi ensayo «Die Chinesische Charta 08 —auf dem Forum der Verfassungslehre der Kulturwissenschaft, *JöR*, 60, 2012.

<sup>76</sup> En general, P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 7.<sup>a</sup> ed., 2011, p. 276.

### **iii) *Apertura del derecho a la libertad religiosa***

Es inevitable —bajo el espíritu del principio de tolerancia— la generación mediante textos constitucionales de una apertura del derecho a la libertad religiosa<sup>77</sup>. Los países de la primavera árabe no deberían en sus textos ni conservar el monopolio del islam ni establecer Estados teocráticos, y tampoco seguir las huellas alemanas del llamado «derecho estatal de la Iglesia». En las escuelas, la enseñanza debería estar abierta a las tres religiones. Y se ha de evitar cualquier forma de fundamentalismo<sup>78</sup>. En Europa se discute especialmente el llamado Euro-Islam<sup>79</sup>. Quizá alguna de las propuestas valgan para los países del «mare nostrum constitutionalis».

### **iv) *Comisiones de la verdad como «tercera vía»***

Este nuevo logro del Estado constitucional, en el que Suráfrica fue pionera, para luego extenderse a otros muchos países (por ejemplo, Honduras o Costa de Marfil), debería ponerse en práctica en los Estados reformados que surjan de la primavera árabe. Sirve a la reconciliación colectiva<sup>80</sup>, si-

<sup>77</sup> Véase mi trabajo en T. HOLZNER (editor), Staatskirchenrecht im 19 und 20 Jahrhundert, 2012.

<sup>78</sup> Véase mi ensayo «Der Fundamentalismus als Herausforderung des Verfassungsstaates: rechts - bzw. Kulturwissenschaftlich betrachtet», en Liber Amicorum Josef Esser, 1995, p. 49 y ss.

<sup>79</sup> BASSAM TIBI, Die Verschwörung, das Trauma arabischer Politik, 2.<sup>a</sup> ed., 1994; del mismo autor, Die neue Weltordnung, 1999; y también de él, Euro-Islam?, 2002. En general, G. KRÄMER, Demokratie im Islam: Der Kampf für Freiheit und Toleranz in der arabischen Welt, 2011; M. ASAD, Die Prinzipien von Staat und Regierung im Islam: The Principles of State and Government in Islam, 2011; M. ROHE, Das islamische Recht: Geschichte und Gegenwart, 3.<sup>a</sup> ed., 2011; P. SCHOLL-LATOUR, Arabiens Stunde der Wahrheit, 2011; W. ENDE/U. STEINBACH (editor), Der Islam in der Gegenwart, 5.<sup>a</sup> ed., 2005.

<sup>80</sup> Véase P. HÄBERLE, Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat, 1993; también, «Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat -eine Zwischenbilanz», FS Hollerbach, 2001, p. 5 y ss.

tuándose, por decirlo de algún modo, entre la sanción y la amnistía. De cualquier modo, en Egipto se abrió proceso penal contra Mubarak y sus hijos, en Túnez contra el presidente Ben Ali y su mujer<sup>81</sup>. Como ya se ha dicho, considero que los delitos de asesinato y tortura deben perseguirse siempre; sin embargo, el constitucionalista comparado ha de recomendar amnistías o el camino moderado de las comisiones de la verdad<sup>82</sup>.

#### v) *Nuevas formas de la división vertical*

La mayoría de los países de la primavera árabe son Estados unitarios fuertemente centralizados, pese a su amplia variedad étnica y regional. El Estado constitucional, en su estadio actual de desarrollo, ha generado, en un proceso largo, dos estructuras, que deberían ser ofertadas a los países de la primavera árabe: me refiero al federalismo que sigue el feliz modelo de Suiza, Alemania y Austria, también la multinacional Canadá, así como el regionalismo de Italia y España<sup>83</sup>. Estos dos Estados han desarrollado distintas formas estructurales, de modo que algunas regiones poseen un estatus especial reforzado (por ejemplo, el País Vasco en España, en Italia la región del Alto Adige). Todo esto podría ser un modelo para los países árabes e islámicos, en especial para la protección de minorías étnicas, culturales o, sobre todo, religiosas<sup>84</sup>. Y en este caso, desde algunos puntos de vista, Turquía es ejemplar<sup>85</sup> con su Estado laico y su sociedad islámica, pero a la luz del problema kurdo (¡más autonomía!) puede ayudar poco

<sup>81</sup> Véase FAZ de 22 de junio de 2011, p. 6 y FAZ de 30 de julio de 2011, p. 6.

<sup>82</sup> En Túnez se declaró una amnistía para las víctimas del régimen de Ben Ali, FAZ de 21 de febrero de 2011.

<sup>83</sup> En estos dos países los Estatutos regionales van camino de ser «pequeñas Constituciones», P. HÄBERLE, «Konstitutionelles Regionalismusrecht -Die neuen Regionalstatute in Italien», *JöR*, 58, 2010, p. 443 y ss.; también, «Textstufen in österreichischen Landesverfassungen -Ein Vergleich», *JöR*, 54, 2006, p. 367.

<sup>84</sup> N. NAEEM, *JöR*, 58, 2010, p. 633 y ss.

<sup>85</sup> FAZ de 14 de septiembre de 2011, p. 2.

pues permanece centralizada y, al igual que Francia y Reino Unido, realiza lentos procesos de descentralización.

#### *vi) Artículos referidos a los partidos y leyes electorales*

En los países árabes, hasta ahora, un verdadero sistema de partidos lo encontramos solo en construcción (la Carta china de 2008 trata de este asunto)<sup>86</sup>. El punto de partida es distinto en cada Estado. En Túnez crecen las formaciones políticas y lo mismo podría decirse de Egipto, mientras que en Libia difícilmente puede hablarse de partidos y los rebeldes encuentran dificultades para construir una nueva dirección política<sup>87</sup>.

Sería importante que se previera un artículo referido a los partidos, apoyado en los modelos europeos<sup>88</sup>. Se precisa una inclusión de todos los partidos políticos<sup>89</sup> en la bóveda constitucional. De nueva fundación ha de ser el derecho electoral, en el que se recomiendan fórmulas proporcionales, dada su capacidad para reflejar la realidad (con una barrera electoral no muy alta), frente a las fórmulas mayoritarias como las del Reino Unido. Precisamente en las elecciones, los observadores europeos en los países árabes e islámicos, pueden comprender el vínculo entre dignidad humana y la posibilidad democrática de elecciones libres y justas<sup>90</sup>. El consejo militar del Cairo dio una nueva ley electoral en julio de 2011, donde se eligió a 504 parlamentarios, la mitad directamente por la circunscripción y la otra mitad en listas electorales<sup>91</sup>.

<sup>86</sup> Véase mi ensayo *Die Chinesische Charta 08 -auf dem Forum der Verfassungslehre der Kulturwissenschaft, JöR*, 60, 2012.

<sup>87</sup> SZ 29 de marzo de 2011, p. 10; también FAZ de 16 de noviembre de 2011.

<sup>88</sup> SZ de 26 de julio de 2011, p. 8 y FAZ de 5 de agosto de 2011, p. 6.

<sup>89</sup> D.T. TSATSOS, *Verfassung -Parteien -Europa*, 1998/99.

<sup>90</sup> P. HÄBERLE, «Die Menschenwürde als Grundlage der staatliche Gemeinschaft», *HBSR* I, 1987, p. 315, así como la sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Federal Alemán.

<sup>91</sup> FAZ de 22 de julio de 2011, p. 6; y FAZ de 2 julio de 2011, p. 10.

En resumen, los asesores, profesores, fundaciones, funcionarios de la Unión responsables de la cooperación con los países árabes<sup>92</sup>, o la Comisión de Venecia, deberían servirse de la «técnica de alternativas», (esto es, trabajar con una diversidad de textos para elegir). Pero de ninguna manera puede percibirse como una «concesión» de Europa. Incluso deben tomarse modelos africanos, como la Constitución de Etiopía (1993) o Kenia (2010), aunque tales textos hayan permanecido en la semántica, es decir, sin tener reflejo en la realidad constitucional.

#### vii) *Derecho constitucional común islámico*

Aquí, los conceptos esenciales se formulan en conexión con las propuestas del derecho constitucional común europeo desde 1991 o el derecho común asiático desde 1997<sup>93</sup>; buscan una estructuración a través de principios, que se alcanza, a lo largo del tiempo, mediante la política jurídica y la creación interpretativa. Y se debe también pensar en las organizaciones supranacionales.

### 3.3. **Las responsabilidades de Naciones Unidas o de la «comunidad de los Estados constitucionales», así como de cada Estado constitucional**

#### 3.3.a) *Naciones Unidas*

En primera línea encontramos la responsabilidad de Naciones Unidas. En el caso de Libia, mediante la decisión 1973 del Consejo de Seguridad a

<sup>92</sup> Cfr. FAZ de 22 de agosto de 2011, p. 5.

<sup>93</sup> Véase mi trabajo, «Gemeineuropäisches Verfassungsrechte», EuGRZ, 1991, p. 261 y ss. y también, «Aspekte einer kulturwissenschaftlich-rechtsvergleichenden Verfassungslehre», JöR, 45, 1997, p. 555 y ss.; respecto al derecho constitucional común islámico, E. MIKUNDA, JöR, 51, 2003, p. 21 y ss.

comienzos de 2011 ha mantenido una posición ejemplar<sup>94</sup>. Formuló un modelo de protección de la ciudadanía, que fue aplicado por los Estados de la OTAN. Algunos han visto aquí una vulneración del derecho internacional. Pero es una vergüenza del gobierno alemán, que Alemania se haya abstenido en el Consejo de Seguridad, siguiendo el criterio del ministro de exteriores G. Westerwelle<sup>95</sup>. Más aún cuando en junio de 2011 se dejó agasajar en Bengasi por la misma gente que, sin la ayuda de la OTAN, hubieran muerto. Se ha de criticar, sin embargo, que no se haya actuado del mismo modo en el caso de Siria: los Estados Unidos están sobrecargados y Europa es débil, incursa en una política de símbolos, dejando el peso de la estabilidad sobre la ayuda humanitaria. Por el contrario, ha sido muy positiva la ayuda de Turquía a los refugiados.

### 3.3.b) *Ayuda multinacional*

La ayuda multinacional puede realizarse de muchas formas, sobre todo en el ámbito económico. Aquí, la Comisión europea debería marcar el ritmo. En el caso de Libia ya hay países en activo, en especial Francia.

### 3.3.c) *Ayuda nacional*

La ayuda nacional de cada Estado constitucional puede alcanzarse con fines, formas y procesos diversos: debe pensarse en ayuda humanitaria, incluida la formación de fuerzas policiales; también en el asesoramiento de las fundaciones de partidos en relación con la construcción del nuevo derecho constitucional<sup>96</sup>, en especial el derecho electoral y el derecho de par-

<sup>94</sup> C. TOMUSCHAT, «Wenn Gadaffi mit blutiger Rache droht», FAZ de 23 de marzo de 2011, p. 29.

<sup>95</sup> Véase la crítica en Der Spiegel, núm. 9/28, febrero de 2011, p. 22. Y R. HERMANN, «Ein zögerliches Europa. Der Wandel in der arabischen Welt muss als Chance begriffen werden», FAZ de 19 de abril de 2011, p. 8.

<sup>96</sup> Sobre el trabajo de las fundaciones, FAZ de 23 de marzo de 2011, p. 3

tidos, así como la organización del poder judicial (en este sentido fue especialmente irritante la resolución de la Fundación Konrad Adenauer a favor del consejo militar)<sup>97</sup>. También se debe pensar en seminarios y foros de discusión, impulsados por las Universidades, en especial la de Granada. Pero toda la política constitucional de asesoramiento ha de evitar siempre la argumentación y la actuación eurocéntrica. Este principio es especialmente importante en cuestiones claves como la referencia a Dios en los preámbulos, en la apertura del derecho a la libertad religiosa, en la protección de las minorías, o en la construcción de la sociedad civil y la economía social de mercado.

La ayuda científica debe concentrarse en construir los principios de un derecho constitucional común árabe o islámico. Y también en la construcción de estructuras supranacionales, siguiendo el modelo de Mercosur en Latinoamérica<sup>98</sup> y la Unión en Europa (en definitiva, entidades de responsabilidad regional). Aunque quizás todavía no sea el tiempo de tribunales constitucionales supranacionales como el de Costa Rica o Estrasburgo.

Las Monarquías deben contenerse para ser útiles como elementos de integración o estabilidad. Debería ser así en el reino de Marruecos<sup>99</sup>, siempre que el rey Mohamed VI continúe con las reformas avanzadas y se constitucionalice, dando mayores competencias al Parlamento y construyendo un poder judicial independiente. Marruecos quiere una monarquía parlamentaria<sup>100</sup>, y en ese esfuerzo el monarca podría permanecer a la cabeza de la Iglesia (aunque no parezca que pueda continuar calificándose

<sup>97</sup> Véase FAZ de 31 de diciembre 2011, p. 1 y FAZ de 3 de enero de 2012, p. 5.

<sup>98</sup> Al respecto M.A. MALISKA, «Die Supranationalität in Mercosul», *JöR*, 56, 2008, p. 639 y ss.

<sup>99</sup> Véase C. AMELUNXEN, «Staatsaufbau und Verfassungsentwicklung in Marokko (1908-1988)», *JöR*, 38, 1989, p. 499 y ss. M.A. PAREJO FERNÁNDEZ, «Das beredte Schweigen über die Verfassungsreform im Marokko von Mohammed VI», *JöR*, 56, 2008, p. 561 y ss.

<sup>100</sup> Modelo aplaudido por el Rey Juan Carlos y el Presidente Sarkozy. Desde un perspectiva crítica FAZ de 20 de junio de 2011, p. 10 y de 12 de julio de 2011, p. 6.

como santo<sup>101</sup>)<sup>102</sup>. Una mayoría sobrada apoyó la reforma constitucional de Mohamed VI en verano de 2011.

#### 4. RECAPITULACIÓN

La rebelión árabe de 2011 es una gran oportunidad y un reto, pero también una prueba para el Estado constitucional en su actual desarrollo, así como para la comunidad internacional. El lema a menudo formulado en los países árabes —«trabajo, dignidad, libertad»<sup>103</sup>— es característico del Estado constitucional. Conlleva la obligación ética de ayudar a las «generaciones pérdidas», en especial los jóvenes, que con razón quieren ser parte de la globalización y desean más libertad democrática a nivel nacional. Pero no debemos hacernos ilusiones<sup>104</sup>. Entre otras cosas porque una economía que sea nuevamente operativa<sup>105</sup> depende del éxito de la democracia pluralista y de la realización de los derechos humanos. Se ha prometido ayuda económica desde occidente<sup>106</sup>. Y quizás la «nueva Turquía puede ser útil<sup>107</sup>, ya que es reconocida como modelo que aúna islam y democracia<sup>108</sup>. La típica primacía de la Constitución tendrá que enfrentarse a la «primacía del Corán y la Saharia».

<sup>101</sup> La Constitución de Marruecos, en su artículo 46 dispone «La persona del Rey es inviolable y se le debe respeto».

<sup>102</sup> La nueva Constitución garantiza los derechos fundamentales, la igualdad del hombre y la mujer, y de la lengua bereber respecto al árabe, FAZ de 28 de octubre de 2011, p. 10.

<sup>103</sup> Véase W.G. LERCH, «Arabischer Lackmustest», FAZ de 6 de julio de 2011, p. 8.

<sup>104</sup> K.D. FRANKENBERGER, «Dornenreicher Übergang, Die Arabellión hat noch einen langen und schwierigen Weg vor sich», FAZ de 13 de julio de 2011, p. 8; W.G. LERCH, «Arabisches Jahrhundertprojekt», FAZ de 12 de julio de 2011, p. 1.

<sup>105</sup> R. HERMANN, FAZ de 25 de julio de 2011, p. 9 y FAZ de 30 de junio de 2011, p. 11.

<sup>106</sup> Faz de 27 de mayo de 2011, p. 1.

<sup>107</sup> Turquía dio al Assad un último aviso, FAZ de 10 de agosto de 2011, p. 1.

<sup>108</sup> FAZ de 4 de febrero de 2011.

Es llamativo que la primavera árabe haya inspirado incluso las protestas juveniles en Israel<sup>109</sup> y quizá también en España. La construcción de una democracia pluralista fundada en la dignidad humana necesita tiempo<sup>110</sup>. Debe fundarse de manera cultural, comenzando por la escuela (hacer de los derechos fundamentales un objetivo educativo, como, por ejemplo, en Perú y Guatemala) y terminando en los museos<sup>111</sup>. Seguramente, cada poder constituyente de los países árabes en proceso de reforma se enfrenta a temas que van a necesitar, paso a paso, soluciones de transición y definitivas<sup>112</sup>. «Occidente» no debe ser vanidoso. También aquí han fracasado algunas reformas constitucionales (por ejemplo, Austria<sup>113</sup> o Bélgica). El Estado constitucional se encuentra en permanente reto debido a la globalización y a la regionalización. En cambio, la afortunada Suiza puede ofrecerse al mundo como un modelo en la cuestión referida al límite de la deuda presupuestaria. Todavía sigue siendo lamentable que los árabes «estén divididos entre el islam y el secularismo, la tradición y la modernidad», hasta el punto de que un filósofo sirio ha calificado la situación con hamletiana.

El «principio esperanza» (E. Bloch) y el principio de responsabilidad (H. Jonas) serán igualmente relevantes. El constituyente debe invertir mucha fuerza y fantasía en la protección del medio ambiente y el patrimonio

<sup>109</sup> SZ de 9 de agosto de 2011, p. 11.

<sup>110</sup> R.G. KHOURI, «300 Millionen Träume von einer anderen Welt. Die Arabische Revolutionen werden siegreich sein. Do der Kampf um Freiheit und Demokratie kann Jahrzehnte dauern», Die Zeit de 19 de mayo de 2011.

<sup>111</sup> Al comienzo de la revolución se robó en el museo de antigüedades, SZ de 17 de febrero de 2011, p. 11. Se quemó el «Institut de l'Égypte», SZ de 24, 25 y 26 de diciembre de 2011, p. 31; también el SZ de 20 de julio de 2011, p. 16.

<sup>112</sup> Véase J. ZEH, Das Übergangsrecht, Zur Rechtsetzungstätigkeit von Übergangsverwaltung am Beispiel von UNMIK in Kosovo und dem OHR in Bosnien-Herzegowina, 2011; en general, P. HÄBERLE, Strukturen und Funktionen von Übergangs- und Schlussbestimmungen als typisch verfassungsstaatliches Regelungsthema», FS Lendi, 1998, p. 137 y ss.

<sup>113</sup> W. BERKA, (editor), Verfassungsreform, Überlegungen zur Arbeit des Österreich-Konvents, 2004.

histórico; es recomendable seguir el modelo de Ucrania, que ha integrado en la Constitución nacional una protección universal del patrimonio cultural. Son especialmente importantes una protección efectiva de los derechos humanos a través de textos suprarregionales y universales, así como con la independencia judicial. El constitucionalismo brasileño<sup>114</sup>, pionero en Latinoamérica, debe ser también tenido en cuenta. Europa tiene que defender sus propios intereses, pero también contribuir al desarrollo de las razones humanitarias. Y Naciones Unidas ha de implicarse íntegramente. En todo esto deben ser inspiradores los textos clásicos: Goethe dejó dicho que «Dios es el oriente, Dios es occidente, el norte y el sur cuyas manos dejan en paz», sin olvidar a Lessing y su parábola «Ringparabel» que trata la igualdad de las tres religiones del libro.

**Resumen:**

*El trabajo afronta desde un punto de vista teórico el inacabado proceso de la primavera árabe. El método utilizado es la perspectiva que ofrece la teoría constitucional como ciencia cultural. Desde esta premisa, en la primera parte hace un inventario de una serie de elementos referidos a los problemas específicos de las transiciones. En la segunda, analiza los elementos que responden al tipo del Estado constitucional contemporáneo y las dificultades particulares que surgen para ser alcanzadas por los países que componen la primavera árabe, así como la posibilidad de distinguir un Derecho constitucional común.*

**Palabras Clave:** Primavera árabe, derecho constitucional común, islámico, árabe, transición.

**Abstract:**

*This paper analyses the unfinished process of the Arab spring from theoretical point of view. The methodological approach is the constitutional law understood as a cultural science. From this starting point, the first part takes account of the specific transitions problems. In the second part, studies the core elements of the contemporary Constitutional State and the difficulties that the countries of the Arab spring are suffering, and the chances to build a common constitutional law.*

**Keywords:** Arab Spring, common constitutional law, islamic, Arab, transition.

<sup>114</sup> Al respecto al entrevista a Sadiq al Azm, FAZ de 12 de agosto de 2011.



# **REVUELTAS ÁRABES, TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA Y PARTIDOS RELIGIOSOS\***

**SALVO ANDÒ \*\***

## **SUMARIO:**

1. PREMISA
2. LA «PRIMAVERA ÁRABE» ES UNA REVOLUCIÓN
3. LOS PARTIDOS RELIGIOSOS FRENTE A LOS PROYECTOS DE CAMBIO SOCIAL E INSTITUCIONAL
4. LOS HERMANOS MUSULMANES Y SU PESO EN LA POLÍTICA EGIPCIA
5. REFORMISMO ISLÁMICO DE MASAS
6. LA ETERNA DISPUTA ENTRE EL ISLAM LIBERAL Y EL ISLAM «MILITANTE» SOBRE LA RELACIÓN CON LA MODERNIDAD
7. ¿HACIA UNA «REFORMA» DE LA RELIGIÓN ISLÁMICA?
8. JIHAD: EL PROBLEMA EXISTE, PERO SE SOBREDIMENSIONA
9. ¿UNA EVOLUCIÓN DEL ISLAM TRAS LAS REVUELTAS?
10. DIGNIDAD HUMANA Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA SHARI'A
11. ESTADO NACIONAL Y «SUMMAH»; UNA ANTINOMIA QUE NO OBSTACULIZA LA DEMOCRACIA
12. FUENTES DE LA SHARI'A Y ESTADO DE DERECHO: UNA FALSA ALTERNATIVA
13. LA TORSIÓN DE LA SHARI'A Y EL DERECHO ISLÁMICO DE EXCEPCIÓN
14. ¿CÓMO PUEDE EL ISLAM ELABORAR PRINCIPIOS LIBERAL-DEMOCRÁTICOS?
15. PERSPECTIVAS CONSTITUCIONALES DE LA PRIMAVERA ÁRABE
16. CONCLUSIÓN

\* Traducido del italiano por Augusto Aguilar Calahorro.

\*\* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Kore de Enna (Italia).

## 1. PREMISA

Es pronto aún para hacer un balance sobre la llamada «Primavera Árabe». Una estación de cambios trascendentales comenzada en enero de 2011 y aun por concluir. Sin embargo, sí podemos identificar en ella algunas tendencias fundamentales.

Hay países, como Túnez y Egipto, en los que han tenido lugar las primeras revueltas, donde parece haber comenzado la transición democrática y en los que se van perfilando poco a poco ciertas estructuras de gobierno basadas en amplios acuerdos políticos, acuerdos en los que están inmersos incluso los partidos religiosos. En estos países, tras las elecciones políticas, debería iniciarse un proceso constituyente (en Egipto anticipado por el referéndum de marzo de 2011, mediante el que se han aprobado algunas modificaciones de la Constitución vigente), del cual deben resultar Constituciones que garanticen de forma inequívoca el pluralismo político y cultural, hasta ahora considerado incompatible con la protección de la democracia frente a la amenaza del fundamentalismo islámico.

Más compleja parece ser la situación de Libia, ya que con la muerte de Gadafi debería concluirse la guerra civil, aunque no puede preverse cuándo se podrá alcanzar un acuerdo entre las diversas etnias, acuerdo necesario para la creación de un verdadero Estado nacional. La vuelta a la normalidad, en suma, será larga y fatigosa para este país, que deberá ser «asistido» por la Comunidad internacional<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Es de augurar que, terminada la guerra, puedan formarse verdaderos partidos nacionales, capaces de iniciar un proceso de pacificación nacional. No se trata de una obra fácil, pues, durante el régimen de Gadafi, que consideraba el país una posesión personal, no ha podido emerger una esfera pública en la cual se pudiese desarrollar una discusión política; ni siquiera la comunidad de fieles ha expresado movimientos religiosos en situación de promover una obra de politización de la sociedad libia. El coronel toleraba sólo aquellas organizaciones representativas de las tribus, pertenecientes a un comité de coordinación controlado por el régimen, y los comités revolucionarios. Se trata de una realidad que, como observa F. RIZZI (*Mediterráneo in rivolta*, Castevecchi editore, Roma 2011, pp. 77 y ss.) se asemeja, desde el punto de vista de las instituciones a aquella de los países del Golfo. Los partidos, que deben organi-

Para comprender, por tanto, qué estructuras podrán construirse en los países escenario de las revueltas de la «Primavera Árabe», donde han quebrado los viejos regímenes, puede ser útil prestar toda la atención a lo que está ocurriendo en Túnez y Egipto, dado que en estos países la vuelta a la normalidad parece más fácil, y porque en ellos las tradiciones políticas, el nivel cultural de las clases dirigentes, y las reformas sociales llevadas a cabo a lo largo de los años, hacen objetivamente más sencilla la realización del «rule of law», fundamentado en el respeto a los «standard» internacionales de protección de los derechos humanos.

## 2. LA «PRIMAVERA ÁRABE» ES UNA REVOLUCIÓN

Túnez y Egipto son países que desde hace décadas se han abierto a Occidente, han aceptado las reglas del libre mercado, han combatido la injerencia religiosa en la vida política y social, incluso a través de medidas drásticas destinadas a contener la amenaza fundamentalista, y en años re-

---

zarse ex novo, deberán garantizar a través de una transición bien ordenada la unidad del país, quizás reconociendo las realidades territoriales mediante formas de autonomía política y construir un Estado constitucional donde se afirme una identidad nacional distinta de la islámica. El hecho de que el Presidente del Consejo Nacional de transición (CNT), Mustafa A. Jalil, poco antes de concluir su mandato se haya pronunciado a favor de la Shari'a (entrevista concedida al «Corriere della Sera» el 25 de octubre de 2011) no significa que Libia quiera construir un Estado islámico. Jalil ha explicado en referencia a la Shari'a que sólo algunas leyes, sobre todo en materia de Derecho de familia y de libertad económica, se adecúan a los principios de la Shari'a, en cuanto que «toda Constitución se basa en un sistema de valores que parte de arriba hacia abajo». La Shari'a, por lo tanto, desde esta perspectiva debería tener «el mismo valor que los derechos fundamentales para los occidentales». Pero antes incluso de entender en qué dirección va Libia, en referencia a la relación entre religión y política, es necesario comprender si las tribus aceptarán un Estado unitario, guiado por un líder reconocido por todos. Cfr. G. JOFFE, *Libya: Past and Future?* Aljazeera.net, 24 de febrero de 2011.

cientes, han colaborado con los países europeos en el control de la inmigración ilegal.

De particular interés resulta la revolución de Egipto, dado que se trata de un país que juega un papel de liderazgo en la región y cuyos acontecimientos políticos tendrán sin duda un amplio reflejo en toda el área. Aquí, la «Primavera Árabe» ha producido una discusión pública muy viva, alimentada también por personalidades que los viejos regímenes habían condenado al exilio y que han vuelto con la intención de participar en la vida política y de contribuir a la reorganización del sistema político, incluso a través de la aprobación de una Constitución que permita cancelar todos los elementos de autoritarismo que caracterizaban las Constituciones precedentes. En las revueltas comenzadas en la Plaza Tahrir del Cairo no había en primera fila sólo jóvenes, sino hombres y mujeres pertenecientes a una clase media suficiente a causa de una gestión del poder que ha impedido la participación política, imponiendo al país, desde hace tiempo con serias dificultades económicas, el precio de una difusa corrupción en todos los niveles del sector público, y concentrando en muy pocas manos el poder económico.

La realidad económica y social de los dos países norteafricanos, que en el imaginario de occidente se caracterizaban por un continuo crecimiento económico, conforme a los datos del PIB, en realidad registraba una inmensa injusticia en la distribución de la riqueza que en más de una ocasión había dado lugar a la ocupación popular de las plazas brutalmente represaliadas por el régimen. Los gobiernos occidentales habían prestado poca atención a estos hechos en el pasado. De aquí la sorpresa manifestada por la opinión pública europea frente a la «Primavera Árabe». No se ha tenido muy en cuenta en occidente el hecho de que en la construcción del modelo poscolonial, desarrollado bajo la marca de la continuidad de las relaciones entre los nuevos regímenes políticos y los poderes protegidos por los Estados coloniales —una vez concluida la experiencia del panarabismo filosocialista de Nasser—, habían quedado sin resolver los problemas tradicionales de la negación del desarrollo. La situación social egipcia, sobre todo, continuaba registrando amplísimos núcleos de pobreza, de forma particular en la periferia del Cairo y en las zonas internas del país, a pesar de la política de libre mercado sostenida por Sadat y continuada por

Mubarak, impulsada hasta la constitucionalización del «liberalismo económico» con la intención de atraer capital extranjero<sup>2</sup>.

Es cierto que no son pocas las diferencias históricas entre ambos países, en particular en lo referente al periodo poscolonial. La política exterior egipcia, a partir de Sadat, ha sido siempre muy aperturista en lo referente a Occidente y a la línea de diálogo con Israel. Una línea que Mubarak ha mantenido, incluso al coste de aislarlo en el contexto de las naciones árabes, al suscribir un tratado de paz con Israel que ha inducido a los Países Árabes a excluir a Egipto de la Liga Árabe durante más de una década. Túnez, sin embargo, ha jugado un papel más orgánico en el mundo árabe entre las Instituciones que tienden a darle una representación unitaria.

La historia postcolonial tunecina, se caracteriza por una fuerte continuidad. Los valores del «pequeño padre» Bourghiba constituyeron el trasfondo cultural al que hizo referencia Ben Alí, estrecho colaborador de Bourghiba<sup>3</sup>.

Por el contrario, la historia de la República de Egipto se caracteriza por una fuerte discontinuidad desde los tiempos de las revueltas del Comité de los Oficiales Libres liderados por Nasser<sup>4</sup>. Estos organizaron políticamente a las masas, difundiendo consignas sobre el panarabismo para crear una potencia árabe que no se sujetase más al dominio occidental, así como un modelo económico de tipo socialista que refutase la cultura del libre mercado. La construcción del nuevo Estado egipcio se fundaba en la estrecha relación entre nacionalismo y socialismo. Se trataba de un nacionalismo socializante destinado a ser asumido en aquellos años como el punto de referencia de los nuevos estados árabes, realizado a partir del partido Baath y de los que de éste tomaban su modelo organizativo. Las fases sucesivas han sufrido importantes cambios de perspectiva, primero en clave económica, y posteriormente también en clave política y geopolítica.

<sup>2</sup> Cfr. AA.VV, «Privatization in Egypt», United States Agency for International Development (Ed.), *Quarterly Review*, abril-junio 2002.

<sup>3</sup> V. GESSER y M. CAMAU, *Syndrome autoritaire. Politique en Tunisie de Bourghiba à Ben Alì*, París, 2003.

<sup>4</sup> G. NASSER, *The Philosophy of Revolution*, El Cairo, 1954.

La analogía entre ambas revoluciones, la egipcia y la tunecina, no es de tipo ideológico ni tienen objetivos políticos precisos, sino que se debe al protagonismo desconocido que han adquirido las masas, al menos en la forma en que se han manifestado, y sobre todo por la movilización de muchísimos jóvenes que, en una sociedad donde el peso de los ancianos ha constituido un verdadero baluarte de las tradiciones, se han situado a la cabeza de las protestas utilizando la tecnología informática para comunicarse, para transmitir en directo las imágenes de lo que estaba sucediendo, para expandir la revolución dándole un contenido fácilmente comprensible por la gente y que ha innovado el lenguaje de la política.

Las consignas que se alzaban sobre las plazas revueltas eran muy diversas de aquellas que habían caracterizado las reivindicaciones sindicales, igualmente duras, en el pasado<sup>5</sup>, o las manifestaciones contra los fraudes electorales de tiempos recientes. Esta vez no se protestaba sólo por la falta de pan y de trabajo, sino por el inmovilismo de la sociedad, por la incapacidad del régimen de aproximarse a la modernidad, en una fase de la política internacional en la que se han puesto sobre la mesa los viejos equilibrios geopolíticos y donde los países en vías de desarrollo parecían destinados a sufrir una condición de marginación aun superior, dado que la globalización de los mercados no se extendía a los derechos.

Lo que une a los dos países norteafricanos, en referencia a lo acontecido en la «primavera árabe», es la espontaneidad de las revueltas, los medios utilizados por aquellos que las promovieron para alcanzar un consenso masivo, la implicación no sólo del mundo laico y liberal sino también de importantes sectores del mundo religioso, y en algunos casos incluso de los fundamentalistas, la difundida conciencia de que las revueltas ocurrían «en el Islam» y «para el Islam», y que al mismo tiempo expresaban una voluntad de apertura hacia Occidente y un ruptura con las lecturas reaccionarias y filogubernativas de la antigua hostilidad islámica frente a los conflictos políticos y sociales.

<sup>5</sup> Acerca de las huelgas de los mineros y de los trabajadores textiles, cfr F. RIZZI, *Mediterraneo in rivolta*, cit., p. 60.

No se han escuchado los tradicionales slogans anti-imperialistas de años pasados contra las operaciones de injerencia humanitaria occidental, para defender a los oprimidos o en defensa de la paz. Por el contrario, se ha registrado una actitud crítica hacia una cultura liberal que comporta costes sociales insostenibles para los países más pobres, condenados a ser aun más pobres. Lo característico de las revueltas ha sido su «universalidad» («transversalidad» es un término que parece demasiado reductivo). En las plazas de las revueltas no se encontraban sólo los jóvenes, no había sólo representantes de las minorías árabes insatisfechas con el régimen, no estaban sólo los pobres o los de la clase media, no se encontraban sólo los islamistas moderados; estaban todos. Ha habido un encuentro entre clases distintas de la población que, convergiendo en lugares comunes, manifestaban su voluntad de acabar con las barreras creadas por los prejuicios y por el miedo a concurrir en un futuro diferente.

Escribe, acerca de lo acontecido en Plaza Tahrir, Wael Farouk, profesor de la «American University» del Cairo<sup>6</sup>, y participante en las revueltas, que el encuentro entre tanta gente diferente que el propio régimen había tratado de dividir en compartimentos estancos, ponía fin al «conflicto de estereotipos que amenazaban con incendiar la sociedad pocos días antes de la revolución, tras el atentado a la iglesia de Alejandría. La Plaza Tahrir ha sido el espacio en el que la juventud ha descubierto el sentido de la propia existencia y donde se ha recuperado la fe en la capacidad propia para cambiar las cosas, tras haber comprendido que sus sueños no eran inalcanzables». La revolución egipcia representa una transformación de la mentalidad árabe única en su especie.

A través de Facebook los egipcios han podido franquear las barreras entre la realidad tradicional del mundo virtual expresando el deseo «de recuperar la existencia humana de la que habían sido privados por la dictadura». El resultado más importante de la revolución ha sido la liberación de la mentalidad árabe del sueño del tirano justo. Muchos han criticado la revolución por la ausencia de un líder, sin embargo, ésta ha sido su característica distintiva más importante.

<sup>6</sup> WAEL FAROUQ, *L'amicizia come via alla conoscenza*, Atlantide, 2011, 23, 89.

Lo que ha empujado a millones de personas a refugiarse en las plazas para discutir sobre un futuro distinto ha sido su fe en la libertad. El régimen de Mubarak, después de más de cuarenta años, ha caído en el transcurrir de pocos días al enfrentarse a un desafío diverso e irrefrenable mediante los instrumentos tradicionales de represión o negociación. La cosa más importante que los egipcios han aprendido de esta revolución es que la libertad no significa sólo la ruptura de las cadenas, o la superación de los obstáculos que se encuentran en la realización de los deseos individuales o grupales. La libertad debe ser compartida con los demás... porque no existe libertad separada de los otros.

Desde ciertos aspectos puede decirse que contra la «eterna reproducción de las relaciones de fuerza vigentes», preferida por la burocracia y las élites políticas movidas por «el instinto de auto conservación», se ha movilizado una población muy joven —de los trescientos cincuenta millones de árabes la mitad tiene menos de veinticinco años— dispuesta a no sufrir más la hegemonía de un bloque social constituido por poderes económicos, militares y familiares-tribales; el pueblo se ha rebelado contra un sistema de injusticia social intolerable, considerando que las enormes riquezas producidas por los recursos energéticos, en algunos países, han sido dominadas por pocas familias, en presencia de una pobreza siempre más difusa<sup>7</sup>.

En este sentido, las revueltas han hecho emerger una aproximación al proceso democrático que no podrá dejar de tener un efecto contagioso, que no podrá no escribirse también en aquellos países donde los regímenes, tras las protestas, han sido desestabilizados y, ahora, obligados a contar con una opinión pública finalmente consciente de la fuerza que puede expresar.

Lo que ocurra ahora en Túnez y Egipto constituye una prueba general de lo que pueda acaecer mañana en todo el mundo islámico. Una importante novedad de estas revueltas es que no se haya registrado, por parte de las poblaciones en lucha, la tradicional desconfianza del mundo islámico

<sup>7</sup> L. CARACCIOLI, Editorial, «Il Grande Tsunami. Guerra di Libia, Rivoluzione d'Egitto. Tremano i Sauditi e l'Italia resta sola», *Limes. Riv. It. Geopol.*, 1-2011, 7-21.

respecto de Occidente y de las llamadas «interferencias» ambientales en los asuntos relacionados con los «Hermanos». También esto es un dato revolucionario. La Plaza ha buscado esta vez a los periodistas extranjeros para que sus protestas pudieran llegar más lejos.

El cardenal Scola ha observado, con ocasión de un Congreso desarrollado en junio sobre las perspectivas del mundo árabe tras las revueltas<sup>8</sup> que, la revuelta, se convierte en revolución cuando en el centro de esta «se encuentra la idea de la verdad» (citando a Augusto Del Noce). Se trata de una observación que fotografía eficazmente una novedad de la insurrección: la insistencia con la que se ha reivindicado en las plazas el respeto de los derechos humanos. Se ha hablado exactamente de derechos humanos y no de «dimensión humana», dimensión que había constituido hasta ahora, en relación con los derechos de la persona, el elemento distintivo entre las Cartas de derechos occidentales y las islámicas o las aprobadas por la Liga Árabe<sup>9</sup>.

La cuestión de la disputa sobre la universalidad de los derechos no ha significado en el pasado un obstáculo político infranqueable, pero sí ha expresado un conflicto ideológico irresoluble sobre la propia idea del ser humano; contraponiendo el hombre occidental al islámico. Esta vez las revueltas han puesto sobre el terreno una idea del hombre que no es muy distinta a la occidental. Como explica Maurice Pierre Roy, pueblos que han distinguido desde siempre dos ideas de universalidad de los derechos, la occidental y la islámica, sobre la base de una diversa idea del hombre, han afrontado ahora los problemas sobre la dignidad de la persona sin evocar diferencias ideológicas, religiosas ni políticas infranqueables. «Por primera vez hemos asistido al uso de la palabra «karamat», que se traduce como dignidad individual»<sup>10</sup>, y no a aquella de «honor», que hace referencia al colectivo. En suma, si la condición humana allí se considera sin hacer referencia al hombre en abstracto, sino al «homme situé» del que habla

<sup>8</sup> Vds. Tracce, Luglio-agosto 2011.

<sup>9</sup> G. Gozzi, *Diritti e civiltà. Storia e filosofia del diritto internazionale*, Bolonia, 2010, 268 ss.

<sup>10</sup> O. ROY, *Global Muslim*, trad ital. de L. Cornalba, Milán, 2003.

Georges Burdeau, y si allí se refiere a los procesos de globalización deshumanizadores, en el norte y en el sur del mundo es posible llegar a un acuerdo sobre el contenido mínimo que debe presidir una lista de derechos humanos que pueda compartirse por todas las civilizaciones.

Para asumir este punto de vista no es necesaria una sociedad islámica menos religiosa, sino simplemente una experiencia religiosa diversificada. La afiliación religiosa debe ser declinada de manera distinta en una sociedad que abiertamente rechaza la idea de personalidades carismáticas que garanticen la cohesión social, que cree en la centralidad de la familia pero tiene menos hijos. Se puede, en conclusión, cultivar la idea de vivir en occidente para integrarse con la sociedad de acogida, sin perder la memoria de las propias tradiciones culturales.

La cuestión religiosa, identificada con la invasión de la política por la religión, y por el peligro de la expansión del fundamentalismo islámico, no parece constituir un problema para los jóvenes que luchan por la libertad. Los muchachos de las revueltas son islámicos, y fieles a su identidad, pero no quieren hacer la «guerra al mundo» y, sobre todo, no quieren sacrificar sobre el altar de una afiliación religiosa totalizante la propia libertad y la propia esperanza en una vida mejor.

La democracia invocada en las plazas, esta vez, no parece ser aquella que se limita a registrar oceánicas manifestaciones de apoyo a un rais electo por la casi totalidad de los votantes, sino una democracia auténticamente vivida, capaz de mediar entre intereses en conflicto y entre diversas visiones de futuro. Elementos estos que encuentran una eficaz síntesis en las formas del pluralismo institucionalizado. Pluralizar la sociedad es, precisamente, la condición para politizarla. Y como quiera que transcurran los acontecimientos, no es pensable que en los países escenario de las revueltas puedan aparecer sistemas políticos que se limiten a sufrir el pluralismo, es decir, a tolerarlo, en lugar de promoverlo.

Todo esto ha sucedido, aunque en los años pasados hayan aparecido fenómenos de re-islamización justamente en países que también habían sufrido antes que ninguno procesos de secularización. No obstante, si se tienen en cuenta la actitud de los jóvenes de la «primavera árabe», parece que ahora las exhibiciones de signo religioso —pienso sobre todo en el «velo»— dependen, por un lado, de la voluntad de afirmar una precisa iden-

tidad nacional frente a las fuertes injerencias de los Estados Unidos en la vida económica y política de los países islámicos, y por otro lado, de la voluntad de cambio en nombre de los valores tradicionales frente a una corrupción cada vez más difundida, y a menudo tolerada, por el régimen.

La re-islamización, en realidad, expresaba no tanto una demanda de mayor afección de la vida social a los valores tradicionales, sino más bien, un impulso hacia una mayor moralidad en la vida pública, y por lo tanto, una contestación a los regímenes que han sido derrotados. En este sentido, re-islamización y revueltas por la democracia pueden ser leídas como dos señales de la misma ansiedad provocada por regímenes autoritarios y corruptos que, en la apertura laica, encuentran un terreno de compensación respecto de las barreras a la modernidad operadas en muchos otros campos.

La re-islamización ha sido, además, hostigada por el rais, tanto en Túnez como, sobre todo, en Egipto, donde Mubarak ha tratado de contener por todos los medios la expansión de los Hermanos Musulmanes en el ámbito social y político, incluso de forma violenta. Los hechos han demostrado que las proclamas en defensa de la laicidad amenazada por los fundamentalistas, normalmente han constituido un pretexto para cuestionar, mediante leyes de excepción, las garantías constitucionales, no sólo frente a todo aquel sospechoso de formar parte de la galaxia del integrismo islámico, sino frente a toda la sociedad. En esto Mubarak ha supuesto una fractura en la historia egipcia, donde el ejército, a diferencia de lo que ocurre en Turquía, no sólo no tiene una tradición laica, sino que desde siempre ha cultivado intensas relaciones con el islamismo popular.

### **3. LOS PARTIDOS RELIGIOSOS FRENTE A LOS PROYECTOS DE CAMBIO SOCIAL E INSTITUCIONAL**

Tanto en Egipto como en Túnez la amenaza del islam ha sido utilizada por los regímenes pasados como un acicate de la «estabilidad política», allí donde esta última se identificaba sustancialmente con la permanencia en el poder de la clase dirigente guiada por los respectivos Presidentes. Pero la situación ha sido históricamente distinta en los dos países en lo que se refiere a las relaciones entre la política y la religión.

En Túnez, como en otros países magrebís<sup>11</sup>, nunca ha habido una contraposición radical entre religión y política. El vínculo que mantiene unida a la «nación islámica» ha sido siempre visto por los magrebís, si bien con menor énfasis respecto de otros países islámicos, como un valor importante, pero nunca en detrimento de las libertades civiles y de la seguridad del Estado, amenazado por el fundamentalismo<sup>12</sup>. El partido islámico tunecino, el «NAHDA» («Renacimiento»), guiado por Rached Ghannouchi, ha sido reprimido por el viejo régimen y su líder enviado al exilio en Inglaterra, no por razones relacionados con la afirmación de la laicidad del Estado, sino porque se trataba de un partido en abierta oposición a Ben Alí<sup>13</sup>. Hoy, el partido, que ha ganado las elecciones, parece dispuesto a dialogar con los demás partidos para garantizar un cambio democrático basado incluso en la libertad religiosa<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Cfr. M. OLIVIERO, *Il costituzionalismo dei Paesi Arabi, Le Costituzioni del Maghreb*, Milán, 2003.

<sup>12</sup> La lucha de Ben Alí contra los fundamentalistas ha sido muy dura, porque los tunecinos temían una infiltración de los fundamentalistas argelinos que habría podido desestabilizar políticamente un país tan vulnerable. A ello se debe el control casi obsessivo ejercido por los tunecinos en las fronteras de Argelia. Cfr.: F. RIZZI, *op. cit.*, 42 ss.

<sup>13</sup> El partido que tiene una clara inspiración secular, nace en torno a la mitad del siglo XIX. Será declarado ilegal en 1991. Su líder, Rashed Ghannouchi, que había sido expulsado del país, vuelve del exilio en Londres tras la «revolución de los jazmines»; el partido será reconocido oficialmente junto a otros movimientos menores en marzo de 2011.

<sup>14</sup> Las elecciones para la Asamblea constituyente, desarrolladas en Túnez el domingo 23 de octubre de 2011, inducen al optimismo en relación a la posibilidad de radicar la democracia en el amplio mundo árabe. Las primeras elecciones libres impulsadas por la «primavera árabe» han tenido un gran éxito, no sólo por el número de participantes, sino también por la regularidad del ejercicio al voto certificado por los observadores internacionales, por la forma en la que se han desarrollado las campañas electorales, por las declaraciones posteriores al voto, de las que se deduce la voluntad de crear un gobierno fundado sobre amplios consensos. Rached Gannouchi, el líder del partido más votado, comentando el resultado electoral, ha explicado que han ganado los moderados, y que su partido a convencido a los electores por haberse declarado a favor de un Estado laico, donde no habrá lugar para la Shari'a, y donde prevalecerá el principio de separación de poderes. Su modelo, ha afirmado el líder

La peculiaridad egipcia consiste en el papel ejercido por los militares, desde siempre cercanos al islamismo popular, pero también desde siempre ferozmente hostiles a la formalización de la presencia islámica en la escena pública<sup>15</sup>. La Constitución egipcia de 1971, querida por Sadat, tenía

---

del NAHDA, es el del AKP del premier turco Erdogan, partido que se inspira en el Islam en su acción política, pero que no impone la religión islámica a toda la sociedad; en suma, un partido con un background religioso, pero garante de la libertad religiosa, de la laicidad del Estado, una especie de Democracia Cristiana en versión musulmana (cfr.: Avvenire 26, 10,2011, La Stampa, 25,10, 2011). Se trata de declaraciones reconfortantes, teniendo en cuenta que tras el voto se abre una importante partida; de hecho, en un año se deberá aprobar la nueva Constitución y se desarrollarán las elecciones políticas y presidenciales.

Las elecciones se han caracterizado por la participación de muchos partidos cuatro de los cuales, por los votos recibidos, parecen dar lugar a un amplio despliegue político, situándose o en la mayoría de gobierno o en la oposición. Serán estos partidos los que deberán gestionar la fase central del proceso democrático; éstos tienen la confianza de la población tunecina también de la que vive en el exterior. El Nahda, ha obtenido un gran éxito entre los emigrantes tunecinos que viven en países de tradición secular y que lo han votado en más de un 50%. Si consideramos los porcentajes obtenido por los cuatro grandes partidos, y el hecho de que el partido mayoritario supera por poco el 35%, se puede afirmar que Túnez ha pasado página, en tanto que durante la dictadura las votaciones del partido del rais superaban el 90%.

Parece que las promesas de laicidad que hoy hacen los partidos mayoritarios (además del Nahda, que ha superado el 30%, Alianza democrática independiente, Congreso de la República, o Ettakol han conseguido sufragios entre el 10% y el 20%) participantes en las elecciones, y que han sido en cierto sentido simbólicamente certificadas por la participación en la campaña electoral de muchas candidatas sin velo, son sinceras. El partido vencedor ha confirmado que luchará por la defensa de la mujer, tanto en campaña como posteriormente, empeñándose en la no modificación del «estatuto de derechos de la mujer», y que la guerra santa pertenece a un pasado del que el mundo árabe debe desembarazarse. En este sentido, Gannouchi y otros portavoces del partido han afirmado que es necesario combatir una interpretación forjada por el Islam, que ha sido llevada adelante por las organizaciones terroristas y que los gobiernos han combatido y continuarán combatiendo, explicando que la lucha contra el terrorismo no es una lucha anti islámica.

<sup>15</sup> M. CAMPANINI, *Storia dell'Egitto contemporaneo dalla rinascita a Mubarak*, Roma, 2005.

una fuerte impronta laica, aunque situase la «Shari'a» en el vértice del sistema de fuentes, sancionando en el artículo 2 el principio de la «Shari'a» como «fuente preeminente» de la legislación. Este reconocimiento, tan perentorio, del valor de la «Shari'a», se confirmó mediante las enmiendas aprobadas en 1980, siempre por iniciativa de Sadat, en las que la «Shari'a» se califica como «la fuente principal de la legislación y de la jurisprudencia». Se trataba de un mensaje de refuerzo frente a los fundamentalistas, que no alteraba, a pesar de todo, la actitud hostil del régimen hacia los movimientos religiosos, en particular el de los Hermanos Musulmanes, que ejercían su presencia, muy difundida, en el interior del aparato público.

Está línea será compartida por Mubarak que, incluso tras haber promovido las reformas constitucionales de 2007 donde se observaba cierta apertura democrática, sin embargo, en relación al pluralismo político, era contrario a la actividad de todo partido político de base religiosa (artículo 5, Const. Eg.). Se trataba de normas de «protección de la Constitución». Lo entendieron bien los Hermanos Musulmanes, que lamentaron una contradicción en la Constitución egipcia, pues, por un lado, sancionaba que los principios de la «Shari'a» debían constituir «la fuente principal de la legislación» (art. 2) y, por el otro, prohibía (art. 5) que se formasen partidos de matriz religiosa, lo que impedía que pudiesen operar los instrumentos fundamentales de la islamización de la sociedad, es decir, los partidos. Se trataba, con toda evidencia, de un argumento «político» más que jurídico-religioso, porque es precisamente la institucionalización del elemento religioso el que viene a deslegitimar la islamización desde abajo: si la legislación tiene como punto de referencia la «Shari'a», no parece quedar mucho espacio, en términos de legitimidad, para un partido islámico en posición antagonista al sistema. También en este caso, como en el artículo 2 de la Constitución, la corriente ascendente del sistema de fuentes alimenta el vértice del ejecutivo<sup>16</sup>. Tanto es así que, ahora, no se han registrado análogas objeciones por parte de los Hermanos Musulmanes cuando la dirección constitucional expuesta se confirma también por la «declaración cons-

<sup>16</sup> C. SBAILÒ, «L'Egitto, tra mutamento di regime e transizione costituzionale», *DPCE*, 2, 2011.

titucional» surgida del Consejo superior de las Fuerzas Armadas (CSFA), en la que, al diseñar el itinerario político institucional que debe conducir a la nueva Constitución, se confirma la situación de la Shari'a en el sistema de fuentes.

También desde esta perspectiva, en Túnez, la situación de las relaciones entre la política y la religión parece menos compleja, porque más allá del Nahda, el partido religioso, no existen movimientos religiosos candidatos a ejercer un papel político, o al menos, un relevante papel político. La situación social es muy crítica. Las condiciones de vida de la clase media han empeorado en los últimos años. Sin embargo, se registran menores inquietudes que en Egipto<sup>17</sup>; la opinión parece menos enredada en la discusión pública. Las reformas, aprobadas por Ben Alí, habían permitido cierto pluralismo político y concedían un peso relevante al control de la gestión de las políticas sociales. Todo ello, en el fondo, ha sobrevivido; los elementos de continuidad, en suma, entre lo viejo y lo nuevo parecen prevalecer sobre los elementos de ruptura.

#### 4. LOS HERMANOS MUSULMANES Y SU PESO EN LA POLÍTICA EGIPCIA

Un dato común a los dos países, pero sobre todo propio de Egipto, es la presencia de los Hermanos Musulmanes<sup>18</sup>, una organización que se ha

<sup>17</sup> No puede olvidarse que en los últimos años, en Egipto, se habían difundido protestas contra Mubarak, no sólo por manipular las elecciones, mediante el fraude en las urnas, (en particular con ocasión de las elecciones de noviembre de 2010), sino también por haber reformado la ley electoral de forma que se garantizase una segura reelección, o de asegurarse la elección de un miembro de la familia. La nueva ley electoral preveía un sistema de proposición de las candidaturas que favorecía de manera evidente al partido del Presidente (el único que podía contar con un número de diputados suficiente para proponer la candidatura, un mínimo de 250). La oposición hablaba de un verdadero golpe de Estado. Cfr. F. RIZZI, cit.

<sup>18</sup> Sobre la historia de los Hermanos Musulmanes, la más importante y difundida corriente del reformismo islámico, cfr T. RAMADAN, *Il riformismo islamico*.

difundido por todo el mundo árabe y que ha conseguido salir indemne de todos los cambios experimentados por Egipto durante todo el siglo pasado.

Nacidos tras las dos guerras mundiales, los Hermanos Musulmanes han tenido un papel muy importante tanto en las batallas anticolonialistas como en la construcción del Estado independiente, situándose en el país como una autoridad cultural y con un carisma político de primer orden.

En el movimiento conviven diversas tendencias políticas; por ejemplo el reformismo iluminado por su fundador, Hasan Al Banna, y el radicalismo de su opositor, Say-yid Qutb. Ha gozado, y goza en Egipto, de gran prestigio social; pero también de una importante influencia internacional. Los Hermanos Musulmanes constituyen así un movimiento político-religioso con el que los nuevos actores políticos deben contar, tal y como ha sucedido con los viejos regímenes que han mantenido de cuando en cuando relaciones tanto conflictivas como de colaboración. No obstante, los Hermanos Musulmanes nunca se han sentido extraños a los acontecimientos políticos del país.

La perspicacia política y la capacidad táctica de los dirigentes del movimiento han permitido que pudieran salir indemnes incluso de las persecuciones del régimen. Su fuerza se basa en la capacidad de movilización de un islam social que, gracias a la organización de base del movimiento, hace sentir su propio peso en las decisiones públicas.

Frente a las novedades de las revueltas de la «primavera árabe», los Hermanos Musulmanes, que desde el primer momento han bajado a las

---

*Un secolo di rinnovamento musulmano*, Città aperta, 2002. Ramadan, recorriendo la historia de este movimiento religioso explica que nunca ha usado la violencia, sino que la ha sufrido tanto por parte de los gobiernos como de los movimientos cercanos al terrorismo. El libro presenta una extraordinaria actualidad, porque ayuda a comprender lo que está ocurriendo en la realidad egipcia, donde operan movimientos interesados en impulsar el conflicto entre cristianos y musulmanes. Desde esta perspectiva se explican los recientes atentados de grupos fundamentalistas a los cristianos coptos, precisamente para evitar que continúe el diálogo entre los Hermanos Musulmanes y los cristianos que pueda dar lugar a un proceso de reformas, basado en el diálogo religioso, que temen los ambientes más reaccionarios del antiguo régimen.

plazas para solidarizarse con los insurrectos, parecen situarse en el bando de las fuerzas del cambio.

No hay duda de que sus decisiones influirán de manera relevante en el transcurso hacia la democracia.

De los Hermanos provenía Sadat, caído en un atentado organizado por los integristas islámicos hostiles, como los Hermanos Musulmanes, al diálogo con Israel. Mubarak, que era el vicepresidente de Sadat, una vez que asumió el poder, trató de frenar el crecimiento del movimiento obstaculizando su difundido asentamiento en la sociedad, pero sobre todo redimensionando su influencia política a través de leyes electorales fuertemente mayoritarias. De esta forma se ha venido impidiendo en las últimas elecciones generales la vuelta de los Hermanos Musulmanes al Parlamento.

Las relaciones del movimiento con Mubarak, sin embargo, se han caracterizado por los altibajos, teniendo en cuenta el nivel de consenso con el que el régimen podía contar y las múltiples oportunidades que se presentaban a los Hermanos de aplicar eficazmente su relevante capacidad de negociación. Han demostrado siempre una gran ductilidad en este sentido haciendo evidente su enorme capacidad de influencia tanto sobre el pueblo llano como sobre los centros de poder existentes en el país.

El terreno de encuentro con Mubarak lo constituía la visión más «nacional» (respecto de los precedentes Presidentes) de la política egipcia, que había liberado al país de los vínculos del panarabismo y el socialismo nasseriano.

La des-nasserización de la sociedad egipcia, empezada con Sadat y continuada con determinación por Mubarak, ha permitido a los Hermanos Musulmanes enraizarse de nuevo en la sociedad civil, ahora ya no sometida al rígido control estatalista y centralizador de Nasser. Han podido así establecer una red de servicios caritativos y asistenciales que les ha permitido garantizarse en el territorio una presencia esencial. Los Hermanos Musulmanes, en suma, a diferencia de los grupos fundamentalistas, en sus relaciones con la política parecen más pragmáticos, muy atentos a la valoración de los objetivos prácticos de las reformas sociales para atraerse ventajas en su obra de proselitismo.

El movimiento, no obstante, no rechaza el valor de la tradición, expresando su preferencia por el califato y declarándose abiertamente contra-

rios a la laicidad del espacio público (cultivando una visión «islámico-co-munitaria» del pluralismo religioso). No obstante, en muchos aspectos de la vida política nacional han demostrado una posición progresista, aliándose, por ejemplo, con fuerzas laicas liberales para sostener políticas basadas en un verdadero pluralismo político y cultural. Sin embargo, los Hermanos, no han hecho de estas razones el objeto de sus fuertes campañas contra el régimen.

Éstos mantienen, por su naturaleza de movimiento que nace desde abajo, su deber de promover una discusión pública que posibilite orientaciones políticas nacidas desde la base del país. Se trata de una forma de politización de la sociedad civil, que permita a los Hermanos convertirse en portadores de los valores político-teológicos, jugando un papel activo en los procesos de decisión política a través de su notable capacidad de control ejercida sobre las diversas formas de participación. Desde este punto de vista, se puede decir que los Hermanos Musulmanes, aun sin ocuparse de modo explícito de la formación política, sin embargo, favorecen la afirmación de una esfera pública bastante autónoma, dentro de la cual se desarrolla también la discusión política.

La fuerza del movimiento se encuentra precisamente aquí, en la indiscutible capacidad de promover la lealtad de las masas, englobando tanto a los burgueses como a los desheredados; capacidad reforzada por el hecho de no ser prisioneros de la rigidez ideológica, y por tanto, de encontrarse capacitados para garantizar una cierta libertad de pensamiento a sus propios adeptos. Esto ha hecho que los Hermanos Musulmanes pudieran perseguir el objetivo de conquistar democráticamente el poder, tratando de ocupar todos los espacios que el sistema político pone a su disposición y reivindicando reformas que les permitiesen una mayor presencia en las instituciones. Todo ello ha favorecido la afirmación en su interior de un componente reformista que ha producido estímulos importantes en dirección a la renovación de la sociedad egipcia, pero también en otros países donde el movimiento está presente<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> R. GUOLO, *Il fondamentalismo islamico*, Roma-Bari, 2002.

En Egipto, la relación entre las masas y el poder no se encuentra mediatisada por la religión, como ocurre en otros países magrebíes, donde la religión ha constituido para las clases dirigentes un instrumento privilegiado para construir el Estado nacional<sup>20</sup>. Si se tienen en cuenta las primeras decisiones del Gobierno provisional, no cabe duda de que la Hermandad ha conseguido una fuerte sintonía con las revueltas del pueblo. Es significativo que el Primer Ministro Ahmad Shafiq haya sido obligado a dimitir por no garantizar la discontinuidad con el pasado régimen. Otros ministros han sido sustituidos por las mismas razones. También el asunto del proceso de Mubarak constituye un elemento primario para entender hasta qué punto, sobre el plano de la discontinuidad, se puede empujar al Consejo militar que hoy gobierna el país.

En estas ocasiones los Hermanos Musulmanes han pedido lo mismo que pedían los jóvenes de la «primavera árabe». También de estas señales se evidencia que se está organizando un movimiento islámico decidido a promover una renovación del Estado, dentro del cual los Hermanos constituirán el ala moderada.

No debe excluirse que, después de todo, la Hermandad pueda pactar con los militares que, incluso sumando en sus filas a miembros del movimiento, nunca han sido proclives a compartir sus acciones.

En el Egipto pos-Mubarak no parece, sin embargo, pensable que un movimiento político religioso que quiere asumir un papel significativo en los futuros asuntos políticos pueda desarrollar una acción de contestación frente a los militares, que continúan siendo un poder fuerte.

La discriminación que ha sufrido la Hermandad por el pasado régimen, al igual que otros componentes religiosos como los coptos, por su papel de oposición, constituye una experiencia que los Hermanos Musulmanes no quieren volver a repetir. La tarea más ardua en este sentido para la Hermandad la constituye, por un lado, el mantener las relaciones de colaboración con otras fuerzas de oposición, y por otro, el perseguir una línea de diálogo con aquellos que gobiernan la transición, y sobre todo con la casta

<sup>20</sup> T. RAMADAN, *Il riformismo islamico*, cit., 280 ss.

militar. Lo más difícil, en este contexto, es conseguir ser a la vez fuerza de gobierno y oposición social.

La presencia de un movimiento religioso tan bien enraizado en el país y tan plural a nivel interno, en una situación tan fluida en la que ni siquiera los nuevos partidos logran tomar forma, puede garantizar un proceso que abra el país a la modernidad, sin que se comprometan los valores de la identidad islámica.

Los Hermanos Musulmanes no han sido nunca prisioneros del esquema de los movimientos tradicionales islámicos frente a los procesos de cambio. Nunca han considerado al desarrollo un obstáculo para aceptar los derechos de la modernidad<sup>21</sup>. No han sostenido nunca que la democracia deba ser un apéndice secundario de la estrategia para alcanzar un verdadero desarrollo, una visión que se conjuga con la concepción autoritaria e intervencionista del Estado.

Sería un error para las fuerzas que pretenden un proceso democrático que poco a poco se implante en la cultura social, no dialogar con la Hermandad. Cuanto más se alargue el espacio de la política, es decir, el proceso de politización de la sociedad egipcia en perjuicio de las oligarquías tradicionales del poder, tanto más será necesario contar con el apoyo del Islam político. El problema es el de elegir en este campo si revalorizar la presencia de los movimientos religiosos como el de los Hermanos Musulmanes, aislando corrientes como la salafista, que continúan haciendo difícil el camino del diálogo entre culturas incitando al odio hacia Occidente a los sectores más pobres de la sociedad musulmana, favoreciendo objetivamente maniobras de desestabilización que provienen de sectores más conservadores del aparato militar.

## 5. REFORMISMO ISLÁMICO DE MASAS

De las revueltas deriva, por tanto, una sociedad que quiere reformas en el sistema político y social, que no tiene miedo a los derechos humanos

<sup>21</sup> Se trata de una visión de la democracia que tomará formas distintas, pero que mantendrá su esencia en el Magreb; cfr. F. RIZZI, *op. cit.*, 69.

en su versión occidental, pero que sostiene que se pueden resolver los problemas presentes sin perder de vista la dimensión espiritual del Islam. No se trata de contraponer, como en el pasado, la idea nacionalista a la expansión del imperialismo occidental, sino de dirigir los procesos de modernización hacia objetivos respetuosos con la identidad islámica. Una vez que han entrado en crisis los partidos de inspiración laica y nacionalista, los movimientos islámicos se han difundido. Estos constituyen ahora la única alternativa al imperialismo occidental y a las clases dirigentes corruptas, como ha observado, en referencia a Egipto, Bernard Lewis: «las viejas tradiciones nacionalistas se han traducido en el repertorio religioso»<sup>22</sup>. La afiliación religiosa se ha vivido cada vez más como la razón de la intervención en el proceso político. Esto es cierto sobre todo para los Hermanos Musulmanes, que han desarrollado a lo largo de los años una extraordinaria labor de sensibilización social para que la gente común asumiese, abiertamente, posiciones críticas respecto del régimen corrupto y rapaz. La reislamización no es, por tanto, símbolo de la traición a la revolución nasseriana, tal y como se entendía en los años de Sadat, sino el símbolo de una contestación a la dirección económica hiper-liberal impuesta por Sadat y Mubarak a través de la nueva Constitución económica, que no garantizó ni la libertad ni el bienestar.

Las críticas de los Hermanos Musulmanes al modelo económico de Egipto, querido por Mubarak, no tienden a frenar las derivas liberales. Al contrario, estos sostienen que la apertura al libre mercado debe producirse mediante un re-equilibrio de las relaciones entre el «Dawla y la Ummah», entre Estado y Sociedad, dejando más espacio a la sociedad civil, que en la concepción de la Hermandad se constituye por la comunidad religiosa, y es más eficaz que la burocracia estatal. Los «ejércitos de la compasión» que unen a los movimientos religiosos en este sector constituyen en muchos ámbitos una apuesta por el Estado social<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> B. LEWIS, *Islam and the West*, Oxford, 1993; F. RIZZI, *op. cit.*, 49.

<sup>23</sup> S.S. KENNEDY, «Privatization and Prayer. The Challenge of Charitable Choice», *American Review of Public Administration*, vol. 33, marzo 2003.

De lo expuesto se evidencia que los dos movimientos religiosos de Egipto y Túnez, los Hermanos Musulmanes y el Nahda, por su historia, por su participación en las revueltas de la «primavera árabe», y por su papel en esta fase de la transición democrática, parecen del todo alejados de una visión teocéntrica del Estado, es decir, de un modelo de República que recalque el de la República islámica iraní. Se acercan más al modelo del partido turco «Justicia y Desarrollo» de Erdogan (AKP), un partido moderado de centro que se asemeja a la vieja Democracia Cristiana italiana, y que parece saber conjugar una cultura pluralista y reformista con un fuerte sentimiento de orgullo hacia un gran pasado nacional<sup>24</sup>.

Se encuentra en el orden natural de las cosas que en el futuro de Egipto haya partidos, uno o más, auténticamente reformistas<sup>25</sup>. El AKP turco no se ha movido hasta ahora en un sentido que permita definir su evolución probable en un partido destinado a ser un partido-estado. No carece de significado que aquellos que en Egipto sueñan hoy con una «democracia musulmana» miren al partido turco y busquen un Erdogan egipcio, que sepa gobernar la transición uniendo, en una estrategia compartida de desarrollo, a las naciones árabes amigas. Se trata sustancialmente de conciliar la tradición musulmana y la democracia, sin confiar, tal y como ha ocurrido con la Constitución de Ataturk, a las élites militares el papel de proteger la democracia. Hoy el pueblo que sale a las plazas parece preparado para establecer un razonamiento que concilie el respeto a la tradición religiosa y el pluralismo de las ideas institucionalizando un sistema pluripartidista, que permita a todos los partidos disfrutar de la misma libertad. Es este el único modo de evitar que se prolonguen vacíos de poder, con la consecuencia de la inestabilidad política que pueda degenerar en una

<sup>24</sup> P. HAENNI, *L'Islam di mercato. L'altra rivoluzione conservatrice*, Troina, 2005, 99 ss.

<sup>25</sup> El resultado de las elecciones desarrolladas el 23 de octubre de 2011 en Túnez confirma este juicio. Tanto los exponentes del partido que ha ganado las elecciones, el Nahda, como de los partidos progresistas moderados se han referido al asunto del AKP turco como un modelo a imitar, para poder conducir al país hacia un cambio sin incidencias, sin desatar alarmas sociales.

guerra civil o en conflictos religiosos, destinados a agravar una situación económica ya precaria<sup>26</sup>.

## 6. LA ETERNA DISPUTA ENTRE EL ISLAM LIBERAL Y EL ISLAM «MILITANTE»<sup>27</sup> SOBRE LA RELACIÓN CON LA MODERNIDAD

Las revueltas nos proporcionan un escenario rico en luces y sombras. Nadie está hoy en condiciones de prever, en una situación de confusión política, si los fundamentalistas querrán practicar una política del «cuanto peor, mejor».

Teniendo esto en cuenta, y viendo el final de las dictaduras provocado por las revueltas, debemos continuar preguntándonos hasta dónde puede impulsarse en los países islámicos el proceso democrático, o más claramente, la separación entre política y religión.

Se registran, desde este punto de vista, divisiones significativas en el mundo árabe islámico sobre cómo evaluar y gestionar los elementos novedosos aparecidos con las revueltas. El discurso es extensible a todo el mundo árabe, pero principalmente, se refiere a los dos países que estamos

<sup>26</sup> Es necesario en este sentido no repetir experiencias pasadas negativa. El recuerdo nos conduce a los procesos de «debaathificación» iraquí realizados por los americanos que han conducido a la destrucción de todas las estructuras institucionales y sociales sobre las que se regía el poder de Sadam Hussein. El desmantelamiento del ejército y de los aparatos de seguridad ha precipitado al país en el caos tras el final de la guerra, y ha favorecido la eclosión del conflicto religioso entre Chiitas y Sunnitas. La graduación de la transición, en Egipto y Túnez, y mañana se espera que también en Libia, parece ser la elección más sabia para aceptar las novedades, de carácter institucional sobre todo, que debería conducir a la construcción de una nueva forma de Estado. Cfr. M. ALBANO y J.L. BALDA, *Il nuovo Iraq ed il Medio Oriente*, Siena, 2003, 89-106.

<sup>27</sup> Se trata de un término usado por John Kelsay para definir un área propia de la sociedad islámica que va desde los defensores intransigentes de la tradición del Islam radical hasta los fundamentalistas contiguos al terrorismo. J. KELSAY, *Arguing the Just War in Islam*, Harvard University Press, 2007.

estudiando, Túnez y Egipto, que parecen haber tomado la vía de las reformas, a través del empeño asumido por los gobiernos transitorios de iniciar un verdadero proceso constituyente<sup>28</sup>.

Debería ahora resultar minoritaria entre los que estudian la cuestión institucional la opinión de los que consideran que se pueden exportar e imponer en cualquier lugar los modelos de gobierno típicos de la liberal democracia, considerados como un pilar de seguridad capaz de garantizar la gobernabilidad. Las experiencias en este campo, sobre la base de la desafortunada doctrina Bush —conforme a la cual para abatir al terrorismo era necesaria una guerra preventiva que produciría la caída de los dictadores y el nacimiento, gracias a la protección de las tropas de ocupación, de los regímenes democráticos—, deberían servir de ejemplo. Con las guerras preventivas se han impuesto sistemas políticos democráticos sólo sobre el papel, y se ha garantizado la llegada al poder de gobiernos gratos para las potencias ocupantes, pero no gratos a la población local. La consecuencia ha sido que, en estos territorios, las guerras entre el Islam y Occidente han sido sustituidas por la guerra entre etnias y grupos religiosos; etnias que quieren «hacerse Estado» y grupos religiosos que pretenden estar representados de manera paritaria en el interior de los nuevos gobiernos de unidad nacional.

En un contexto caracterizado por tanto desorden parece inevitable que se difundan la corrupción, la prostitución, y la malversación de todo tipo. En estas condiciones un sistema verdaderamente democrático no puede nunca salir a la luz.

En suma, las experiencias de «democracia exportada» hasta ahora realizadas, deberían inducir a un razonamiento crítico con las intenciones occidentales de indicar como único modelo posible de sociedad democrática, válido para todos, aquel realizado en Europa y en los Estados Unidos. La democracia es un proceso desarrollado a través de la difusión de una cultura de la libertad y de la conciencia del deber, es decir de una fe

<sup>28</sup> Este proceso se ha dado ya en Egipto a través de las enmiendas decididas por el CSFA y aprobadas con el referéndum popular de 19 de marzo de 2011; sobre el tema cfr. C. SBAILÒ, *L'Egitto tra transizione costituzionale...*, cit.

fuerte y compartida en la democracia, gracias también al ejemplo de los gobernantes.

Así, la práctica de la discusión pública, de las decisiones consensuadas, se encuentra presente en muchas culturas que estamos acostumbrados a considerar extrañas a la democracia<sup>29</sup>. Se trata de prácticas que pueden conducir a diversas formas de vida democrática, porque los elementos democráticos son reflejo de la diversidad cultural. Además, es precisamente en Occidente donde hoy se discute constantemente sobre lo inequívoco y absoluto del modelo democrático occidental. Observa, justamente, Danilo Zolo<sup>30</sup>: «Hoy, por democracia se pueden entender cosas muy diversas, como nos han enseñado Max Weber y Joseph Schumpeter<sup>31</sup>. Se puede entender la democracia participativa, según el paradigma deslumbrante del ágora ateniense. Se puede entender una democracia representativa en la cual el Parlamento atienda a la voluntad del pueblo y que por el pueblo sea efectivamente controlado. O también, a la luz del realismo político schumpeteriano, se puede considerar que la forma más clásica de democracia se desvanece hoy en el marco de las sociedades diferenciadas y complejas, como son las sociedades industriales avanzadas. En esta sociedad la gestión del poder político debe ser confiada a élites especializadas, mientras

<sup>29</sup> Sobre este tema véase la opinión de B. LEWIS (*La crisi dell'Islam. Le radici dell'odio verso l'Occidente*, Milán, 2004, 48 ss.) y de A. SEN (*La democrazia degli altri. Perché la libertà non è un'invenzione dell'Occidente*, Mondadori, Milán, 2004); por otro lado, ver también, D. AMIRANTE (Ed.), «Altre» democrazie. Problemi e prospettive del consolidamento democratico nel sub-continente indiano, Milán, 2010.

<sup>30</sup> D. ZOLO, «La questione mediterranea», en F. CASSANO - D. ZOLO, *L'alternativa mediterranea*, Milán, 2007, 48.

<sup>31</sup> El debate se ha enriquecido recientemente por la categoría «pos-democracia». Cfr.: C. CROUCH, *Post-democrazia*, Roma-Bari, 2009; R. DAHRENDORF, *Dopo la democrazia*, Roma-Bari, 2001, 116; S. SICARDI, «Le “democrazie imperfette”: un approccio problematico ed articolato», en AA.VV., *Democrazie imperfette*, A. DI GIOVINE, S. SICARDI (Ed.), cit. Véase también la consideración introductoria de Amirante sobre el caso indio, en D. AMIRANTE, «Democrazie imperfette o “altre democrazie?” Costituzioni e qualità della democrazia nel sub-continente indiano», en AA.VV., «Altre» democrazie. Problemi e prospettive del conso-lidamento democratico nel sub-continente indiano, D. AMIRANTE (Ed.), cit., 13-33.

que al conjunto general de los ciudadanos, privado de competencias específicas, se puede reservar el deber de elegir, a través de consultas electorales libres, a qué élites confiar el poder de mando y a cuáles someterse». Si se comparte esta posición tan realista, en poco podemos aconsejar o imponer comportamientos a los países árabes del Mediterráneo para que sigan el ejemplo de Occidente, para realizar la democracia en casa. El problema de cómo repensar el Estado y con qué objetivos, en el contexto de los procesos de globalización, concierne a ambas orillas del Mediterráneo. Obviamente la globalización de los derechos no puede comportar la negación de las especificidades concernientes a las diversas sociedades que brotan, también, de los niveles de desarrollo alcanzado. Según se observe desde el punto de vista de una globalización neoliberal o antagonista, es decir, según nos centremos en la capacidad del mercado para autoregularse o en la redistribución de la riqueza a través del papel de los poderes públicos, cambian también los modelos organizativos elegidos por las sociedades nacionales para mejorar los objetivos perseguidos<sup>32</sup>.

Se trata, por tanto, de problemas que se afrontarían a través de una confrontación multicultural que no dé por descontado ni los asuntos iniciales, ni los resultados, que se deberían conseguir a través de una obra de «exportación» de la democracia. Y ello porque la democracia es un régimen político complejo y delicado, que no depende sólo de la elección por un modelo particular institucional, sino de una experiencia histórica larga, de vivencias colectivas ricas en contradicciones, además de una amplia lealtad de los ciudadanos y un fuerte sentido de pertenencia y solidaridad. Todo ello no puede darse donde, como en algunos países árabes, no hay una tradición de Estado-nacional. En estos países esto ha faltado, y falta aun, a causa de la identificación del espacio público colectivo con la «Ummah», la comunidad de fieles.

La cuestión que debe afrontarse, desde este punto de vista, concierne a la posibilidad de una interpretación de la Shari'a, también en los países donde ésta se sitúa en el vértice del sistema de fuentes. La cuestión hermenéutica, en sentido estricto, es compleja y no será tratada en esta sede. Baste,

<sup>32</sup> B. DE SOUSA SANTOS, *Diritto ed emancipazione sociale*, Troina, 2008, 249.

sin embargo, señalar aquí cómo autores como Fatima Mernissi, Abdullah Ahmed An - Na'im, Tariq Ramadan, Muhammad Al-Jabiri, Yadh Ben Achour, se han empleado en una atenta lectura de los textos sagrados, sin manifestar suficiencia, sin renunciar a las tradiciones culturales de los países de donde provienen, sin, en fin, recorrer el camino de la apostasía liberal que condujese a ver la cultura islámica desde la óptica de la cultura occidental; y por eso mismo éstos resultan más creíbles a los ojos de la población islámica, y por tanto más útiles al acercamiento entre el Islam y Occidente de lo que lo son los intelectuales musulmanes «filo-occidentales» «sic et simpliciter». De estos estudios en Occidente, y en particular en Europa, no se suele tomar nota, prefiriendo refugiarnos en una concepción simplista y prejuiciosa del Islam. Se ha preferido siempre insistir sobre una aproximación a la religión islámica presentada como un monolito, privado de dialéctica interna y vinculado a un pasado vivido con la ilusión de un posible retorno. Hay que compartir, desde esta perspectiva, lo que ha escrito Danilo Zolo, que explica que una predisposición intelectual abierta al diálogo con el mundo arábigo-islámico no sólo requiere de una apertura de carácter cultural y político, sino que nos reenvía a una filosofía general, una verdadera y propia epistemología orientada en sentido relativista y multicultural, sobre el plano tanto cognitivo como ético y político. Es necesario que el interlocutor europeo deje de pensar que Occidente es el depositario del conocimiento y de los valores absolutos universales. «Incluso asumiendo la tradición liberal-democrática y la doctrina de los derechos subjetivos como un patrimonio irrenunciable, debería refutarse la idea de que las doctrina ético-políticas occidentales y los valores de la modernidad que creen promover sean la verdad que debe difundirse en el mundo entero por todos los medios posibles». Ello ha ocurrido, sobre todo, tras el final del comunismo, cuando se han identificado «tout court» los procesos de globalización con la difusión de la modernidad occidental y con el triunfo del pensamiento único liberal-democrático<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> D. ZOLO, «La questione mediterranea», en F.CASSANO - D. ZOLO, *L'alternativa mediterranea*, cit. 41; también R. RODA AIXENDRI, «L'apertura alla realtà come

## 7. ¿HACIA UNA «REFORMA» DE LA RELIGIÓN ISLÁMICA?

Frente a la novedad surgida de los países de la orilla sur del Mediterráneo y del Medio-oriente, Occidente no puede mostrarse otra vez desprevenido para jugar un papel positivo en la contribución a la estabilidad política de éste área que en los últimos veinte años ha sido el epicentro del desorden global. Con la «Primavera árabe» nos encontramos en la clausura, como se ha escrito, de un «doble ciclo político-institucional»<sup>34</sup>, uno comenzado con la caída del bloque comunista, y el otro, dentro del primero, comenzado con la sinrazón de los atentados del 11 de septiembre de 2001 y quizás concluido con el desafío militar al terrorismo, el final de Bin Laden, las revueltas por la democracia y los derechos humanos que han dado vida a la «primavera árabe». Ahora, como conclusión al terrible decenio iniciado con el ataque a las «Dos Torres», parece que Occidente no esté más dispuesto a sostener los regímenes dictatoriales, en nombre de la estabilidad geopolítica y de las buenas relaciones que tales regímenes tienen con las multinacionales occidentales. Es un hecho de gran relevancia política que las democracias occidentales, encabezadas por Francia y el Reino Unido, y con el apoyo de Estados Unidos, hayan aprobado sin reservas, y desde el primer momento, a los movimientos de protesta.

Es cierto que aún es pronto para expresar un juicio definitivo sobre el futuro del que es preludio la «primavera árabe». Sin embargo, se pueden confrontar los buenos propósitos expresados por los gobiernos de transición con el amplio crédito que la comunidad internacional les está dando. Cualquier actitud de escepticismo hacia la sinceridad de tales propósitos, o una excesiva implicación de las potencias extranjeras en las decisiones que se hayan que tomar para favorecer un lento retorno a la normalidad,

---

fattore di civiltà nel Mediterraneo», en AA.VV., *Tradizioni culturali, sistemi giuridici, diritti umani nell'area del Mediterraneo*, V. COLOMBO - G. GOZZI (Ed.), Bolonia, 2003, 173.

<sup>34</sup> En este sentido, cfr. C. SBAILÒ, «Nord Africa: si conclude un doppio ciclo politico-istituzionale», *Quaderni Costituzionali*, 3/ 2011.

más allá de la injerencia humanitaria dirigida a «proteger» la transición a la democracia, serían leídas inmediatamente como expresión de una actitud colonialista.

El hecho de que las revueltas hayan nacido de manera espontánea, y no por iniciativa de un líder político o tras un levantamiento de las fuerzas armadas, o por una trama urdida por una potencia extranjera interesada en crear una crisis en el régimen político, demuestran no sólo que el descontento social producido por las dificultades económicas atravesaba a todos los estratos sociales, sino también que el anhelo de libertad se estaba difundiendo desde hacía tiempo, e involucraba también a las confesiones religiosas que han apoyado posteriormente a los movimientos de protesta. Esta demanda de más democracia ha sido escuchada con sorpresa, pero también con desconfianza, por un amplio sector de la opinión pública occidental. La sorpresa derivaba también del escaso conocimiento que en Occidente se tiene de la vivaz discusión que sobre estos temas, no sólo ahora, se desarrollaba en el mundo árabe islámico. No siempre, de hecho, se ha hecho justicia al rico debate que se ha desarrollado entre teólogos y pensadores políticos sobre las relaciones entre el Islam y la democracia a lo largo de los siglos, y sobre todo no se ha tenido en cuenta el hecho de que el mundo musulmán es un universo muy variado. De hecho, cuanto más nos alejamos del Islam mediterráneo la confrontación entre religión islámica y democracia más se desdramatiza o incluso desaparece, incluso permaneciendo irrefutable la visión comunitaria de la «Ummha», la importancia de la participación en la comunidad como condición para vivir la verdad revelada en el respeto de la tradición. Lo que cambia, en contextos diversos al Mediterráneo (también en la tendencia que en este tema aparecen entre su conflictividad), es la actitud frente a la fe, que puede ser más o menos pasiva, y en relación a ella, que pueda aceptarse o no la idea de que la religión pueda tener un carácter dinámico también para el Islam y pueda hablarse de una «living tradition» que permita observar el cumplimiento de los valores de la tradición como un hecho en continuo devenir<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> Cfr. R. SCOTT APPLEBY, *The Ambivalence of the Sacred; Religion, Violence and Reconciliation*, Rowman & Littlefiel Publishers, 2000.

Trasladándonos al ámbito del análisis político podríamos decir que también el cristianismo ha conocido esta problemática y que la Reforma ha sido hija de la misma. Por lo demás, de una posible reforma de la religión islámica han hablado muchos<sup>36</sup>, en relación a una aproximación a la religión inspirada en unas costumbres de mayor austeridad, normalmente basada en una respuesta a la cultura de la globalización mercantilista. Cuando se habla de una reforma del islam no se hace en referencia a un cisma, sino a una evolución natural del pensamiento islámico. Un cisma, de hecho, no sería posible. El Islam no tiene un Papa a quien obedecer, ni una organización difundida como confesión religiosa que se parezca a la cristiana. No hay una autoridad que hable «ex cathedra» para establecer la ortodoxia de la doctrina sobre un determinado argumento. En el Islam conviven y se enfrentan tendencias culturales y doctrinas de la fe que crean divisiones y conflictos, y que ninguna autoridad se encuentra en condiciones de dirimir definitivamente ni para todo el mundo islámico.

## **8. JIHAD: EL PROBLEMA EXISTE, PERO SE SOBREDIMENSIONA**

Cuando se habla sobre la relación entre el islam y la democracia, no se puede evitar afrontar el espinoso tema de la «Jihad», como paradigma que se sitúa en la base de la «doctrina internacional» del Islam y que se determina, la mayoría de las veces con razón, como un problema en las relaciones entre el Islam, considerado en su conjunto, y la comunidad internacional<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Cfr T. RAMADAN, *Il riformismo islamico. Un secolo di rinnovamento musulmano*, cit., 229 ss.

<sup>37</sup> Sobre el Derecho internacional islámico, cfr.: M. KHADDÛRÎ, *Islamic Law of Nations: Shaybani's «Siyar»*, Johns Hopkins University Press (1966), D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, Volúmen 1, A.R.E. Anonima romana editoriale, 1925. Uno de los aspectos «clásicos», lleno de actualidad, es el del trato a los prisioneros; cfr.: F. Castro, «Gihad», *Dig. Disciple. Civil.*, 1993; G. HYDER, «Islam, Law and War», *Law Journal*. 13, 140,

El orden internacional contemporáneo es, de hecho, en ciertos aspectos, una proyección a escala mundial del modelo de Estado de Derecho basado en el equilibrio de poderes, el principio de representación y la institucionalización de los procedimientos de resolución de conflictos. Ahora se nos pregunta si el principio «Jihadico», que se encuentra en la base de las relaciones internacionales de la Comunidad islámica desde su origen, es compatible con esta idea de «orden internacional», un sistema de relación entre Estados regulado por leyes internacionales.

La reflexión sobre este tema se suscita a partir de lo que está ocurriendo en el mundo árabe. Piénsese, por ejemplo, en el caso libio. La intervención militar de los Estados extranjeros en apoyo a los rebeldes ha sido, no sufrida, sino solicitada por la población local. La contribución de la OTAN ha sido decisiva para la caída del régimen de Gadafi. Se ha tratado de una situación sin precedentes que nos impone repensar las tradicionales estrategias de defensa en favor de la estabilidad política de la región. Se trata sobre todo de superar la representación del mundo islámico como un mundo cerrado, que no tolera la interferencia de los «infieles» en los asuntos internos<sup>38</sup>.

Las novedades verificadas como consecuencia de la «primavera árabe», inducen a reconsiderar críticamente la tradicional visión occidental de la «Jihad» y la relación entre el Islam y la violencia política<sup>39</sup>. Debemos, particularmente, tener en cuenta que usualmente el recurso a un pensamiento y una terminología «religiosa» ha servido para ocultar la violencia ejercida por gobiernos y grupos sociales para consolidar el propio poder, hecho

---

2006; S.T. TROY, «Jihad's Captives: Prisoners of War in Islam», U.S. A.F. Acad. J. Legal Stud. 12, 87, 2002-2003. En general, sobre los perfiles ius-internacionalistas, entre los trabajos más recientes, cfr.: AL-ZUHILI, Sheikh Wahbeh, «Islam and International Law», *International Review of the Red Cross*, 81, 2005, 269-283 (en M. A. BAYERN, *International Law and Islamic law*, Burlington, Ashgate, 2008); M. KHADDURI, *War and peace in the law of Islam*, Clark, N.J, Lawbook Exchange, 2006.

<sup>38</sup> J. TURNER JOHNSON, «Thinking Comparatively about Religion and War», en *Journal of Religious Ethics*, 36, 1, 2008.

<sup>39</sup> E. PACE - R. GUOLO, *I fondamentalismi*, Roma-Bari, 2002, 29.

que ha permitido que el elemento religioso viniere siendo interpretado como fuente de políticas autoritarias y de agresiones militares. La violencia de las cruzadas ha infligido violencia al pueblo, discriminación que la fe religiosa no habría consentido. Las guerras religiosas han violado prescripciones religiosas precisas en tanto que han ignorado principios fundamentales de justicia, empezando por el de proporcionalidad de la respuesta a la violencia sufrida. El cristianismo ha reconocido, ya hace tiempo, el error cometido respecto de las guerras. Sean cuales sean las razones que las motivan la Iglesia ha asumido, a partir del siglo pasado, una actitud de condena de la violencia<sup>40</sup>.

No parece que se pueda esperar del islam una actitud de condena de la guerra santa, pero una religión «guerrillera» no es necesariamente «belicista» o «agresiva»<sup>41</sup>. Si la palabra «Shari'a» indica un camino para obtener una recompensa, un premio en otra vida, no puede ser la guerra la que garantece este premio en términos de salvación. Sí puede ser el buen gobierno y sobre todo las reformas que mejoren las condiciones humanas. En el Islam, la advocación al orden y a la paz es muchísimo más fuerte que la vocación de conflicto. Baste con pensar en la flexibilidad demostrada por el Islam de Occidente al integrarse en las estructuras institucionales del mundo occidental, superando la prescripción de la ley coránica según la cual un islámico no debe prestar obediencia a la ley vigente en un territorio no islámico.

En resumen, la idea de que el Dios del Islam es un dios de la guerra y no sólo un dios caritativo y justo, tal y como se representa por las diversas religiones del Libro, es una idea completamente infundada. Ciertamente, en el Islam se encuentra bien radicada la convicción de que la «Ummah»

<sup>40</sup> Sobre este tema, y sobre los argumentos sustanciales que incitan a los fundamentalistas a proclamar el deber de la guerra santa, véase el bello libro de P. PARTNER, *Il Dio degli eserciti. Islam e cristianesimo: le guerre sante*, Torino, 1997, 99-126.

<sup>41</sup> M. ABEDI - G. LEGHAUSEN, *Jihad and Shahadat: Struggle and Martyrdom in Islam*, Houston, 1967; M. JUERGENSMEYER, *Terroristi in nome di Dio*, Roma-Bari, 2003.

es la mejor comunidad humana. Y es cierto que el Profeta, sobre todo en el segundo periodo de su vida, ha sido muy duro con los infieles. Y a menudo se hace referencia precisamente a esta parte de su vida para sostener que el Islam es una religión que fomenta la idea de conquista. El Profeta, sin embargo, no puede ser interpretado fuera del contexto de su tiempo y de los conflictos que debía afrontar en una fase en la que se enfrentaba a una obra de difícil proselitismo.

Esta opinión no ha sido sostenida sólo por estudiosos occidentales del Islam, sino también por estudiosos islámicos de tendencia liberal<sup>42</sup>. Procediendo mediante una lectura del Libro y de los dichos del Profeta que se esfuerce por comprender su sentido, con la finalidad de contextualizar históricamente el texto, muchos estudiosos islámicos han sostenido que el Islam pueda admitir la libertad cultural típica del constitucionalismo occidental, incluso la que se prevé en la Declaración de derechos de 1948<sup>43</sup>.

En el Libro, no se exige que la fe sea protegida por el poder político; se indica como un camino obligado para el buen gobierno sólo el que «sirve» al ser humano y sus necesidades, no coartando la conciencia, ni imponiendo el Libro con la fuerza de la ley, ni utilizando la palabra de Dios para someter a un pueblo hostil al Islam. La violencia en el Islam se justifica exclusivamente como un instrumento de lucha contra el desorden y la barbarie; no existe en la cultura islámica un culto de la violencia análogo al desarrollado en algunas fases de la historia de Occidente, incluido el siglo XX. Efectivamente, se trata de definir el «desorden» y de comprender quiénes son los «bárbaros». Pero esta es la misma pregunta que los críticos de la «globalización jurídica», como Danilo Zolo, hacen a los que sustentan la «guerra justa» de las democracias occidentales.

<sup>42</sup> Cfr sobre el tema J. KELSAY, cit.

<sup>43</sup> Sobre el «consenso» y la «interpretación», cfr. M. OLIVIERO, *Il Costituzionalismo dei Paesi Arabi, Le Costituzioni del Maghreb*, Milán, 2003, 7 y ss.; F. CASTRO, «Diritto Musulmano e dei Paesi Musulmani», en *Enc. Giur.*, XI, Roma, 200 y ss.; A.A. AN-NA'IM, *Riforma islamica. Diritti umani e libertà nell'Islam contemporaneo*, Roma-Bari, 2011, 99-142.

## 9. ¿UNA EVOLUCIÓN DEL ISLAM TRAS LAS REVUELTAS?

Los nuevos gobiernos de los países arábigo-islámicos se encuentran ante un desafío histórico. Están llamados a demostrar con los hechos que el autoritarismo no es una solución obligada para las sociedades islámicas. Es ésta la opinión de diversos pensadores liberales, que explican que son otras razones, distintas a la religión, las que han conducido al autoritarismo en los Estados árabes<sup>44</sup>. En este sentido parece convincente la afirmación de Massimo Campanini, según el cual el carácter autoritario de muchos de los regímenes árabes depende, no tanto de la «tradición coránica, como de causas completamente laicas, entre otras la hipertrofia de las funciones estatales, la difundida patrimonialización del poder, y el dominio de los militares en la formación de los Estados nacionales, como ocurrió en Argelia, Túnez, Líbano, Egipto y Siria»<sup>45</sup>. Bernard Lewis, por su parte, considera que el origen del autoritarismo árabe contemporáneo se encuentra también en las mutaciones políticas producidas por los procesos de secularización inducidos por la modernidad occidental, que han favorecido la pretensión del *rais* de ejercer un poder absoluto para poner a la sombra el principio coránico de la consulta popular. Se han tratado de dictaduras ciertamente laicas, modernas, que se han valido de un partido único que respondía sólo ante el *rais*, pero que han terminado por anular cualquier trazo de democracia en el mundo árabe<sup>46</sup>.

Por estas razones, el hecho de que las posiciones reformistas hayan sido expresadas sobre todo por personalidades de la cultura islámica que pueden expresar sus opiniones porque se sienten seguros, en tanto que viven en el exterior, enseñando en importantes universidades occidentales, no afecta a los argumentos. Es más, si hubiesen tenido más libertad (y hoy día en muchos casos empiezan a tenerla) en sus países de origen, el debate público sobre estos temas habría tenido desde hace años un efecto libera-

<sup>44</sup> Sobre este punto véase la opinión de J. KELSAY, cit.

<sup>45</sup> CAMPANINI, *Il pensiero islamico contemporaneo*, Bolonia, 2005, 226 ss.

<sup>46</sup> B. LEWIS, *Il linguaggio politico dell'Islam*, Roma-Bari, 1991.

dor, implicando más a las sociedades nacionales en la elección de su futuro, así como ocurre hoy día a través de las revueltas.

Es un hecho que el Islam liberal no ha tratado nunca de forzar los razonamientos de la Shari'a para adaptarlos de manera pragmática a las necesidades de la democracia occidental; nunca se ha tratado de clonar modelos sociales o de gobierno occidentales forzando el sentido de la ley coránica, sino que se han limitado a desarrollar un razonamiento que pueda funcionar en la sociedad islámica y que no incida sobre sus principios de estructuración, ni amenace la cohesión, basada en una visión comunitaria. En suma no existen sólo los tradicionalistas antioccidentales, por un lado, y los modernistas filo-occidentales, por otra. Se puede incluso decir que un número creciente de intelectuales islámicos se esfuerzan por encontrar vías de modernización democrática justo en el interior de las tradiciones islámicas<sup>47</sup>. Son, en realidad, éstos los verdaderos interlocutores con Occidente, y lo son en tanto que auténticos puntos de referencia de la «primavera árabe» de 2011.

## 10. DIGNIDAD HUMANA Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA SHARI'A

Cuando se quiere explicar la esencia de la identidad del Islam, lo que lo hace distinto de Occidente, se hace referencia, particularmente, a la conciencia de formar parte de la «mejor comunidad» que Dios haya creado nunca y a la relación indisoluble entre religión y comunidad, siendo la afiliación religiosa el elemento que caracteriza la «naturaleza» de esta comunidad. Es la «Ummah», la comunidad de fieles, la fuente de legitimación del poder, no el pueblo expresado a través de la forma de la soberanía política. De hecho, en el mundo islámico encontramos experiencias políticas

<sup>47</sup> F. MERNISSI, *Islam e democrazia. La paura della modernità*, Giunti, 2002; KHALED FOUD ALLAM, «La fede musulmana è compatibile con la democrazia?», *La Stampa*, 4 noviembre, 2000.

de lo más diverso, modelos constitucionales y ordenamientos jurídicos muy distintos entre sí. Basta pensar en las diferentes ideas de Estado y Constitución que componen dos sociedades musulmanas, como Turquía y Arabia Saudí, en las concepciones laicas, o tendencialmente laicas, del Estado que caracterizan los diversos regímenes. El dato común a estas experiencias lo constituye —repetimos— la fuerte prevalencia del modelo comunitario sobre el individualista.

Pero, ¿estamos seguros de que este elemento representa un obstáculo para la democracia en los países islámicos? Es necesario, antes de nada, liberarse del prejuicio de que la identidad comunitaria es expresión de las instancias solidarias típicas de una sociedad pobre. Esta identidad, por el contrario, puede observarse como «la máxima expresión de los valores de la civilización nacida del encuentro entre judaísmo, cristianismo y la cultura clásica»<sup>48</sup>. En general, es muy fuerte la tendencia entre los musulmanes a interpretarse a sí mismos como parte de una civilización alternativa a la occidental, observada como irreversiblemente decadente, en tanto que fundada sobre el individualismo. La sociedad occidental, parece privada, según el pensamiento de muchos intelectuales islámicos, de un pensamiento «fuerte» que fije la identidad y determine una autoridad capaz de imponer desde lo alto decisiones que garanticen la cohesión social, amenazada por la competitividad y el egoísmo. Alternativa al individualismo occidental no significa alternativa a la democracia y al Estado de Derecho, sino a un modelo social que, conjugando consumismo y una injusta distribución de la riqueza, ampara la inmunidad del «robo de futuro» de las jóvenes generaciones, registrando hoy una profunda crisis de cohesión social<sup>49</sup>. Una reflexión de conjunto de todas estas cuestiones puede conducir a proyectar la alternativa mediterránea de la que nos han hablado, entre otros, Barcellona, Cassano y Zolo<sup>50</sup>. Por tanto, la instancia comunitaria

<sup>48</sup> C. SBAILÒ, *Il governo della Mezzaluna. Saggi sul diritto islamico*, Euno, Leonforte, 2011, 43.

<sup>49</sup> P. HAENNI, *L'Islam di mercato. L'altra rivoluzione conservatrice*, cit., 91 ss.

<sup>50</sup> P. BARCELLONA, *Quale politica del terzo millennio*, Bari, 2000, 99 ss.; F. CASSANO - D. ZOLO, *L'alternativa mediterranea*, cit.

del Islam parece ser sustancialmente compatible con el modelo de democracia occidental.

La naturaleza «política» del Islam vista desde un contexto distinto del originario, no necesariamente crea guetos autosuficientes, sino que produce también «conjuntos heterogéneos de individuos que no consiguen convertirse aun en clase, pero que, a diferencia de grupos menos visibles como los chinos, reivindican silenciosamente el derecho a la participación»<sup>51</sup>. Los hechos nos demuestran que los inmigrantes de religión y cultura musulmanas tiene un gran interés en la política del país donde han elegido vivir, dado que las elecciones de los países de acogida impactan en su vida, en particular sobre aspectos de la vida de los más jóvenes, por ejemplo a través de las leyes de ciudadanía e inmigración. Éstos participan de la vida política sin sacar a relucir la religión. Es necesario reflexionar sobre su disponibilidad a participar de la discusión pública en cuestiones relacionadas con los islámicos de Occidente como comunidad, pero que interesan también a la propia sociedad en la que viven.

El hecho de que las democracias occidentales hayan ejercido formas de protección de sus ordenamientos frente a la presencia islámica, y sólo frente a la presencia islámica, incluso desbaratando la base garantista de sus Constituciones<sup>52</sup>, confirma la capacidad de la religión islámica de ejercer cierta atracción en su relación con las sociedades occidentales, en las que se han venido abajo algunas de las certezas que garantizaban la cohesión, empezando por la certeza de la construcción de un orden social sobre la base de la simetría Nación y Estado; es decir, en un espacio público «depurado» de todo elemento identitario, de tipo religioso, familiar o territorial.

<sup>51</sup> F. PACI, *Islam e violenza. Parlano i musulmani d'Italia*, Roma-Bari, 2006, 95 ss.

<sup>52</sup> G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, il Mulino, Bolonia 2004, 199 ss.; A. DI GIOVINE, «Guerra e democrazia», En DPCE, I, 2003; C. SBAILÒ, «Carl Schmitt alla Casa Bianca. La Dottrina Bush-Obama sullo stato di emergenza e i nuovi equilibri tra i poteri negli Stati Uniti», en AA.VV., Il «mondo nuovo» di Barack Hussein Obama, S. ANDÒ (Ed.), Troina, 2010, 141 ss.

## 11. ESTADO NACIONAL Y «UMMAH»; UNA ANTINOMIA QUE NO OBSTACULIZA LA DEMOCRACIA

A la luz de todas estas consideraciones puede afrontarse, con honestidad intelectual y sin prejuicios, la cuestión de la compatibilidad entre el Islam y la democracia<sup>53</sup>. Suele recurrirse a la idea de que la relación entre Islam y democracia se deshace por la ausencia, en la experiencia islámica, de una dimensión de Estado-nacional eficaz que sostenga la construcción del «rule of law».

Las estructuras jurídicas y políticas del Islam tienen la obligación principal de garantizar la unidad indisoluble entre religión y comunidad. El espacio público del que se ocupa el Derecho es el constituido por el «Ummah», y ello se expande en relación a la difusión del mensaje coránico. Esto quiere decir que no nos encontramos frente a una visión teocrática, sino «bipolar» de la vida pública, que se desarrolla en el campo magnético creado entre «religión» y «sociedad». Se trata de dos polis que interactúan permanentemente. Su relación actual, sin embargo, es tal que permite la afirmación de una dimensión Estado-nacional que conlleve una dialéctica entre el Derecho del Estado y el Derecho que la «Ummah» siente como propio, como manifestación de la voluntad divina. Las dos dimensiones, la religiosa y la civil, no coinciden, ni tampoco pueden ser contrapuestas. La legitimidad del poder político se fundamenta sobre la capacidad de mantener unida esta polaridad, conforme a la cual se realiza el proceso de

<sup>53</sup> La literatura sobre este argumento no tiene fin. Entre las obras más recientes, cfr.: F. BICCHI - L. GUAZZONE - D. PIOSSI (Ed.), *La questione della democrazia nel mondo arabo. Stati, società e conflitti*, Monza, 2004; A. FILALI-ANSARY, *Islam e laicità. Il punto di vista dei musulmani progressisti*, Roma, 2003; R. GUOLO, *L'Islam è compatibile con la democrazia?*, Roma-Bari, 2004; F. MERNISSI, *Islam e democrazia. La paura della modernità*, cit.

Algunos autores han explicado que la incompatibilidad entre Islam y democracia no se debe tanto a la religión como al hecho de que el Islam se ha difundido en un mundo, como el árabe, donde se afirmaba una cultura política de la que se desprendía el despotismo de la autoridad y una concepción patrimonial del poder; sobre este punto se reenvía a J. ROLLET, *Religione e politica. Cristianesimo, Islam e democrazia*, Troina, 2001, 147 ss.

racionalización de la esfera pública. Así como en Occidente el límite al poder se encuentra en la inviolabilidad de los derechos de la persona, en el Islam el límite al poder se concreta en el deber de realizar la Shari'a<sup>54</sup>. En este sentido el poder no puede dejar de realizar el interés de la comunidad, de la «Ummah», «la mejor de las comunidades» nunca creadas por voluntad divina. La legitimación del poder no aparece sobre la base de una relación representativa, sino sobre la base de un elemento teológico-político. Cuando en el mundo islámico el pueblo se ha rebelado al poder, no lo ha hecho para escapar del Islam y darse unas leyes civiles distintas a la voluntad divina, sino porque reprochaba al poder no haber sido capaz de actuar conforme a la voluntad divina garantizando el interés de la «Ummah». Una eventual rebelión contra el poder no es concebible como rebelión contra el Islam, sino como rebelión contra el poder infiel o incapaz de realizar la voluntad divina.

Pero, ¿por qué el pueblo, incluso cuando se rebela, lo expresa como una revelación coránica? Porque fuera de esta no habría ningún principio ordenador capaz de impedir el caos; este caos existente en el mundo árabe antes de que el Profeta, que llevó al pueblo la verdad revelada sobre la base de la ley divina, dictase las condiciones para la formación de un «espacio público». El pueblo, en tanto que constituido «dentro» del espacio público creado por la Revelación, es el único sujeto Institucional; fuera de él sólo habría una masa informe. En definitiva, a través de la Revelación la voluntad divina institucionaliza a las masas y les da la forma que corresponde a un espacio público, en tanto que producto de un principio ordenador que constituye la esencia de la verdad revelada. Teniendo en cuenta esto, en línea teórica no existen obstáculos en la edificación de un sistema democrático en un espacio público construido sobre la base de la Shari'a, no más obstáculos de los que conlleva un espacio público sobre el paradigma «westfaliano» de la soberanía<sup>55</sup>. Lo importante, desde un punto de

<sup>54</sup> D. ANSELMO, *Shari'a e diritti umani*, Turín, 2007, 170 ss.; C. SBAILÒ, *Islam e Costituzione. Il ca-so egiziano* (título provisional), en prensa, Pádua.

<sup>55</sup> Cfr.: P. BARCELLONA, *Il declino dello Stato. Riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*, Bari, 1998, cfr. 325 y ss; S. ANDÒ, «Crisi della sovranità

vista islámico, es que el horizonte de todo sistema más o menos democrático o representativo sea la comunidad de fieles, la «Ummah», y que las decisiones que se tomen se hagan en el interés de esta comunidad<sup>56</sup>.

## 12. FUENTES DE LA SHARI'A Y ESTADO DE DERECHO: UNA FALSA ALTERNATIVA

De forma crítica y sin prejuicios debe afrontarse también la cuestión de las fuentes de la Shari'a en los ordenamientos constitucionales de los países islámicos.

La cuestión de la interpretación ha dividido no sólo a las escuelas jurídicas, sino también a los regímenes políticos, si se tiene en cuenta que la Shari'a ha sido adaptada a los diversos contextos histórico-políticos sobre todo tras el final de colonialismo y el nacimiento de los estados independientes, pero también antes, cuando se trataba por los regímenes coloniales de mediar entre los ordenamientos de los países colonizadores y la

---

o ordine internazionale stato-centrico? 'Tertium datur'», en *Politica del Diritto*, 2/2002; C. SBAILÒ, «Techné, Politics, Human rights. Millennium-eve Considerations on some Aspects of Globalization», en *Mediterranean Journal of Human Rights*, vol. 3, no. 2, 1999; D. HELD, *Democracy and Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Cambridge, 1995.

<sup>56</sup> Es en nombre del interés de la comunidad como se pueden realizar cambios graduales en el Derecho, para evitar que el conflicto social pueda tener consecuencias lacerantes. Son estas tendencias pragmáticas las que han permitido en algunos países moderar la cultura jurídica musulmana y llevar a cabo reformas; cfr: D. ANSELMO, *op. cit.*, 229 ss., que cita el caso de la reforma del Derecho de familia en Túnez como ejemplo de pragmatismo. También en Marruecos y en Turquía el Derecho de familia ha sido profundamente reformado, introduciendo formas eficaces de tutela de los derechos de la mujer (aunque en Marruecos no ha sido abolida la poligamia, se ha regulado a través de una declaración de intenciones por parte del marido que tratan sobre las condiciones de vida conyugal y que deben formalizarse antes de contraer matrimonio). Sobre el tema cfr.: L. LAURENT, «Il regime giuridico delle libertà pubbliche in Tunisia», en AA.VV., *Islam e democrazia*, G. Gozzi (Ed.), Bolonia, 1998, 81 ss.

Shari'a. La discusión sobre la interpretación de la Shari'a ha atravesado los siglos y llega hasta nuestros días, cuando se ha tratado con las nuevas Constituciones de llevar la democracia a Irak o Afganistán. En referencia a estas Constituciones se puede decir que la Shari'a constituye un eficaz elemento de racionalización del espacio público, utilizado en los procesos de «democracy building», o sea, con la finalidad de modernizar y de construir el Estado de Derecho.

Es indiscutible que la interpretación resulta necesaria cuando el Corán y la «Sunna» contienen disposiciones contradictorias entre sí<sup>57</sup>. En este caso, es esencial el consenso general, la «ijma», precisamente para garantizar la unidad en el Islam. Por otro lado, si el jurista puede adaptar la Shari'a a la situación social, aunque no se trate de una verdadera interpretación porque en el Corán se lee: «Tu Señor te basta como guía» (Corán, 25, 31), resulta difícil excluir que la interpretación no pueda tutelar el sentido de la norma incluso en contra de su formulación, en nombre del espíritu originario de la propia norma.

Por lo demás, ¿no es el propio Profeta, al considerar «útil» el error del juez, el que anima la actividad interpretativa?

Moviéndonos desde este convencimiento fundamental no se puede dejar de compartir la afirmación según la cual «el jurista trabaja con un paradigma iusnaturalista, en el sentido en que su problema no es esencialmente aquel de deducir una norma positiva de otra norma positiva, sino de comprender la coherencia de un acto con el fundamento del sistema normativo», la voluntad de Dios tal y como se fija en los textos sagrados<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> C. SBAILÒ, *Il governo della Mezzaluna*, cit., 90.

<sup>58</sup> Así, D. ANSELMO, cit., 115 ss., reconstruye las reiteradas tentativas de realimentar el pensamiento mu'tazalita, según el cual existe una «ley natural» en la que se inspiran algunos versos del Corán destinados al «pueblo de la tierra» y no sólo a los creyentes. Sobre esta afirmación se explica que los derechos humanos islámicos puedan ser compatibles con aquellos de matriz occidental. Para los mu'tazalitas, de hecho, Dios es razón y sabiduría, y los hombres saben discernir entre el bien y el mal «objetivos», debido a que son «buenos porque están gobernados por Dios». El Derecho natural, aun si se encuentra puesto por la razón, pertenece a un orden objetivo del universo. Y la razón es la misma, sea en Dios o en el hombre. Sobre el tema cfr.: C. SBAILÒ, *Islam e Costituzione*, cit.

Aquí se observa la función fundamentalmente garantista de la rigidez de las fuentes. Es, por tanto, la Shari'a la que limita los espacios de decisión política constituyendo, así, el verdadero principio de legalidad sobre el que vigila la jurisdicción. Es la jurisdicción, colocada en una posición de directa interlocución con el vértice del poder político, la que garantiza la polaridad entre religión y sociedad, como observa Sbailò<sup>59</sup>. Ésta constituye un freno fundamental para evitar tanto una deriva teocrática como una neutralización de la identidad islámica en la esfera pública. En este sentido la experiencia egipcia demuestra que gracias a esta fuerza desarrollada por la jurisdicción, se puede dar vida a un «Derecho secular que puede ser considerado la fuente de una vía islámica a la aplicación del principio garantista de la separación de poderes». Desde esta perspectiva la Corte constitucional egipcia se convierte en fundamental para comprender las posibles transformaciones constitucionales que se anuncian en el mundo árabe. La Corte constitucional, de hecho, ha sabido dar valor al pluralismo doctrinal «interpretando de manera activa el principio del «din wa dawla» (vínculo inescindible entre el Estado y la Sociedad) de forma que para aplicar adecuadamente la Shari'a es necesario historizarla, adecuarla al contexto en el que se aplica»<sup>60</sup>. «Ésta ha desarrollado un papel esencial tanto en la modernización y la secularización de la sociedad islámica como en la presentación del fundamento del poder en la Shari'a, revalorizando el anclaje his-

<sup>59</sup> Cfr. C. SBAILÒ, «L'Egitto, tra mutamento di regime e transizione costituzionale», en *DPCE*, 2011, 2, 349.

<sup>60</sup> Cfr. N.J. BROWN - C.B. LOMBARDI, «The Supreme Constitutional Court of Egypt on Islamic Law, Veiling and Civil Rights: An Annotated Translation of Supreme Constitutional Court of Egypt Case No. 8 of Judicial Year (May 18, 1996)», *American University International Law Review*, Volúmen 21, Issue 3, 2006; ver también I. SPUGNO, «Egitto. La Corte costituzionale riconosce il diritto delle donne ad essere nominate giudici del Consiglio di Stato», *DPCE*, Número 2-2010; T. MOUSTAFA, «The Islamist Trend in Egyptian Law», Simons Papers in Security and Development No. 2/2010, May 2010; K. BALZ, «The Secular Reconstruction of Islamic Law: The Egyptian Supreme Constitutional Court and the “Battle over the Veil”», en B. DUPRET - M. BERGER - L. AL-ZWAINI, *Legal Pluralism in the Arab World*, The Hague, Kluwer, 1999.

tórico del carácter jurídico del Corán (que no se define nunca a sí mismo como «código», ni «guía», o «libro», «recuerdo») en el debate político intrínseco a la cuestión de la interpretación («ijtihad»): de hecho, históricamente en la experiencia sunnita, el poder político se apropiaba del instituto de la «preferencia jurídica» («istihsan»), de la búsqueda de la solución mejor, conforme a la cual el juez puede mitigar, sobre la base de la circunstancia concreta, la «fuerza» de la ley, en referencia a las relaciones civiles (no a los actos de culto)<sup>61</sup>. La Corte ha descansado sobre la relevancia coránica del bien de la comunidad islámica («Ummah») sabiendo usar con gran equilibrio su poder, evitando, sobre todo en el momento en que decidía recursos sobre la compatibilidad de la ley con el artículo 2 de la Constitución que determina entre los principios de la Shari'a la fuente principal de la legislación, legitimar la acción desarrollada por el sistema de los poderes públicos que reforzaba el fundamentalismo islámico. Operando así, la Corte ha demostrado que sabe interpretar de forma coherente la disciplina islámica de la jerarquía de las fuentes, que tiende a garantizar la estabilidad política e institucional y la organicidad del sistema normativo, y se ha dado una legitimación que le ha permitido desarrollar un papel importante en la promoción de los derechos humanos. Es a la luz de todo ello como se considera la cuestión, hoy, de la situación de la Shari'a en la Constitución de los países islámicos.

Si con la «primavera árabe», el pueblo vence la batalla por la democracia y consigue establecer un gobierno que decida por sí mismo, y no en base a una legitimación divina, es posible que la propia Shari'a —sea o no des-constitucionalizada (aunque no haya señales en este sentido, en Egipto, donde el proceso democrático parece dirigirse seriamente a través del íter procedural de aprobación de una nueva Constitución)—, sea utilizada con fines «reformistas». En definitiva, se trata de obrar de manera tal que los cambios políticos no puedan provocar tensiones sociales lacerantes sobre el modo de entender el valor de la ley islámica. El problema no es el de derogar la Shari'a como ley fundamental, sino de establecer su inter-

<sup>61</sup> C. SBAILÒ, *op. cit.*

pretación, desde un contexto histórico que haga referencia también, como ha ocurrido durante siglos, a los intereses de la «Ummah». Ello podría ocurrir si la Shari'a se entendiese como «inspiración» que corresponde interpretar al legislador (no faltan ejemplos: Egipto, Siria, Qatar) o como una especie de norma fundamental que concede carácter unitario al ordenamiento constitucional, una suerte de «rule of law» que se opondría a los abusos de la mayoría y vendría, por tanto, asumido como una cláusula de cierre del ordenamiento<sup>62</sup>.

### **13. LA TORSIÓN DE LA SHARI'A Y EL DERECHO ISLÁMICO DE EXCEPCIÓN**

Naturalmente, no podemos olvidar pese a todo lo dicho, que la «dinamicidad» del Derecho islámico haya sido y siga siendo un punto de fuerza del terrorismo islámico<sup>63</sup>.

Ha sido precisamente el Islam radical el que ha justificado la adaptación del Islam al nuevo contexto del escenario internacional. Ello puede ser desconcertante, considerando que se acostumbra a observar al radicalismo islámico como un movimiento fuertemente conservador y hostil a la hermenéutica del texto sagrado. Tal representación del radicalismo islámico, sin embargo, deriva de una visión simplista y etnocentrista del Islam, que no tiene en cuenta ni la «dinamicidad» ni la «polaridad» de la experiencia jurídica islámica, irreductible tanto en los esquemas de la teocracia

<sup>62</sup> R. BAHLUL, «Prospettive islamiche del costituzionalismo», *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, I (2005), 1.

<sup>63</sup> M.M. TAHA, *The second Message of Islam*, Syracuse University Press, 1987; sobre los problemas conectados con la revisión de la Shari'a, cfr.: A.A. AN-NA'IM, «Sharia and Positive Legislation: is an Islamic State Possible or Viable?», en AA.VV., *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, E. COTRAN - C. MALLAT (Ed.), vol. 5 (1998-1999), Kluver Law International: The Hague 2000, 29 ss.; D. ANSELMO, *op. cit.*, 312 ss.

como de la sociedad secularizada europea<sup>64</sup>. Esta dinamicidad, y la llamada polaridad, han provocado que, coincidiendo con la declaración de guerra de los terroristas contra Occidente, se haya creado un auténtico Derecho islámico de excepción teorizado por los fundamentalistas como respuesta al estado de necesidad; un estado de necesidad provocado por los ataques de Occidente y por la exigencia de defenderse que los fundamentalistas han proclamado unilateralmente.

Esto es lo que legitima a los fundamentalistas islámicos a ejercer la violencia, incluso la más brutal, contra la población civil indefensa, considerando que ejercen un derecho de resistencia frente a las pretensiones de Occidente que, con el pretexto de la tutela de los derechos humanos y el establecimiento de la democracia, quieren ocupar los territorios del Islam para romper el nexo fuerte que existe en estos territorios entre instituciones políticas y religiosas. También en este caso se pliega la literalidad de la ley coránica al interés de la «Ummah».

Se trata de un fenómeno cuyo desarrollo es imprevisible, viendo los significativos cambios geopolíticos en curso en el mundo islámico, en el que no puede excluirse el recurso a la «Fitna», la «guerra civil»; esta vez entre los que sostienen la reconstrucción del espacio público en clave democrática, y entre los que, por el contrario, se decantan por la pura y simple restauración del califato.

#### 14. ¿CÓMO PUEDE EL ISLAM ELABORAR PRINCIPIOS LIBERAL-DEMOCRÁTICOS?

Estas breves observaciones sobre el uso de la «dinamicidad» del Derecho islámico por el Islam radical, más o menos contiguo al terrorismo, no deben arrojar sombras sobre la capacidad fundamental del Islam del siglo XX de elaborar de manera original principios liberales y democráticos, comenzando por la primacía de los derechos humanos.

<sup>64</sup> 64 Così, C. SBAILÒ, *Il governo della Mezzaluna*, loc. ult. cit.

Las Cartas de derechos, producidas por los países islámicos, contienen (considerando también su limitada actuación), en este sentido, aperturas y reservas frente a la liberal-democracia, que es útil tener en cuenta cuando nos preguntamos por las perspectivas de un proceso democrático que necesita, para su desarrollo, un sólido consenso de masas.

Es cierto que lo que se expone en las Cartas de derechos no siempre revela las intenciones reales de los gobiernos o de aquellos que las firman; sin embargo, es innegable que las Cartas islámicas reflejan un esfuerzo por un reconocimiento de los derechos del hombre sobre la base de una visión que no contraponga al hombre islámico y al occidental, sino que resalte los elementos comunes entre las dos visiones, sobre la base de una concepción de los derechos humanos compartida, sobre todo, por la doctrina que se inspira en las teorías «mu'tazalitas», muy cercanas al naturalismo occidental<sup>65</sup>.

Las Declaraciones de derechos producidas por el mundo arábigo islámico deben ser estudiadas atentamente para comprender sus vínculos con el contexto histórico-político en el que han sido escritas, y no deben afrontarse con una actitud de suficiencia, como si se tratase de documentos que expresan un rechazo hacia la modernidad. De este modo se puede comprender mejor —y más de lo que sería posible hacer a través de los escritos de la doctrina que opera fuera del contexto islámico— la concepción islámica de los derechos humanos, también universal.

A estas Cartas debe reconocerse la misma dignidad que se reconoce a nuestras cartas regionales sobre derechos humanos, como nuestro CEDH. Su objetivo, y prescindiendo de los elementos de tutela efectiva previstos por ellas, es el de expresar directrices y límites a la autoridad a través de los cuales se expresa la soberanía territorial. Ello se puede decir, tanto en referencia a la Declaración Islámica universal de derechos del Hombre de 1981, aprobada por la Conferencia Islámica, que se ocupa de la fe y cuyos documentos tienen inevitablemente un carácter religioso, o de la Declaración de derechos del Hombre en el Islam de 1990, como en relación con la Carta Árabe producida por la Liga Árabe (1994) o con la Carta Africana

<sup>65</sup> Cfr.: G. CONAC - A. AMOR, *Islam et droits de l'homme*, París, 1992.

de la OUA (Organización para la Unidad Africana), que son documentos aprobados por organizaciones políticas cuya actividad responde a un territorio particular. Los primeros dos documentos tienen una clara impronta conservadora y consideran la afiliación religiosa como el fundamental elemento identitario de los pueblos a los que se refieren. El documento de la Liga Árabe y de la OUA tienen un aire distinto, en tanto que expresan una orientación liberal y recepcionan cuanto se ha suscitado en el debate político y científico a nivel internacional, en el marco de un posible diálogo entre el Islam y Occidente; diálogo que debe pasar inevitablemente por un proceso de secularización del Islam.

El documento realizado por la Liga Árabe y el que ha sido realizado por la OUA tienen finalidades prácticas diferentes. Éste último quiere presentar a las organizaciones creadas por el documento como instituciones abiertas al diálogo con la Comunidad internacional. Mientras que la Declaración de 1981 y la de 1990 tienen un carácter «moral», y al confirmar la Shari'a como ley fundamental quieren darle un contenido universal, contraponiéndola a la Declaración Universal de 1948. La Carta de la Liga Árabe tiende a secularizar los derechos humanos, prevé instrumentos de protección de los derechos humanos y, por tanto, formas de limitación del poder de los regímenes. En el Preámbulo de la Carta se hace referencia a la Carta de las Naciones Unidas, a la declaración del 48 y a los Pactos sobre derechos civiles y políticos del 66. La Carta del 94 se inserta, en definitiva en una red de protección de los derechos que, más allá de las definiciones y justificaciones diferenciadas de éstas, tiende de manera unívoca a hacer que los derechos puedan ejercerse de manera concreta. Esta apertura frente a la Comunidad internacional tiende a subrayar el carácter estratégico del derecho a la autodeterminación de los pueblos que la Carta sanciona, condenando consiguientemente toda forma de racismo; no obstante deja sin resolver la contradicción que emerge entre derecho a la autodeterminación de los pueblos y «Jihad», entendida como deber de llevar la verdadera religión y el orden del Islam (en el mundo de la guerra) allí donde reina el desorden, es decir, al resto del mundo no islámico. También la Carta Árabe acepta sobre muchos ámbitos, si bien con cautela, el punto de vista occidental. Hay países significativos en los que los derechos reconocidos por las Cartas «confesionales» producidas por la Conferencia islámica se

subordinan a la Shari'a. La Carta Árabe es una «declaración» análoga a la contenida en muchas Constituciones de Estados confesionales que, no obstante, invocan la senda de la secularización. En las dos Cartas islámicas se afirma, sobre todo en la segunda de 1990, no sólo que «los derechos y libertades enunciados por la presente Declaración se sujetan a la Shari'a islámica» (art 24), sino que «la Shari'a es la única fuente de referencia para la interpretación de cualquier artículo de la presente Declaración» (art. 25).

Es un dato significativo que, en años tan difíciles como los que acabamos de vivir, la Liga árabe haya confirmado el valor de la Carta mediante Comisiones de estudio que han sido nombradas con el objetivo de actualizar el catálogo de derechos y las formas de protección. También es verdad que la Carta no ha alcanzado el número necesario de ratificaciones para entrar en vigor; pero no es el único caso de ratificación diferida. No menos tormentoso ha sido el íter de ratificación de la Carta de la OUA.

No debe excluirse que, tras los acontecimientos de la «primavera árabe», pueda darse incluso la feliz conclusión de los procesos de ratificación o de integración de las Cartas de las que hablamos. En relación con la integración, por otro lado, un interesante modelo de referencia podría constituirse por la Carta de Niza, que con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha adquirido por fin valor jurídico, y constituye un documento ejemplar por la ausencia de precisas connotaciones ideológicas, por el carácter abierto de sus normas, que se adhieren a una práctica multicultural, en el respeto de los valores de la liberal-democracia. Es la Carta de derechos de una Europa que se presenta a los desafíos del nuevo siglo como la cara dúctil de Occidente. Una Carta de derechos que encaja en un Occidente que quiere distanciarse de las «guerras preventivas» de Bush Jr., orientadas a imponer la democracia como verbo, como pensamiento único legítimo, capaz de pacificar el mundo.

Las reivindicaciones de las plazas de la «primavera árabe», precisamente en el ámbito de los derechos humanos, deberían conducir a un replanteamiento de las cartas de derechos, capaz de hacer emergir una convergencia objetiva entre tales cartas y la CEDH sobre un núcleo de principios fundamentales. Sería este un primer paso hacia una deseable Carta de derechos del Mediterráneo. Una Carta que, tal y como se ha hecho con la Carta de Niza, debería reagrupar algunos derechos fundamenta-

les en un capítulo dedicado a la dignidad humana. Una vez que se asumiera el concepto de dignidad humana como valor básico de los derechos inviolables, todas las religiones del Libro debería reencontrarse en esta afirmación de principio, porque se trata de una suerte de «valor de clausura» presente en el Libro de las diversas religiones. Se trata de un valor no definible, para evitar que se dispute sobre su justificación e historicidad, pero que se declina a través de un catálogo breve de derechos compartido y protegido, limitando el poder de los Estados y de las propias Constituciones en este ámbito.

Como se sabe la Carta de Niza no da una definición de dignidad humana. En su nombre se titula el primer apartado de la Carta y se menciona directamente en el artículo 1. Son los artículos 2-4 los que declinan, en ausencia de una cláusula ad hoc, la dignidad humana sintetizada en el Título I. Se trata de un esquema que puede ser utilizado para una hipotética Carta de derechos del Mediterráneo. Un esquema presente, por otro lado, en mucha Constituciones europeas y que podría recibirse en las nuevas Constituciones derivadas de la «primavera árabe» para evitar disputas sobre su definición que puedan reencontrarse con viejos conflictos «ideológicos».

El tema de la dignidad humana, entendida como un valor del ser humano —el que conlleva el imperativo de que éste no puede ser tratado como un «objeto», sino como el «fin», con la consecuencia de que «todos los seres humanos deben ser tratados como iguales»<sup>66</sup>, «con igual consideración y respeto» (Dworkin)—, puede constituir, en suma, el anillo que une a la Carta Árabe y la Declaración Universal sobre la base del «modelo de Niza», que representa un óptimo punto de referencia también para las omisiones en las que incurren los redactores cuando se trataba de definir la identidad europea en referencia a las raíces culturales y religiosas. Declinar los derechos reenviando a la centralidad de la persona humana que se realiza en la comunidad puede constituir un elemento de convergencia entre la distintas Cartas de derechos mediterráneos, sobre el que fundar una única Carta de derechos de la macro región mediterránea.

<sup>66</sup> Cfr.: G. GOZZI, *Diritti e civiltà*, cit., 328 ss.

La dignidad humana, que no es portadora de un derecho subjetivo sino que comprende la esencia del ser humano, merece ser considerada, por lo tanto, no en abstracto sino en concreto, en referencia a relaciones sociales precisas. La ley debería garantizar el trato igualitario entre individuos sobre la base de una concepción sustancial de la igualdad, tal y como hace la Constitución italiana en el artículo 3.2 (en el que se han inspirado diversas Constituciones de la posguerra, como la española). El valor de la dignidad humana entra en el marco de las relaciones sociales a través de garantías específicas, acciones precisas, a través de actos de solidaridad que deben movilizar a toda la comunidad. Juridificar este valor, o hacerlo a través de modelos organizativos uniformes, no es fácil no sólo en un ordenamiento supranacional sino también en un ordenamiento nacional (basta pensar en las polémicas internas sobre el caso «Englaro»). Introducirlo en una Carta significa dejar una puerta abierta al diálogo entre culturas. Por lo demás, no carece de significado el hecho de que el Corán afirme: «hemos honrado a los hijos de Adán» (Corán, XVII, 70), para indicar precisamente la preferencia que el Creador ha dado al hombre<sup>67</sup>.

Normalmente en las Constituciones contemporáneas la igual dignidad hace referencia a relaciones sociales concretas, no observa todos los contextos. Conlleva igualdad de oportunidades, la igualdad sustancial. Pero hay Constituciones como la alemana, en la que el reconocimiento de la igual dignidad constituye una afirmación de principio que no se encuentra funcionalmente vinculada con derechos precisos. En un modelo social comunitarista, como el de la sociedad islámica, el reconocimiento de la igual dignidad se debe contextualizar en la vida del grupo, exaltando el valor de la pertenencia que se corresponde con el esfuerzo del individuo por ser digno de formar parte de la comunidad, también a través de la propensión a la solidaridad.

La igual dignidad social, comporta el derecho de todo individuo, no a tener reconocida una «grandeza personal», sino a acceder a los recursos necesarios para realizarse, para desarrollar su propia potencialidad.

<sup>67</sup> Cfr.: G. GOZZI, *Diritti e civiltà*, cit., 335.

Promover un acuerdo en torno a estos temas, teniendo en cuenta la atención que las Cartas islámicas ponen en los derechos sociales que se fundan sobre el derecho esencial al desarrollo, significa crear canales de comunicación cultural importantes entre los distintos países de las dos orillas, que sean esenciales para compartir una estrategia real de promoción de los derechos fundamentales.

## 15. PERSPECTIVAS CONSTITUCIONALES DE LA PRIMAVERA ÁRABE

De todo lo dicho se evidencia que el verdadero desafío para los países islámicos que hoy se encuentran frente al reto de la democracia, reivindicado por la «primavera árabe», no es tanto la de poner a punto buenas Constituciones, puesto que esto ya ocurrió en el siglo pasado mediante la obra de los protagonistas de la des-colonización, sino la de crear las condiciones políticas suficientes para que emergan clases dirigentes que sean capaces de dar actuación a aquellas Constituciones, estableciendo una relación con la opinión pública que permita un efectivo ejercicio de libertad, hasta ahora sólo reconocido sobre el papel. La experiencia enseña, de hecho, que las Constituciones aprobadas sobre la honda emotiva de las luchas populares por la independencia nacional e inspiradas en principios democráticos, sobre todo en el principio de la separación de poderes y de la libertad de consenso, han sido «interpretadas» de manera instrumental por los regímenes autocráticos, que han permitido la concentración del poder en manos de unos pocos, o sólo en las del *rais*, y han impedido la afirmación de un verdadero pluralismo político. Los modelos organizativos y las declaraciones de derechos transmitidas por las culturas constitucionales de los países colonizadores han sufrido violentas torsiones, que han rediseñado aquellos modelos, para adaptarlos a los diseños de los líderes independentistas, después convertidos en dictadores, interesados en constitucionalizar un partido, el propio, como partido único, para evitar rendir cuentas a la oposición que pudiese contar con una difundida raíz social. De todas estas experiencias emerge la confirmación de la tendencia generalizada por las clases dirigentes de los países islámicos a utilizar los instrumentos de

legitimación democrática en clave autocrática y sectaria, confiando el papel fundamental de la «protección» de la democracia a las élites militares<sup>68</sup>.

La brecha existente entre el espíritu y la letra de la Constitución y su actuación ha ido, poco a poco, ampliándose en lugar de disminuyendo. La aceptación del poder en pocas manos y la comprensión del pluralismo político, de facto pero también de iure (véase la legislación egipcia sobre partidos políticos, cada vez más restrictiva a lo largo de los años), así como el carácter puramente «nominal» del «rule of law», han permitido en estos países el ejercicio de un poder incontrolable por parte de las élites políticas y militares que habían guiado los procesos de des-colonización. Como en otros regímenes de carácter autoritario, también en este caso, la Constitución se ha convertido sólo en «punto obligado de peaje para acceder a las sedes internacionales»<sup>69</sup>.

Paradójicamente, el alejamiento de los principios del constitucionalismo democrático se acentuaba con la modernización de los regímenes, tanto en clave liberal como en clave socialista. Parecen emblemáticas en este sentido la Constitución egipcia de 1980 y la argelina del 76. La formación del carácter confesional del Estado y la colocación de la Shari'a en el vértice de las fuentes han sido, por lo general, utilizados para producir efectos de legitimación de los poderes públicos en «cascada», comenzando por el ejecutivo, mientras que la amenaza del radicalismo islámico se ha utilizado para justificar, sobre todo a los ojos de los occidentales, las políticas represivas contra la oposición política. La protección de la Constitución, sobre todo en países como Egipto donde existen movimientos religiosos como el de los Hermanos Musulmanes que gozan —como se ha puesto de relieve

<sup>68</sup> Cfr.: G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali. Sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fi-ne del XX secolo*, Bolonia, 1998, 162 y ss.; L. MEZZETTI, «Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico», en AA.VV., *Democrazie imperfette*, A. DI GIOVINE - S. SICARDI (Ed.), Turín, 2005; L. MEZZETTI, «Transizioni costituzionali e consolidamento democratico in America Latina», en AA.VV., *Democrazie imperfette*, cit.; *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, A. DI GIOVINE - S. SICARDI (Ed.), Pádua, 2003.

<sup>69</sup> G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, cit., 130.

ve— de un amplio y antiguo consenso<sup>70</sup>, se confía a las fuerzas armadas que deben proteger el Estado de la invasión religiosa, cambiando el modelo de vigilancia de los militares sobre el correcto uso del poder público, por la tutela de la laicidad del Estado, experimentado ya en Turquía desde los tiempos de la revolución «kemalista».

Las Constituciones de los países islámicos del siglo pasado se caracterizan, entre otras cosas, por la tendencia constante del texto a la personificación del poder concentrado en las manos del Presidente o del Rey (Marruecos o Jordania). El presidencialismo previsto en las Constituciones se afirma, así, casi como una monarquía absoluta, en un régimen sustancial privado de contrapesos, también como consecuencia del redimensionamiento del papel del Parlamento<sup>71</sup>. Destaca en este marco el poder judicial que, sobre todo en Egipto, goza de cierta autonomía, pero nunca ha supuesto un límite en referencia a la evolución autoritaria del régimen, en tanto que la mayor parte de las decisiones políticas han sido tomadas por el rais, y se avalan por una cadena de decisiones de carácter político-administrativo sustraídas a la jurisdicción en forma de legislación de emergencia o excepción.

Las únicas excepciones al modelo de presidencialismo islámico durante decenios las ha constituido Libia, donde el jefe indiscutible del régimen, el coronel Gadafi, no ha ejercido encargos institucionales, siendo el socialismo autoritario de Gadafi completamente extraño a los modelos constitucionales tanto de los regímenes occidentales como de los socialistas. El rais ha tenido siempre las manos libres completamente, sin tener que rendir cuentas frente a un régimen, aunque blando, de separación de poderes, ni frente a contra-poderes sociales que pudiesen limitar su acción.

En resumen, el presidencialismo desarrollado en el mundo árabe islámico, sobre todo en el Magreb mediterráneo, consiste en una reelaboración

<sup>70</sup> Cfr. M. CAMPANINI, *Storia del Medio Oriente. 1798-2006*, Bolonia, il Mulino, 2007, 152 y ss.; K. KEPEL, *Il profeta e il faraone. I Fratelli Musulmani all'origine del movimento islamista*, Roma-Bari, 2006, 107 y ss; B. MILTON-EDWARDS, *Il fondamentalismo islamico dal 1945*, Roma, 2010, 74 y ss.

<sup>71</sup> M.P. ROY, *Les régimes politiques du Tiers Monde*, París, 1977.

en clave autocrática del modelo de la Quinta República francesa, en la que el bicefalismo del ejecutivo se resuelve en la reducción del gabinete a una «pantalla» del Presidente frente al Parlamento y la opinión pública, mientras que el propio Presidente asume en sí mismo todos los poderes efectivos del ejecutivo, incluyendo los frecuentes poderes excepcionales, manteniendo una relación de continuidad con la jerarquía de las fuerzas armadas, de las que normalmente proviene, y de líder carismático frente a la población civil. La filosofía de «excepción» del artículo 16 de la Constitución de la Quinta República francesa se fundamenta e institucionaliza sobre el propio sistema del poder público. Los poderes del Presidente para la gestión de las situaciones de crisis, poderes reinterpretados como permanentes (emblemático el caso egipcio durante el régimen de Mubarak), se acompañan de la normal actividad de todos los demás órganos constitucionales y, en particular, de los dictámenes de un órgano de garantía que evalúa la congruencia de los poderes extraordinarios asumidos a la luz de las situaciones de emergencia invocadas. Se trata, por tanto, de un recorrido simplificado para asumir plenos poderes sin dar alguna explicación ni a los titulares de los órganos constitucionales ni al país en su conjunto.

El semi-presidencialismo, como se sabe, requiere de un sistema fuerte de equilibrio entre poderes, especialmente entre el Jefe de Estado y el Primer Ministro. Esto es muy difícil de concretar en países donde la forma de gobierno registra una fuerte impronta autoritaria. En este sentido, es emblemático el caso del Egipto de Sadat y Mubarak. Tenemos la contemporaneidad del Jefe del Estado y del Primer Ministro, pero la cohabitación entre ambos resulta excluida de hecho, considerando que sobre el plano del pluralismo político no existe un partido que pueda contra-equilibrar al del Presidente de la República que, como custodio de la Constitución, se atribuye poderes que no se refieren sólo al estado de excepción, sino a la propia realización de los fines sociales y culturales de la República. Puede ocurrir que en un sistema político rediseñado en el que exista una pluralidad de actores políticos, pensemos en los militares, los grandes grupos económicos o los Hermanos Musulmanes, se pueda realizar una evolución tal, en sentido presidencial, que permita crear una típica «oscilación del péndulo» entre los vértices a los que compete la función de dirección política,

para la que es vital precisamente un régimen de cohabitación. Hasta que no se ponga sobre la mesa, definitivamente, en el ámbito de un nuevo proceso de constitucionalización, la constitución de emergencia que ha consentido durante años concentrar en el vértice del ejecutivo, y en las mismas manos, los poderes excepcionales que contemplaban incluso la decisión sobre el ejercicio del habeas corpus, una evolución en sentido semi-presidencial parece imposible.

De forma positiva, debe señalarse cómo la nueva Constitución, anunciada por el Consejo supremo de las fuerzas armadas, parece deshacer cualquier nudo importante. Se desarrolla, por lo que parece, hacia una completa revisión de la disciplina del estado de excepción, de forma que garantice la regularidad de la competición electoral, el acceso a las mismas de candidatos independientes que no se sostengan sólo en partidos fuertes, y por tanto un efectivo pluralismo político<sup>72</sup>.

Ciertamente no hay que sorprenderse si el presidencialismo de los países islámicos, incluso cerrándose a toda forma de diálogo con el fundamentalismo, no trató nunca de establecer la absoluta laicidad del Estado, por el contrario, ha tratado de hacer bloque con los ambientes religiosos moderados para controlar todo proceso de desestabilización que pudiese originarse por el disenso político y el integrismo religioso. Los distintos rais se han presentado siempre como líderes respetuosos con la religión y se han empeñado en defender la Shari'a como fuente de legitimación. Ha ocurrido que en países como Argelia, Marruecos, Túnez y Egipto los fenómenos de secularización social producidos por importantes reformas se han acompañado de un auge, frente a la difundida corrupción, de un integrismo religioso que entendía salvaguardar instituciones jurídicas tradicionales y condicionaba con peso la potencialidad democrática contenida en la Constitución. Ahora, tras la «primavera árabe», no puede darse una reforma constitucional que garantice seriamente derechos sin que se trate de reorganizar el Estado previniendo toda forma de personalización del poder, concentrado en las manos del rais, mediante la ayuda de los jue-

<sup>72</sup> G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, Bolonia, cit., 130 ss.

ces independientes. Es esta la condición para que los derechos humanos no se reconozcan sólo sobre el papel. Bajo este último perfil debe decirse que la posición de los Tribunales superiores y del Tribunal constitucional, allí donde operan, ha encontrado un reconocimiento significativo en aquellos países islámicos de tradición sunnita. Las magistraturas superiores han dado vida a un Derecho secular que ha entablado una eficaz dialéctica con la Shari'a, integrando sus prescripciones en presencia de lagunas normativas, pero no sólo eso (véase el código civil egipcio). Aplicando la ley al caso concreto, la jurisdicción ha garantizado en cierto sentido la polaridad entre religión y sociedad, sin entablar una relación de subordinación respecto de la autoridad política y la autoridad religiosa con las que ha dialogado, sino reivindicando una posición de gran autonomía. Se podría hablar, situándolo en su contexto, de una función garantista de la jurisdicción en torno a la cual se podrá organizar en perspectiva un verdadero régimen de separación de poderes.

## 16. CONCLUSIÓN

No cabe duda de que interesa a Europa sostener de manera «desinteresada» y con amplitud de miras los procesos de transición hacia la democracia de los países de los que nos hemos ocupado, precisamente para responder a la voluntad de cambio que se ha expresado mediante las revueltas de la «primavera árabe». Debe tratarse de una implicación que tenga como objetivo favorecer un mejor diálogo entre la sociedad civil de las dos orillas para remover los prejuicios que no ayudan en el momento en que, en países de la orilla sur del Mediterráneo, se juega una partida difícil entre las fuerzas que apuntan a la continuidad y las que apuntan hacia el cambio, confiando en una relación basada en la colaboración leal con Occidente.

En el Mediterráneo, la Europa de hoy está llamada a jugar un gran papel que, si se asume de manera eficaz, podría legitimarla como actor global en los nuevos escenarios geopolíticos. Se necesitan, para tal fin, políticas euro-mediterráneas que sepan tomar nota de la voluntad de renacimiento del mundo árabe, y de la necesidad que hoy advierten muchos países del

área de construir instituciones estables basadas en nuevas reglas en el ámbito de los derechos humanos y de organización de los poderes públicos. Es necesario, en particular, que de todo ello se pueda discutir, no sobre la base de reuniones bilaterales entre Estados, sino implicando a la Unión Europea, enteramente, para que proyecte una comunidad euro mediterránea que permita a los países de este área llevar a cabo formas de cooperación euro-mediterránea que calquen el modelo seguido en los años 50 y que dio vida a la CECA, así como el de los años 70 que impulsó el proceso de Helsinki. Es interesante para Europa involucrarse en un proyecto como éste, que podría, por otro lado, dar lugar a formas de cooperación intensas entre los países de la orilla sur que, aunque tienen buenas relaciones con Europa, no tienen relación entre ellos. Se trata de un proceso de integración regional que favorecería la difusión de una cultura de los derechos que, junto a la renovación de las instituciones, pueda dar respuestas puntuales al ansia de cambio, respetando la identidad, que se aprecia en estos países entre su sociedad civil.

Desde esta óptica, sería útil que los juristas de las dos orillas del Mediterráneo se enfrenten a las Cartas internacionales de derechos producidas en el curso de los últimos años bajo el auspicio de las Naciones Unidas, del Consejo de Europa, de las organizaciones de juristas islámicos y de los Estados árabes, para verificar los punto de convergencia y de divergencia que emergen de tales Cartas, determinando el núcleo común de derechos a garantizar a través de mecanismos eficaces de protección como los que se han comentado. No parece imposible tener éxito en el intento, si tomamos en primer lugar la CEDH y la Carta árabe del 94. En este contexto, se trataría de crear las condiciones políticas adecuadas para proceder a la creación de un verdadero tribunal de derechos humanos mediterráneo, al que se reconozcan las mismas funciones desarrolladas por el Tribunal de Estrasburgo.

Emergerán ciertamente, dentro de una comparación de este género, elementos de disenso, no fáciles de superar. Pero el hecho de discutir sobre todo ello, a través de un encuentro entre países del área, constituiría una señal importante para cuantos han protagonizado las revueltas de la «primavera árabe», sobre todo los jóvenes, y han buscado en esta ocasión a Occidente y sobre todo a Europa, para instaurar un diálogo fructífero en

relación a los derechos humanos y de los procesos que deberían conducirles a la democracia<sup>73</sup>.

Es esta la gran ocasión para proponer otra idea de Europa, frente a la dominante hasta ahora de la Europa monetaria. Se trata de establecer en el área mediterránea una relación distinta entre los países de la orilla norte y la orilla sur, para promover, en la actual fase de crisis del capitalismo mundial, en una región concebida hasta ahora como el epicentro del desorden geopolítico mundial, una nueva civilización mediterránea, implicando en este proyecto a países que se encuentran entre los más ricos de la tierra y los que se encuentran entre los más pobres.

Este cambio trascendental requiere de otro profundo cambio en los estilos de vidas individuales y colectivas, de las formas de extracción y disfrute de los recursos, de cambios en las políticas económicas, de la reorganización de las relaciones entre los pueblos, que no pueden seguir basándose en el principio jerárquico<sup>74</sup>. No basta con rechazar la guerra para realizar el nuevo orden internacional. El Papa Wojtyla vino a decir que: «si Occidente quiere la paz, debe ayunar». Es esta una gran verdad, que debería empujarnos a elegir valientemente en materia de políticas de desarrollo dirigidas a los países más pobres del planeta. Es necesario hacer todo tipo de esfuerzos para afrontar la emergencia humanitaria producida por una injusta distribución de la riqueza, que ha hecho crecer cada vez más la distancia entre el Norte y el Sur del mundo, y por tanto, ha hecho imposible el ejercicio de los derechos que las Cartas occidentales pregonan como fundamentales en una gran parte del planeta. Europa podría constituir un punto de referencia para realizar tales perspectivas<sup>75</sup>.

Tras el fracaso del proceso de Barcelona y de la Unión del Mediterráneo, es necesario anclar el nuevo cuadro institucional en las tradiciones

<sup>73</sup> Cfr. B. AMOROSO, *Europa e Mediterraneo. Le sfide del futuro*, Bari, 2000; G. BALDINI (Ed.), *Quale futuro? L'Unione Europea oltre la crisi*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2005; V. DASTOLI, «Il progetto per una nuova politica euro-mediterranea», *Il riformista*, 1 22 ottobre 2011.

<sup>74</sup> U. CURI, *Terrorismo e guerra infinita*, Troina, 2007, 54 y ss.

<sup>75</sup> S. ANDÒ, *Rivolte arabe e democrazia*, Atlantide, 2011, 23, 119 y ss.

constitucionales europeas, y sobre todo en las experiencias de cooperación entre países europeos, realizadas en la segunda mitad del siglo pasado que portaron la Europa democrática hasta los confines del este. Es decir, se señalaron objetivos y caminos hacia la libertad a la opinión pública de estos países, que parecían tan alejados de la cultura de los derechos de Occidente, que posteriormente han incidido profundamente en su vida política en la construcción de regímenes democráticos.

En el momento en que en los países de la orilla sur se establezcan los nuevos regímenes políticos, expresados a través de elecciones libres, y cuando se proceda a la aprobación de nuevas Constituciones, deberá quedar claro a todos, en primer lugar a Europa, que los problemas suscitados por las revueltas de la «primavera árabe» no se solucionan levantando muros. Como predecía Luigi Einaudi, «las barreras sirven para empobrecer a los pueblos y para empujarles hacia el odio y la guerra».

Europa puede hacer mucho para acompañar la evolución de los países donde han saltado los «sistemas del rais» a favor de visiones democráticas no islámicas. Es necesario saber sostener el Estado de Derecho, en las formas en que decidan los nuevos gobernantes, favoreciendo el desarrollo económico a través del apoyo a una pequeña o mediana empresa local, que debe ser capaz de crear ocupación y renta. Es fundamental la intervención sincronizada. Es necesario hacerlo de manera que, como se ha dicho<sup>76</sup>, la transición se concluya de manera rápida y breve, tanto para evitar un posterior deterioro de la situación económica como para desmotivar intentonas de restauración, por parte del ambiente del «ancien régime», que podrían resultar de una situación de inestabilidad política.

<sup>76</sup> F. SALLEO, «L'occasione storica delle primavere árabe», *la Repubblica*, 1 noviembre 2011.

**Resumen:**

Este artículo analiza la llamada «Primavera árabe» (especialmente en Túnez y Egipto) prestando atención a diferentes aspectos de interés desde el punto de vista político-constitucional. En particular, analiza el papel de la cuestión religiosa defendiendo la posibilidad de conciliar democracia y derechos fundamentales e Islam. Concluye postulando la oportunidad de que la Unión Europea se implique de manera importante en estos procesos de democratización y propicie una nueva comunidad euromediterránea.

**Palabras Clave:** Primavera Árabe, Democracia, Religión, Islam, Derechos fundamentales, Unión Europea.

**Abstract:**

This article analyzes the «Arab Spring» (especially in Tunisia and Egypt) paying attention to different aspects from a political and constitutional point of view. In particular, it analyzes the role that religion can achieve, arguing the possibility of conciliating democracy, fundamental rights and Islam. It concludes by sustaining that the European Union must be significantly involved in these processes of democratization in order to promote a new Euro-Mediterranean community.

**Keywords:** Arab Spring, Democracy, religion, fundamental rights, European Union.

# LAS REVOLUCIONES DE LA DIGNIDAD ÁRABE-ISLÁMICA \*

ANTONIO CANTARO \*\*

## SUMARIO<sup>1</sup>:

1. ESPARTACO
2. HISTORIAS DE LA CALLE
3. PLAZA TAHRIR
4. DIGNIDAD POLÍTICA
5. DIGNIDAD SOCIAL
6. LA IDENTIDAD RELIGIOSA
7. «NEO-CONSTITUCIONALISMO» ISLÁMICO
8. EL DECLIVE DEL «DISCURSO» NORMATIVO OCCIDENTAL

Las revoluciones árabes. Las revoluciones hechas por quien no te lo esperas: por quien está en la otra orilla del mar.

Donde desde hace demasiado tiempo, casi cada día, zarpan barcos indecentes, repletos de hombres y mujeres con frío en el cuerpo y en el alma. Pero sus ojos penetrantes, cuando llegan a nuestros puertos, nos obligan, por lo menos un momento, a abrir nuestros ojos: silencios herencia de una dignidad antigua (aunque no olvidada), el orgullo retenido de quien, de todas formas, ha conseguido romper la pretensión veleidosa y anti-histórica

\* Traducido del italiano por Sabrina Ragone.

\*\* Profesor ordinario de Derecho Constitucional. Universidad de Urbino (Italia).

<sup>1</sup> Texto inicialmente publicado en italiano en S. RIZZO (ed.), *Le rivoluzioni della dignità*, Roma, Ediesse, 2012. La fecha de entrega de este artículo es anterior al golpe de Estado militar en Egipto.

de transformar el Mediterráneo en el último límite de defensa de una «fortaleza» (que se considera) asediada.

Aquellos barcos indecentes ridiculizan la «auto-representación muscular de Europa»; una auto-representación «de debilidad y no de fuerza» que ha causado «muchas víctimas sin defender nada»<sup>2</sup>.

Esta no es la ocasión para hablar de ello. Aún más nos interesa el orgullo púdico de los que ocupan aquellos barcos; de quienes, aun sabiendo que se trataba de barcos de la muerte, han alejado el miedo y se han subido en ellos.

Desde aquí tenemos que empezar para intentar entender el secreto de las rebeliones de aquellos hombres, de aquellas mujeres, de aquellas chicas que ni siquiera pudieron pagar el «billete» de aquellos barcos, miserables barcos.

## 1. ESPARTACO

1.1. Las revoluciones, por su misma naturaleza, justifican juicios tajantes. Un privilegio raro que expone, obviamente, al riesgo de ser desmentidos fácilmente.

Creo de todas formas, y muchos y destacados autores estarán de acuerdo, que el aspecto más genuino de las revoluciones árabes vistas desde dentro, desde el punto de vista de los que las hicieron, es el re-descubrimiento de aquel valioso bien inmaterial primario que es la dignidad<sup>3</sup>.

Para los regímenes autocráticos y dictatoriales en el poder desde hace décadas en el Norte de África y en la península arábiga, este bien era como un virus de origen no controlado que ha infectado al pueblo. Espartaco que

<sup>2</sup> L. ALFIERI, «Pluriverso mediterraneo e rivoluzioni arabe», en E. GUASCONI (ed.), *Declino europeo e rivolte mediterranee*, Turín, Giappichelli, 2012.

<sup>3</sup> «¿Pero esta gente por qué lucha, qué quiere, en qué creerá en estos países cuando la revolución termine? Busca la dignidad. La dignidad»: esto es lo que dijo en su bonito libro D. QUIRICO, *Primavera araba. Le rivoluzioni dall'altra parte del mare*, Turín, Bollati Boringhieri, 2011, p. 198. Y, naturalmente, TAHAR BEN JELLOUN, *La rivoluzione dei gelsomini. Il risveglio della dignità araba*, Milán, Bompiani, 2011.

un día, de repente, después de décadas de persecuciones, injusticias, insultos, se rebela y lucha por la libertad o la muerte<sup>4</sup>.

El significado normativo de la renacida dignidad árabe puede ser plenamente entendido sólo si se parte de este núcleo profundo y constitutivo: la disponibilidad a poner en juego la vida para dejar de vivir en el miedo que cotidianamente reina en un Estado de policía<sup>5</sup>.

Por esta razón el «insólito» gesto del joven tunecino Mohamed Bouazizi que en día menos pensado, el 17 de diciembre de 2010, se da fuego para reaccionar frente al enésimo abuso insoportable se transforma en el primer e indeleble símbolo de las primaveras árabes. Si no le tienes miedo a la muerte, no tienes miedo a nada, ni siquiera Ben Ali: «Plus Jamais Peur», dice el título de una de las primeras películas tunecinas que han circulado en Europa en 2011<sup>6</sup>.

La valentía extrema de Bouazizi —su dignidad— no es simplemente la chispa que ha desencadenado e incendiado la revuelta. Es mucho más. Es la clave y el fundamento de legitimación de todos los derechos que el pueblo tunecino ejercerá y reivindicará en los días y los meses posteriores a la inmolación de su joven mártir: el derecho primario a no vivir en el miedo.

Y de todos los demás derechos elementales a través de los cuales la valentía tiene la posibilidad concreta de manifestarse y actuar. El derecho de creer, desobedecer, osar, equivocarse, denunciar; el derecho de palabra, respuesta, propuesta; el derecho de expresar una opinión y la competencia de cada uno; el derecho de hombres y mujeres de participar en la vida social y política; el derecho a la creatividad, al arte<sup>7</sup>.

1.2. El viejo continente debería ser, por su historia y cultura, el más sensible hacia la potencia narrativa y la fuerza normativa de la dignidad humana y de los derechos; y, en consecuencia, el más adecuado para dia-

<sup>4</sup> TAHAR BEN JELLOUN, «Il risveglio della dignità araba», entrevista publicada en *Il Fatto Quotidiano*, 5 de abril de 2011.

<sup>5</sup> P. GANDOLFI, «Quali diritti? Il diritto di trasgredire e di re-inventare la propria storia», [www.unive.it/media/allegato/dep/n18-2012](http://www.unive.it/media/allegato/dep/n18-2012).

<sup>6</sup> Es la película del director tunecino Mourad Ben Cheikh.

<sup>7</sup> P. GANDOLFI, *Quali diritti*, cit.

logar con aquellos que concretamente son sus fautores y portavoces. De no ser que, como lo afirman los chicos de Túnez, en Europa la democracia ha envejecido mal.

Ahora bien, como es sabido, cuando uno envejece mal, se refugia en los puertos rancios de las perogrulladas y de los dogmas ideológicos. Y prevalece la pereza intelectual que aniebla la memoria y hace miopes; que deja ver sólo la superficie de las cosas: lo que emerge y no lo que está en el fondo.

Dejando de un lado las metáforas, la cultura europea y occidental en estos meses ha leído la búsqueda inédita de felicidad privada y pública que prepotentemente se manifiesta en las primaveras árabes según los cánones formales y abstractos del globalismo jurídico y constitucional. Aquellos cánones que miden libertad y derechos humanos con referencia exclusivamente al nivel de liberalismo político y económico, de democracia parlamentaria y libertad de hábitos, libertad religiosa y a lo mejor emancipación de la mujer<sup>8</sup>.

Las transiciones políticas en proceso y los equilibrios constitucionales que fatigosamente se van consolidando exigen, al contrario, nuevas perspectivas, otros paradigmas. Las revoluciones de la dignidad tienen que ser «tomadas en serio». A partir de los lugares antiguos que fueron su motor (las calles, las plazas) y de las complejas raíces culturales de aquellos hombres y aquellas mujeres que las protagonizan.

1.3. Las transiciones no estás siguiendo los caminos que la mayoría de los estudiosos europeos se imaginaban, esperaban o temían. La evolución concreta de las revueltas raramente refleja aquellos escenarios abstractos elaborados por destacados observadores y prestigiosos centros de investigación. Tanto las previsiones más optimistas como las más pesimistas hasta ahora no han sido acertadas.

La distancia entre modelos y realidades se refiere, en primer lugar, a las interpretaciones «occidentalistas» que han sido avaladas durante las primeras fases de las primaveras árabes. Pueblos que reivindicaban la libertad conforme a valores, aunque no exclusivamente, típicamente europeos.

<sup>8</sup> P. LONGO, D. SCALEA, *Capire le rivolte arabe. Alle origini del fenomeno rivoluzionario*, AvatarÉditions, 2011, p. 156 y ss.

Estos valores de la cultura occidental son, indudablemente, conocidos en las sociedades árabes, que han mantenido muchos contactos con las antiguas potencias coloniales y gracias al desarrollo de las comunicaciones han intensificado los intercambios con el resto del mundo, asimilando así comportamientos y hábitos típicos de Europa y América del Norte.

Los canales de difusión de dichos valores —la televisión, internet— han tenido un peso significativo en el simbolismo de las revueltas, llenas de jóvenes que hablan inglés, han viajado o por lo menos soñado con viajar y a lo mejor mudarse a Europa o Estados Unidos.

De esta relativa occidentalización no deriva, sin embargo, una adhesión fidelista a la civilización occidental; ni siquiera entre los «occidentalistas» de las primaveras árabes, que en realidad hacen referencia a una pluralidad de culturas políticas (liberales, nacionalistas, panarabistas, socialistas), normalmente muy críticas hacia la política europea y norteamericana.

## 2. HISTORIAS DE LA CALLE

2.1. Las calles han sido el primer motor potente de las primaveras árabes. Lugares que todavía llevan las huellas visibles de una dignidad herida «perpetuamente», de padre a hijo; pero un día, como si fuese un milagro, empiezan a llenarse de mujeres y hombres que se dicen los unos a los otros, recíprocamente incrédulos, que «ya no tienen miedo» y descubren que sus desgracias privadas pueden transformarse en un ingrediente que alimenta el rescate colectivo.

Desde este punto de vista también, el evento que es considerado la chispa de las revoluciones árabes —el evento del que empieza el «despertar»<sup>9</sup>—

<sup>9</sup> F. AJAMI, «The arab Spring at one. A year of living dangerously», *Foreign affairs*, n. 56, 2012, pp. 64-65, habla de un «tercer despertar» de los pueblos árabes, llegado en el momento justo. El mundo árabe se había vuelto amenazante. Las poblaciones odiaban a los gobernantes y a sus protectores extranjeros. Bandas de yihadistas, creadas en las cárceles de regímenes detestables, se inmolaban y llevaban la muerte

es muy significativo. Es típicamente una historia de la calle: una historia de la primera década del siglo XXI que podría bien incluirse —como lo ha dicho Domenico Quirico— en un nuevo ciclo de las Mil y una noches<sup>10</sup>.

El joven ambulante abusivo que encendió la mecha revolucionaria en Túnez no se dio fuego delante de la casa del gobernador de su provincia en nombre de un abstracto principio ético-jurídico de la sociedad liberal, y tampoco por una creencia ideológica o religiosa; sino para reaccionar frente a la enésima requisición en una calle de Sidi Bouzid, en el centro de Túnez, de dos cajas de peras, tres de manzanas y siete kilos de plátanos por el exceso de celo de unos policías probablemente corruptos.

¿Qué vida indecente le habría esperado tras la prohibición de su modesto comercio en el que basaba su supervivencia? ¿Qué quedaba de su dignidad de calle tras la humillante bofetada que una policía —una mujer— le había dado para que «comprendiera» la auténtica ley de los barrios pobres de Túnez?

2.2. La desesperación del humilde mercader que con su gesto abatirá al tirano que vive entre las riquezas de su palacio, nos proporciona, mejor que cualquier representación sociológica y de cualquier cuento impersonal sobre el imaginario colectivo, las raíces profundas de las revueltas árabes.

Por la calle, alrededor de Mohamed Bouazizi, moribundo y con el índice obstinadamente levantado hacia el cielo, la gente del barrio, que se había acercado para ver qué pasaba, empieza inmediatamente a cantar la primera sura del Corán (la fatiha), para cerrar los ojos del desgraciado antes de perder el alma. Tras el debido respeto al ritual musulmán, parecido

---

adonde fuera. Mohamed Bouazizi llamó sus compañeros a empezar una nueva historia y justamente millones de personas le hicieron caso. Véase también J.J. PAUST, «International Law, Dignity, Democracy, and the Arab Spring», *Cornell International Law Journal*, vol. 46, 2012, en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1991432](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1991432).

<sup>10</sup> D. QUIRICO, *Primavera araba*, cit., p. 10. La representación literaria de Domenico Quirico es indudablemente una de las más elegantes y perspicuas de la revolución tunecina: nos hemos referido ampliamente a ésta en el presente ensayo.

al de tantas otras religiones, no hubo ninguna manifestación de fanatismo y fundamentalismo.

A lo largo de los siguientes diecinueve días de agonía, que precedieron la muerte de Mohamed, otros jóvenes le imitaron en otras calles de Túnez, Argelia, Egipto. La rabia se extendió, desmintiendo las «fáciles» predicciones de quienes esperaban otra «intifada sin eco, muerta de silencio».

Las imágenes, al contrario, se difunden rápidas gracias a los móviles, mientras que Al-Jazeera repite los gritos de los manifestantes que dicen que quieren «hacer lo mismo que Mohamed» porque tampoco pueden seguir «viviendo así». Manifestantes que no gritan palabras anti-occidentales o en contra de Israel o de sumisión a Allah, sino simplemente libertad (*hurria*).

2.3. El 14 de enero de 2011 en Túnez, el día de la manifestación oceánica que determina el fin del Presidente Ben Ali, es naturalmente un viernes. El día en el que se reza, uno de los muchos viernes que definen la historia árabe-musulmana. A veces, demasiadas veces, viernes trágicos, negros, tristes, sangrientos, viernes de la vergüenza.

Pero este viernes quedará en la memoria colectiva como un día ingenuo, de fiesta, un día determinado y maduro de la democracia tunecina. «Vete» («*degage*»), «quítate de en medio», gritan los manifestantes cantando el himno nacional.

Pasó lo imposible. Ninguna autorización para el cortejo —que antes se obtenía sólo para los que convocaban el Partido— y nadie que te arrastra hasta la cárcel por gritar «el poder al pueblo» o cantar canciones de izquierdas. Se distribuyen flores, se discute de política sin mirar alrededor por el miedo a los espías. Cada uno muestra su cartel o pide bolígrafo y papel para inventarse un eslogan. El grito de los muecines se mezcla con los sonidos, los gestos, las palabras de una espontaneidad y fraternidad hasta entonces no expresada. Todos juntos: los de las periferias donde «la gente vale menos que el ataúd con el que será enterrado», obreros, funcionarios, estudiantes, canas, peinados elegantes, algunos velos.

Es el pueblo. La «persona nueva» que interviene en la historia cuando lo viejo no queda y lo nuevo hay que inventarlo. La única voz que ninguna sociología de la revolución sabe contar y que la cultura tunecina ha esculpido poéticamente en su himno nacional: «Cuando el pueblo quiere vivir —las cadenas se rompen— las tinieblas se disuelven».

«Este es nuestro 14 de julio», gritan los tunecinos de Francia en París, delante de su embajada teniendo en mano con felicidad los periódicos que hablan del día de la libertad, allí en Túnez, del tirano huido, de las calles llenas de gente.

### 3. PLAZA TAHRIR

3.1. Comentando, en octubre de 2011, las primeras manifestaciones de «Occupy Wall Street» la periodista Laurie Penny señalaba con cierta sorpresa que muchas personas habían apagado la televisión y habían ido a una plaza<sup>11</sup>.

La sorpresa mayor era, sin embargo, la que sintió un joven manifestante egipcio de Plaza Tahrir al principio del mismo año, cuando se dio cuenta, íntimamente complacido, de que mientras antes él miraba la tele, ahora la tele le miraba a él<sup>12</sup>.

En realidad, incluso las cámaras de las grandes televisiones fueron sotrecogidas por el milagro de la plaza. Los medios de comunicación se sienten cómodos frente a los denominados eventos, mejor si son imprevistos. Sin embargo, en esta ocasión, no se esperaba la catarsis de una población que Mubarak y su aparato habían «diligentemente trasformado en islas separadas»<sup>13</sup>.

Plaza Tahrir es desde el principio habitada y presidida por un movimiento que actúa políticamente, se considera una colectividad y vive como una comunidad. Nada que ver con una muchedumbre informe según el estereotipo, propio de cierta teología islámica, que asocia calle y gente a la discordia, al desorden, al caos (fitna) y que prefiere entonces cualquier cosa, incluso violencia y represión<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> L. PENNY, «Anche l'America si ribella», *Internazionale*, 10 de octubre de 2011.

<sup>12</sup> Véase A. BADIOU, «Tunisia, Egitto: quando un vento d'oriente spazza via l'arroganza dell'occidente», en S. VACCARO (ed.), *L'onda araba. I documenti delle rivolte*, Milán, Mimemis Edizioni, 2012, p. 129.

<sup>13</sup> Wael FAROUK, «L'amicizia come via alla conoscenza», [www.sussidiarieta.net/files/farouq.pdf](http://www.sussidiarieta.net/files/farouq.pdf).

<sup>14</sup> P. GANDOLFI, *Quali diritti?*, cit.

3.2. En la plaza Tahrir, tal y como en las calles y las plazas de Túnez, pasa lo impensable para el imaginario dominante: un espacio público vivido como tal se transforma en un espacio político en el que puede expresarse libremente lo que hasta hacía poco se decía con miedo en voz baja, solos o en pequeños grupos.

La plaza se da cuenta, claramente muy pronto, de que tiene mil voces y de que está expuesta al riesgo de Babel. Pero se da cuenta también de saber hablar con una sola voz y tener una lengua común, rompiendo estereotipos que parecían eternos y creando alianzas inéditas y prácticas de solidaridad.

La abundante literatura, los estudios, las fotografías y las grabaciones de la revolución —cuya abundancia también es el reflejo de una nueva época— es este sentido es absolutamente convergente. Más allá de colores políticos, ideologías y religiones.

Al respecto se pueden recordar las palabras sorprendentemente asonantes de un autor del «comunismo de movimiento» y las de una cristiana egipcia que vivió la revuelta.

«Observamos —dice el primero— doctoras jóvenes de la provincia que asisten a los heridos que duermen en el centro de un círculo de hombres dispuestos a todo, y están más tranquilas que nunca, sabiendo que nadie las tocará. Observamos además una asociación de ingenieros que se dirige a los rebeldes y les ruega que mantengan la posición, que protejan el movimiento gracias a la energía de la lucha. Vemos una fila de cristianos de guardia, de pie, mientras que los musulmanes rezan de rodillas. Vemos los comerciantes dar de comer a los desempleados y a los pobres. Cada uno habla con su desconocido vecino [...]»<sup>15</sup>.

«En plaza Tahrir —testimonia la segunda— fue completamente normal ver a una chica con una cruz en el cuello verter el agua para la ablución de un hombre con barba, y también ver una misa en el medio de musulmanes que repetían «amen», junto con sus hermanos cristianos (...). Los símbolos religiosos, usados antes para excluir a los demás, se han trasformado en un manifiesto de solidaridad entre musulmanes y cristianos: sí

<sup>15</sup> A. BADIOU, *Tunisia*, Egitto, cit.

estoy aquí, porque estoy a favor de la libertad, junto contigo. La toma de posesión del tiempo y del espacio fue una premisa necesaria para rechazar la dictadura. Por este motivo no es raro que la revolución condensara sus solicitudes en una sola palabra: irhal, vete, sal de nuestro tiempo, de nuestro espacio y de nuestro mundo [...]».

El martirio de centenares de jóvenes no ha sido más que el intento de preservar el espacio simbólico, concentrando al Egipto entero en plaza Tahrir, para que su pequeña superficie pudiese transformarse en un conjunto enorme de existencia y acción humana<sup>16</sup>.

3.3. La plaza, olvidada por las masas despolitizadas de occidente, ha vuelto a ser por lo menos en el mundo árabe, un lugar crucial del conflicto político y social<sup>17</sup>. Los egipcios han roto las barreras imaginarias del tiempo y del espacio del mundo virtual y han ido a la plaza Tahrir para crear un tiempo y un espacio totalmente nuevos, para añadir a las plazas que han luchado por la libertad otra plaza más: plaza Tahrir, la plaza de la liberación<sup>18</sup>.

Lo que pedían los manifestantes físicamente presentes en las plazas reales tampoco era muy diferente de lo que se pedía en las plazas virtuales de los nuevos medios de comunicación. Las dos plazas son unidas por la misma perentoria instancia de libertad, dignidad y justicia.

Desde este punto de vista, es correcto afirmar que las revoluciones árabes, y específicamente la tunecina y la egipcia, han abatido las barreras tradicionales entre realidad tradicional y mundo virtual, construyendo un puente entre los dos mundos<sup>19</sup>. Igual de cierto es que una politización aún

<sup>16</sup> WAEL FAROUK, *L'amicizia*, cit.

<sup>17</sup> S. VACCARO, «Biopolitica della rivolta», *L'onda araba*, cit., p. 10.

<sup>18</sup> WAEL FAROUK, *L'amicizia*, cit.

<sup>19</sup> Ha subrayado en un iluminante escrito, Isidoro Mortellaro: «Un público hasta entonces pasivo empieza a tener voz, a establecer nexos. Se inventan palabras claves, se dan citas, se piden e imponen encuentros. La gente «se organiza sin organización». La comunicación y el encuentro virtual encuentra y convoca la plaza, intenta reinventar el ágora. Mientras impone la reinvención de la televisión. La asedia, condiciona su programación, propone con el uso creativo de la cámara o del móvil el «citizen journalism», impone «una información con el latido de los jóvenes». A su vez, la televisión debe renovarse y a lo mejor abrir una página web en Internet, con licencia

más radical permea las instancias de libertad, dignidad y justicia cuando la gente actúa en una plaza real, físicamente saturada de historia<sup>20</sup> y cuerpos de carne y hueso.

Su significado normativo no es ya el abstracto y meta-histórico de la retórica de la democracia y los derechos humanos, sino el sentido concreto y actual de un cambio global de las relaciones humanas, sociales, políticas.

¿Cómo olvidar la presencia de las chicas en la plaza Tahrir de noche, vistas como un escándalo por los conservadores (no sólo islamistas) y luego rápidamente superada?<sup>21</sup> ¿Cómo olvidar su elevadísima conciencia histórico-política de lo que estaba en juego cuando, tras la dimisión de Mubarak, no quisieron dejar la plaza porque todavía quedaba por cambiar la Constitución?<sup>22</sup>

Por ello plaza Tahrir se ha vuelto, y seguirá siendo por mucho tiempo, uno de los símbolos más fuertes de la dignidad árabe renacida. Sólo un lugar electivamente colectivo —una plaza— podía sublimar las infelicidades privadas de una población (de una muchedumbre): transformarlas en la felicidad pública de un pueblo.

#### 4. DIGNIDAD POLÍTICA

4.1. Tracemos un primer balance provisional. La fuerza de las revueltas árabes de 2011 reside en haber sido vividas, interpretadas y declinadas

---

«creative commons», para que se pueda intervenir en las imágenes para usarlas, eventualmente compartirlas, retransmitirlas» (I. MORTELLARO, «Sulle rivolte arabe. Ripensando il 900», en E. GUASCONI (ed.), *Declino europeo*, cit.).

<sup>20</sup> Una plaza varias veces en la historia egipcia contemporánea teatro de manifestaciones reprimidas violentamente. Unas referencias a esta historia se encuentran en las novelas «Al-Atyaf» (Espectros) de Radwa Ashur, «Al Bab al-meftuh» (La puerta abierta) de Latifa al-Zayyat, «Malik al hazir» de Ibrahim Aslan, «Awwan al-quitaif» (La estación de la cosecha) de Mahmud al-Wardani, «Dhàt» de Samallah Ibrahim.

<sup>21</sup> P. GANDOLFI, *Quali diritti?*, cit.

<sup>22</sup> Lo cuenta Stefano Savona, autor del documentario «Tahrir» en una conversación con M. ERMISINO, «La rivoluzione cantata», [volontariato.lazio.it/.../52725272RetiSolidali\\_2\\_2012\\_LaRivoluzione](http://volontariato.lazio.it/.../52725272RetiSolidali_2_2012_LaRivoluzione).

por sus protagonistas como revueltas al mismo tiempo políticas, constitucionales, sociales. Revueltas que encarnan una demanda de nuevo comienzo, una atmósfera de «despertar», como lo dice el mismo nombre de primavera.

Un nombre genérico, según el principio de una conocida Enciclopedia on line<sup>23</sup>. En realidad, una calificación a la que le subyace una interpretación compleja y romántica de las revueltas árabes, históricamente comparadas con las revoluciones europeas de 1848: la denominada «Primavera de las Naciones».

Todas las insurrecciones —las que han abierto paso a una transición (Túnez, Egipto, Marruecos), las que siguen (Siria), las que han sido sostenidas por la intervención militar de potencias extranjeras (Libia) e incluso las que han sido aplacadas (Bahréin)— en realidad tiene un rasgo común indeleble, un patrón idéntico.

La primera y principal reivindicación de los manifestantes era igual en todos los países. Una reivindicación puramente política: echar al autócrata corrupto o por lo menos cambiar el régimen y confiar el poder a nuevos líderes.

Lo recuerda con eficaz sencillez al-Khamissi, autor de «Taxi» (2007), una de las novelas de éxito de estos años que anunciaban la rabia creciente, sin saber prever cuando se verificarían las consecuencias<sup>24</sup>. «La revolución —ha observado el escritor egipcio— tenía un objetivo claro: la democratización de la vida política de Egipto, la caída de Mubarak, la reforma de la Constitución, la disolución del Parlamento y la convocatoria de elecciones de verdad»<sup>25</sup>.

Como en 1789 y 1848 en Europa el primer objetivo polémico-político de los insurgentes árabes fue el «ancien régime»: los ambientes conservadores, el mundo religioso tradicional, el ejército, todos los que, empezando por los hombres de negocios, en un primer momento han celebrado el

<sup>23</sup> Voz «Primavera araba», en [www.treccani.it/enciclopedia/](http://www.treccani.it/enciclopedia/).

<sup>24</sup> F. M. CORRAO, «Premessa», en *Le rivoluzioni arabe*, cit., p. 3.

<sup>25</sup> R. KEMPF, «Le radici operaie della rivolta egiziana», en *Capire le primavere arabe*, cit., p. 20.

fin de las dictaduras, pero luego han temido los desordenes, las huelgas, las reivindicaciones económicas y políticas<sup>26</sup>.

4.2. El final del «ancien régime» había sido sostenido y legitimado por reivindicaciones constitucionales de primer orden. Lo testimonia emblemáticamente el eslogan de la revolución egipcia. Un tríptico de principios «universales» y densamente constituyentes: Libertad, Dignidad, Justicia.

La similitud con los principios históricamente propios del constitucionalismo euro-occidental es evidente. Pero asume una fuerza específica a la luz del contexto en el que éstos son enunciados, de los conflictos dramáticos y actuales que evocan, y de los lugares donde se pronuncian y ponen en práctica.

La reivindicación primaria de «dignidad» señala ciertamente una cercanía a los comienzos de fuentes europeas de nivel constitucional: el art. 1 de la Constitución alemana, el primero de los «valores» de la Carta de los derechos fundamentales de la UE.

Las asonancias lexicales no pueden igualmente esconder la fuerza narrativa y normativa que tiene hoy la renacida dignidad árabe. Oliver Roy tiende implícitamente a relativizar esta peculiaridad cuando dice que una de las palabras más pronunciadas en la Primavera árabe fue «karama», término que evoca una exigencia de «dignidad individual» y se opone al término (en desuso por las nuevas generaciones) «murawa», es decir, «honor» en el sentido de «honor del grupo, de la tribu»<sup>27</sup>.

El cambio lexical se enmarca, en la perspectiva del estudioso destacado de las transformaciones del Islam contemporáneo, en el proceso de individualización de la política que está induciendo el Islam contemporáneo a confrontarse con los grandes cambios sociales y culturales en proceso a nivel global. Y en consecuencia a redimensionar, aunque lentamente y gradualmente, la matriz holística del Islam clásico (donde la identidad del ser da la pertenencia al grupo) a beneficio de una representación más individualista (más kantiana) de la identidad y de la dignidad.

<sup>26</sup> OLIVER ROY, «La primavera araba è irreversibile ma è in agguato il partito dell'ordine», *Corriere della Sera*, 21 de julio de 2011.

<sup>27</sup> Lo recuerda adhesivamente KHALED FOUAD ALLAM, *Islam politico e primavera araba*, cit.

En realidad, en el imaginario de los movimientos protagonistas de las revoluciones está presente tanto una exigencia radical de dignidad individual frente a gobernantes que tratan a los gobernados como «súbditos sin derechos y ni siquiera dignos de ser despreciados», como una prepotente instancia de dignidad colectiva, vivida y representada como condición esencial para que pueda ser efectivamente reconocida la dignidad individual.

Una rara síntesis —se ha dicho— entre derechos humanos y derechos de los pueblos, un intento original de salir de forma democrática y progresiva del sistema post-colonial<sup>28</sup>.

4.3. No puede, por lo tanto, considerarse ni casual ni arbitrario que se haya propuesto invertir el orden del listado de derechos que normalmente son analizados y discutidos como derechos a la base de las revueltas árabes; y que el primero de los derechos<sup>29</sup> reivindicado y ejercido, con éxito diferentes, haya sido en las primaveras el derecho de pensar y actuar como colectividad.

La dignidad política como primera manifestación concreta de la dignidad humana. Un derecho que basa su legitimación material en la fuerza civil y comunitaria de aquel movimiento constituyente desde abajo —del constitucionalismo de los gobernados— que ha mancomunado trasversalmente las revoluciones árabes del comienzo del siglo XXI.

Una Europa que no estuviese envejeciendo mal no tendría dificultades en reconocer y ver en este movimiento profundo de la historia algo familiar. Y no miraría sin atención, esperanza y participación a los pueblos que aspiran «a la formación de un poder democrático, justo, capaz de responder a las necesidades de la sociedad»; a pueblos que exigen un Estado, otro Estado, una gestión política de la sociedad.

Es decir, consideraría una «gran noticia» el hecho de que la idea de una «res publica», una «invención europea», esté entrando en cierta forma en el mundo musulmán, en una gran cultura como el Islam<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> M. LANA, «Le rivoluzioni arabe, l'Islam, I diritti umani», en <http://www.unionedirittumani.it>

<sup>29</sup> P. GANDOLFI, *Quali diritti?*, cit.

<sup>30</sup> J.L. VILLACAÑAS BERLANGA, «La rivoluzione islamica», en *L'onda araba*, cit., p. 234.

## 5. DIGNIDAD SOCIAL

5.1. Las reivindicaciones económicas y sociales no han sido las características esenciales del «programa oficial» de las revoluciones, y por ello generalmente no han sido tratadas en los estudios de los expertos.

Pero ha sido un error, como lo demuestran las descripciones literarias y los reportajes periodísticos. Fuentes muy valiosas cuando, como pasa en todas las revoluciones, «se erosionan las bases de un mundo» y se trazan líneas profundas que las disciplinas convencionales tardan, inevitablemente, en entender y descifrar.

Egipto, por ejemplo, ha vivido desde 2004 las mayores huelgas obreras de su historia. Movimientos sociales que son coherentes con los que la revuelta político-constitucional de 2011, aunque no directamente dependientes de ella<sup>31</sup>.

Es verdad que los sindicatos de los trabajadores no han sido los promotores principales de la revolución. Pero ello no puede cancelar el hecho de que —como lo dicen las crónicas— cerca de la plaza Tahrir cada día se hiciera un listado de las fábricas en huelga: empleados de ferrocarril, del petróleo, del ministerio de Agricultura, de esta o aquella sociedad de aguas, empresa de autobuses que pronto se unieron al movimiento del 25 de enero para pedir justicia social, un salario mínimo justo y digno, democracia en el trabajo, libertad sindical.

<sup>31</sup> «La revuelta en Egipto no nació en 2011, sino fue el resultado de un periodo de intensa conflictividad sostenido desde 2004 por una de las más largas etapas de huelgas y luchas sociales, en las que han participado trabajadores de los grandes distritos industriales y logísticos del Delta del Nilo o de Suez, los estudiantes y los jóvenes blogueros del Cairo y de las ciudades principales, las mujeres, incluso con el niqab. Raramente las luchas eran coordinadas o han creado un verdadero proyecto político unitario; sin embargo, dos aspectos son evidentes: las luchas de los primeros han tenido su referencia en las de los demás en términos organizativos y operativos, y su carácter continuo y diversificado ha destruido la capacidad del régimen para controlar y enmarcar el conflicto social en los canales habituales de represión y cooptación» (M. TRENTIN, S. VISENTIN, «La misura della democrazia. Crisi, lotte e migrazioni nel Mediterraneo», en E. GUASCONI (ed.), *Declino europeo*, cit.).

Cuando luego el 16 de febrero de 2011 un comunicado del Consejo supremo de las fuerzas armadas, difundido por la televisión y enviado a los móviles, invitaba a suspender las agitaciones, los obreros de importantes empresas se habían instalado y —como en la plaza Tahrir— habían dormido allí, intensificando la denuncia de la corrupción y las desigualdades salariales profundas en las empresas y en el país.

5.2. La cultura crítica, la práctica de las reivindicaciones, no han sido un fenómeno difuso en todas las áreas de la sociedad egipcia, ni un elemento presente uniformemente en todas las revueltas.

Pero son parecidas las razones de sufrimiento económico y social a la base de las diferentes primaveras. Algunas antiguas, como la cuestión de la distribución del agua (decisiva para la producción agrícola) y otras más recientes, empezadas por Mubarak y Ben Ali, de algunos servicios esenciales (sanidad, escuela). Otras, finalmente, de orden internacional, como la especulación financiera internacional sobre los precios de las materias primas y de los productos alimenticios y la eliminación de los subsidios («justificada» por la necesidad de consolidar los presupuestos y reducir las deudas exteriores).

La mayor vulnerabilidad de las clases populares y medianas ha tenido un peso notable en la ola de agitaciones en los países árabes, empezando por Túnez.

Allí la chispa de la revolución —el trágico suicido del humilde mercader de fruta y verdura— condensa simbólicamente también los motivos sociales de la revuelta. Todos los que bajaron a la plaza para defender el honor del mártir y abatir el régimen sentían que su historia individual tenía algo en común con la de Mohamed.

Su desesperación, la negación de su dignidad social, era también la suya. La de los vándalos de las periferias, de los desarraigados que viven de tráficos miserables, de todos los que sueñan con subirse a las pateras para Europa. Pero también la de los diplomados y licenciados que saben usar internet: ellos también son una generación perdida, visto que en Túnez, Argelia, Marruecos, Egipto, alrededor del 70% de los de los parados son los jóvenes, una verdadera clase social. En fin, si «los más afortunados tienen un trabajo mal pagado que odian (por ejemplo trabajan en un

call center), los menos afortunados se esfuerzan para obtener un título que no servirá para nada»<sup>32</sup>.

Y a su lado padres y madres de la clase media a los que el régimen, hasta el día antes del trágico gesto de Mohamed, ofrecía las cifras doradas de un Estado social avanzado y de una economía altamente competitiva: 87% de la población alfabetizada, cobertura sanitaria casi total, renta media de 6.000 euros al año, primer puesto entre los países africanos en «desarrollo humano» con una esperanza de vida de 74,6 años.

Sólo que esta clase media desde hace tiempo tiene problemas para llegar a fin de mes. Y se busca un segundo trabajo para hacer frente al aumento del precio de las materias primas y pagar el «lujo» del pan, de la sémola, de la leche. Comerciantes que, cerrada la tienda, se trasforman en taxistas. Profesores que después del horario escolar se trasforman en agentes de comercio<sup>33</sup>.

5.3. Las primaveras árabes tienen asimismo raíces sociales precisas y una pluralidad de actores que han sido sus portavoces.

Después de una primera fase de titubeos y divergencias, hasta las fuerzas de oposición más tradicionales y la sociedad civil han participado en las protestas. En el caso de Túnez, por ejemplo, el sindicato de los trabajadores (UGTT) ha desempeñado un papel determinante en las regiones interiores. En Egipto, el movimiento de los trabajadores se ha activado sobre todo en las fases finales de la revolución, dando —como ya se ha dicho— una contribución muy relevante<sup>34</sup>.

Tras la fuga de Ben Ali y el alejamiento de Mubarak, actores viejos y nuevos de la sociedad civil —partidos políticos, asociaciones de jóve-

<sup>32</sup> S. Aita, «Les travailleurs arabes hors-la-loi. Emploi et droit du travail dans les Pays arabes de la Méditerranée», L'Harmattan, París, 2011, pp. 169-177; I. Saif, J. Abdul Khalek, «Youth in the Middle East and the Job Market», International Economic Bulletin, Carnegie Endowment, 27 de octubre de 2011; M. Trentin, S. Visentin, La misura della democrazia, cit.

<sup>33</sup> D. QUIRICO, *Primavera araba*, cit., p. 31.

<sup>34</sup> M. CRISTINA PACIELLO, «La primavera araba: sfide e opportunità economiche e sociali», *Istituto Affari Internazionali, Documentos IAI 1115*, diciembre de 2011.

nes, sindicatos— han intensificado su acción y han empezado a presionar los gobiernos de transición para que secundaran las expectativas de la revolución.

El éxito de estas movilizaciones ha sido diferente según el país.

En Túnez, por ejemplo, los actores de la sociedad civil han conseguido, con la creación de la Instancia Superior para la Realización de los Objetivos Revolucionarios (ISROR), influir significativamente en la vida político-constitucional, mientras que en Egipto la transición se ha desarrollado en un marco de divisiones marcadas entre las fuerzas sociales y políticas y bajo la «tutela» del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas (CSFA)<sup>35</sup>.

Totalmente específica y peculiar ha sido a su vez la transición marroquí. Una transición prontamente controlada y guiada desde arriba (con una Monarquía estable en la dirección del país), donde han sido prácticamente marginalizadas las fuerzas que habían dado vida a la primavera. Pero aquí también el conflicto social parece destinado a tener en el futuro próximo un peso significativo. Al final de mayo de 2012, como respuesta a la llamada de algunas fuerzas históricas del sindicalismo marroquí, se hizo por las calles de Casablanca una multitudinaria marcha por la dignidad (de denuncia de las crecientes desigualdades socio-económicas) a las que adhirieron muchos movimientos políticos y de la sociedad civil, entre ellas los jóvenes del «movimiento 20 de febrero» que inicialmente habían sido el motor de la primavera marroquí<sup>36</sup>.

## 6. LA IDENTIDAD RELIGIOSA

6.1. La presencia en el desarrollo más reciente de las transiciones de un dato político y cultural común ha llevado a algunos estudiosos y a algunas fuerzas protagonistas de las primaveras a denunciar el peligro de una

<sup>35</sup> Véase más analíticamente A. CANTARO, «Poteri costituenti e poteri costituiti nelle rivoluzioni arabe», en E. GUASCONI (ed.), *Declino europeo*, cit.

<sup>36</sup> J. GRANCI, Marocco. «Sindacati, disoccupati e 20 febbraio in marcia per la dignità», [www.osservatorioiraq.it/marocco-sindacati-disoccupati-e-20-febbraio](http://www.osservatorioiraq.it/marocco-sindacati-disoccupati-e-20-febbraio).

generalizada «traición de las revoluciones», sino una «contra-revolución» ya en proceso.

Este dato común es la amplia afirmación de los partidos islamistas en las elecciones del último año. Y en consecuencia el papel creciente de estas fuerzas en la transición constitucional.

Dicho «retorno» islámico ha suscitado sorpresa y preocupación en los que esperaban que la naturaleza «no ideológica» de las reivindicaciones de las primaveras árabes se trasformaría, en la «fase post-revolucionaria», en una marginalización de los movimientos políticos islamista.

La capitalización de los frutos de las movilizaciones por parte de grupos bien organizados como, por ejemplo, los Hermanos Musulmanes en Egipto, no ha sorprendido a los que eran conscientes del arraigo de la identidad islámica en las sociedades y en las culturas de los países protagonistas de la primavera árabe.

Las corrientes de inspiración islámica no han tenido un papel propulsivo en el estallar de las revueltas porque éstas, como otras fuerzas de oposición, habían sido siempre reprimidas y perseguidas con campañas de encarcelamiento e intimidaciones. Sin embargo, han sido importantes a nivel organizativo y logístico, especialmente en las fases más duras del conflicto con los aparatos estatales de seguridad<sup>37</sup>.

En todo caso, aquellos que participaron en las revueltas eran prevalentemente ciudadanos que se reconocen en la religión musulmana, y es comprensible que en la fase post-revolucionaria estos ciudadanos, llamados a votar, hayan considerado más representativas y cercanas a su cultura a las fuerzas políticas islamistas.

6.2. ¿Esto significa que un «invierno islámico» está sustituyendo la «primavera árabe»? ¿Qué se está dando un «secuestro de la revolución» con el objetivo de islamizar radicalmente las sociedades árabes?

Un observador atento de las revueltas advierte los peligros de emplear «juicios demasiado tajantes» para entender el presente y el futuro de este mundo. En los países árabes —lo ha dicho Domenico Quirico, correspon-

<sup>37</sup> «Il ruolo dell'Islam politico nella Primavera araba», Medarabnews, <http://www.medarabnews.com>.

sal de «La Stampa» en el Norte de África— hacen falta años para aprender a «no» entender<sup>38</sup>.

Las frases de efecto, en fin, ayudan muy poco. La identidad islámica está profundamente arraigada en estos países y es razonable y legitimo que las fuerzas relacionadas con ella quieran llevar al espacio público los valores religiosos y culturales que, según ellas, pueden garantizar mejor una evolución de la sociedad hacia una mayor justicia e igualdad. Para estas fuerzas, dignidad es también reconocimiento del papel y del valor de la narración islámica del mundo.

Un ejemplo excelente de ello es que hasta los documentos de las revueltas más alejadas, por la naturaleza y la calidad de sus reivindicaciones, de la matriz islámica, empiezan y terminan con «invocaciones rituales de tipo religioso». Es una inequívoca prueba de «un carácter específico de las sociedades árabes»: la fuerte presencia de la religión islámica, de su sentimiento, de su lenguaje, de sus puntos de referencia<sup>39</sup> incluso en las franjas de población más abiertas al encanto de las narraciones «laicas» del mundo.

Se trata de sociedades bastante más «complejas» que nuestras sociedades «post-secularizadas». Las sociedades tunecina, marroquí y egipcia son al mismo tiempo secularizadas/modernizadas e islamizadas<sup>40</sup>, como significativamente emerge en el complejo éxito de las recientes elecciones del Presidente de la República en Egipto.

6.3. La idea de medir modernidad y democracia de las revoluciones árabes asumiendo como parámetro su nivel de islamización es justamente criticada cada vez más. Se recuerdan como ejemplo las críticas avanzadas hasta hace poco por un curioso y atento estudiioso del mundo islámico, por su profundidad.

«Las revoluciones árabes —ha observado Luigi Alfieri— nos obligan a abandonar las cómodas simplificaciones que han condicionado nuestra visión de este universo cultural y religioso durante décadas [...]. Ha sido

<sup>38</sup> D. QUIRICO, *Primavera araba*, cit., p. 29.

<sup>39</sup> S. VACCARO, *Biopolitica della rivolta*, cit.

<sup>40</sup> P. GANDOLFI, *Quali diritti?*, cit.

muy gratificante y tranquilizador poder representar al mundo árabe como algo completamente diferente, como sede de atraso, fanatismo, insuperable anti-modernismo. Ha sido muy cómodo para nosotros considerar a las dictaduras árabes como la única forma posible de modernización [...].».

«En continuidad perfecta con este imaginario parece ser nuestra necesidad de considerar las revoluciones árabes como próximas a fracasar [...]. ¿Y en qué nos parece que fracasan? En el hecho de que en el mundo islámico electores islámicos voten a partidos islámicos. Como si la única cosa que puede hacer un musulmán para gustarnos fuese dejar de serlo. Deberían haber ganado partidos «laicos». Como si hubiese «clericales» en el Islam. Como si plantear el problema de la democracia en el mundo islámico bajo ningún concepto pudiese llevar a la creación de una democracia islámica».

«El prejuicio por otro lado es totalmente coherente: Islam y democracia no son, no deben ser compatibles. Entonces, si antes estaba el Islam sin democracia, ahora debería existir la democracia sin el Islam. ¿Pero qué pensamos que tiene que ser la democracia en el Islam, si no es una democracia islámica? ¿Qué pensábamos que podíamos esperar, una nueva edición de la democracia de tradición anglosajona, inspirada en las obras de John Locke o de Thomas Jefferson? Y no hay por qué ver a una democracia islámica, una democracia donde tengan la mayoría unos partidos de inspiración religiosa, como una no-democracia. ¿El principio «un hombre un voto» en este caso no vale? ¿Un cristiano puede votar como cristiano, mientras que un musulmán debería abjurar antes de insertar su papeleta en la urna?»<sup>41</sup>.

6.4. Esta es la clamorosa paradoja —y Alfieri justamente lo pone de manifiesto— en la que caen los autores occidentales de la sacralización de la laicidad. Desconocer al Islam la dignidad política, social y cultural que desde hace siglos el occidente le reconoce a la dimensión religiosa.

En realidad no hay ninguna razón para considerar la revalorización de la identidad religiosa en el discurso público como una «deminutio» de las revoluciones árabes. O, peor, una prueba de su fracaso.

<sup>41</sup> L. ALFIERI, «Pluriverso mediterraneo e rivoluzioni arabe», cit.

Al contrario, trazar una vía islámica hacia la democracia es todo menos un fracaso y una vía democrática al Islam parece una de las tareas históricas más importantes de estas revoluciones.

La dimensión religiosa, junto a otros factores, a menudo ha sido una condición con la que amplias franjas de las poblaciones árabes-musulmanas se han «opuesto» en estas décadas a regímenes que siendo formalmente portavoces, incluso en sus Constituciones, de los «valores» de la «laicidad» y de la libertad individual, de hecho cometían violaciones evidentes de derechos individuales y colectivos, de la dignidad y cultura de poblaciones enteras, con la complicidad de los gobiernos occidentales.

El final de esta época obliga al Islam «político» a salir de la contestación genérica y cómoda de los regímenes post-coloniales. Tiene que medir el consenso de su narración del mundo y su proyecto de sociedad incluido en la dimensión, más compleja, de los procesos electorales e institucionales<sup>42</sup>.

## 7. NEO-CONSTITUCIONALISMO ISLÁMICO

7.1. La gran novedad, omitida por los que tienden a insertar los procesos en fórmulas prefabricadas, es «el surgimiento del Islam como fuerza política legítimamente elegida en el gobierno»<sup>43</sup>. Se trata de un desafío extraordinario para la identidad de grupos de matriz islámica llamados, hoy y cada vez más en el futuro, a confrontarse con cuestiones como la forma de Estado y de gobierno, la naturaleza de los derechos, la relación entre fuentes religiosas y laicas en el ordenamiento jurídico, las garantías para las minorías étnicas y religiosas.

No es una casualidad que en todos los países partícipes de la «primavera» se esté desarrollando una verdadera batalla política y constitucional sobre la naturaleza del Estado. Un enfrentamiento, áspero inclu-

<sup>42</sup> KALHED FOUAD ALLAM, «Islam politico e primavera araba: alcune griglie di lettura», *italianeuropeonline*, 5 de mayo de 2012.

<sup>43</sup> C. ZAPPA, «Intervista a E. Rogan: Arabi, vera Primavera?», *Avvenire*, 16 de marzo de 2012.

so, entre concepciones diferentes del fundamento del poder, del derecho y de los derechos.

Una primera concepción, largamente minoritaria, es la de los partidarios del Estado laico. Una segunda, que obtiene mayor consenso, es la de los partidarios del Estado secular. Finalmente una tercera, la mayoritaria, es la de los partidarios del Estado islámico<sup>44</sup>.

Para los primeros el Estado debería fundarse abiertamente en el principio de laicidad, pues la naturaleza multi-confesional y extremadamente diferenciada de algunas sociedades árabes —como la egipcia— se puede proteger sólo separando netamente la religión de la política y anteponiendo el principio de ciudadanía y la protección de los derechos al elemento religioso<sup>45</sup>.

Para los defensores del Estado secular<sup>46</sup> esta concepción tiene el defecto de parecer demasiado radical para sociedades en las cuales todavía la mayoría considera la laicidad sinónimo de impiedad y ateísmo. Éstos estiman más equilibrado y realista un sistema en el que la religión islámica, aunque ya no sea una fuente primaria del derecho, sea reconocida, tutelada y sostenida con normas constitucionales<sup>47</sup>.

Los que apoyan el Estado islámico propugnan un reconocimiento explícito de los principios del Islam en la Constitución. Una parte minoritaria de ellos augura un sistema teocrático puro basado en la Sharia, mientras que la mayoría prefigura una especie de Estado civil basado en el Islam<sup>48</sup>: un Estado que garantice los derechos civiles de las minorías y de

<sup>44</sup> A. NICOSIA, *Tunisia dalla rivoluzione alla nuova costituzione*, cit., p. 132.

<sup>45</sup> Véase Il ruolo dell'Islam politico nella Primavera araba, cit. La expresión «Estado laico» claramente es un poco forzada con referencia al léxico y a la sensibilidad prevalentes en los países de mayoría musulmana: se trata de posiciones minoritarias en las cuales incluso expresiones como Estado secular y civil a menudo se perciben «como algo contrario a la religión».

<sup>46</sup> El modelo es Turquía, país musulmán en su mayoría que en la Constitución se define como un Estado secular (L. MEZZETTI, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Padua, Cedam, 2003, p. 435).

<sup>47</sup> A. NICOSIA, *Tunisia dalla rivoluzione alla nuova costituzione*, cit., p. 132.

<sup>48</sup> Véanse las precisiones indicadas en las notas anteriores.

los grupos desaventajados, y no por el principio de laicidad, sino por el carácter universalista originario del Islam, una religión que tolera minorías y diversidades<sup>49</sup>.

El reflejo simbólico de esta lucha ha sido el reconocimiento, en la Constitución tunecina y en la egipcia, del papel y del valor de la religión islámica en la esfera pública. Y aún más su auténtico significado, visto que de momento las formulaciones anteriores, elípticas y genéricas, no han sido modificadas y no se puede excluir que se quedarán iguales en un futuro. La formulación que quiso Bourguiba en 1959, según la cual Túnez es una república libre, soberana e independiente, de religión islámica y lengua árabe (art. 1)<sup>50</sup> y el art. 2 de la Constitución egipcia (como enmendada en 1980), conforme al cual el Islam es la religión del Estado, el árabe es su idioma oficial y los principios del derecho musulmán la fuente principal de la legislación<sup>51</sup>.

7.2. En fin, el contexto es muy complejo. Y no es nada obvio que el resultado final de las primaveras árabes vayan a ser necesariamente sistemas islamistas fundamentalistas.

En el núcleo de las revoluciones y de las transiciones se está abriendo paso un nuevo lenguaje político y constitucional. Lo demuestra, en primer lugar, la referencia cada vez más frecuente al modelo turco, a un sistema donde los partidos islámicos hasta ahora han preferido un enfoque pragmático: han llegado al poder mediante elecciones libres, no abogan por una transición hacia un Estado islámico, no contrastan la matriz nacionalista del régimen, a pesar de que esté lejos del alma universalista y trasnacional del Islam, desde el punto de vista ideológico<sup>52</sup>.

En cada transición el pragmatismo se manifiesta, por otra parte, en la búsqueda de un equilibrio específico y original entre legitimación a través

<sup>49</sup> Véase Il ruolo dell'Islam politico nella Primavera araba, cit.

<sup>50</sup> Véase el reciente SOUMAYA MESTIRI, «Laicità e Islam oggi: il caso tunisino», *Lessico di Etica pubblica*, n. 2, 2011, p. 5 y ss.

<sup>51</sup> Véase el reciente G.P. PAROLIN, «La libertà religiosa nell'Egitto post-coloniale. Alcune considerazioni preliminari», *Lessico di Etica pubblica*, n. 2, 2011, en particular p. 93 y ss.

<sup>52</sup> M. CAMPANINI, *Un modello turco per l'Egitto*, cit.

de la identidad y legitimación democrática. Una suma, a menudo, de «post-islamismo»<sup>53</sup> e «islam-nacionalismo»<sup>54</sup>.

Al respecto es ejemplar la nueva Constitución marroquí, por lo menos por su léxico. Se puede leer en su preámbulo: «Fiel a su irreversible decisión de construir un Estado democrático, el Reino de Marruecos persigue con determinación el proceso de consolidación y refuerzo de las instituciones de un Estado moderno, basado en los principios de participación, pluralismo y buen gobierno. Propicia una sociedad solidaria donde todos gozan de seguridad, libertad, igualdad de oportunidades, respeto de su dignidad y justicia social, en el marco de la relación entre los derechos y los deberes de la ciudadanía [...]. Su unidad es forjada a través de la convergencia entre sus componentes árabe islámista, bereber y sahariano, y enriquecida por las influencias africanas, andalusíes hebraicas y mediterráneas. La preeminencia dada a la religión musulmana es coherente con el apego del pueblo marroquí a los valores de apertura, moderación, tolerancia y diálogo para la comprensión recíproca entre las culturas y las civilizaciones del mundo».

El énfasis en la dimensión de la identidad y la filosofía al mismo tiempo muy inclusiva del preámbulo se refleja en el art. 3 de la Constitución, donde el Islam es calificado como «religión de Estado», pero el Estado «asegura la libertad de culto para todos». No hay ninguna referencia a la jurisprudencia islámica, a la Sharia: «la ley es la expresión suprema de la voluntad de la Nación» (art. 6).

7.3. Las disposiciones constitucionales no dicen todo. Aún más significativo es el hecho de que empiezan a difundirse entre las máximas autoridades religiosas posiciones radicalmente innovadoras, posiciones que podrían llevar potencialmente a una profunda revisión teórica de las relaciones entre el Estado y la religión, del sistema de derechos fundamentales, del valor atribuido al individuo y a los derechos de «libertad, dignidad, hermandad».

Al-Azhar, la máxima autoridad del Islam suní en Egipto, por ejemplo, ha reunido en los últimos meses a un grupo de intelectuales de diferentes

<sup>53</sup> O. ROY, «Révolutions post-islamistes», *Le Monde*, 13 de febrero de 2011.

<sup>54</sup> KALHED FOUAD ALLAM, *Islam político e primavera árabe*, cit.

orígenes y ha elaborado con algunos doctos de reconocido prestigio («ulema»), una serie de documentos que atribuyen significativamente a las revoluciones el mérito de haber contribuido a afirmar las libertades dando un nuevo impulso al espíritu del renacimiento («nahda») en todos los ámbitos. Y que expresamente se basan en las «tradiciones culturales del pensamiento islámico tolerante».

Este distanciamiento neto de las escuelas islámicas más conservadoras<sup>55</sup> se manifiesta claramente en la Declaración sobre el ordenamiento de las libertades fundamentales de febrero de 2012, que en su primer punto reconoce que es lícito el pluralismo interno al Islam y la santidad («quadasa») de las otras dos religiones monoteístas. La libertad de culto es definida como «una piedra angular del edificio social moderno, garantizada por textos religiosos dirimentes y principios constitucionales y jurídicos explícitos» y reconducida a un derecho de ciudadanía («muswatana») fundado en la igualdad absoluta de derechos y deberes.

7.4. Entonces no es una casualidad que en dicha Declaración se encuentre un reconocimiento significativo de la libertad de opinión y de la libertad artística y científica. La primera tiene como objetivo garantizar tanto la manifestación de las «opiniones con todos los medios de expresión» como el respeto a las diferentes confesiones («nadie tiene derecho a fomentar tensiones confesionales o fanatismos en nombre de la libertad de expresión»). La segunda es reconocida como fuente de progreso, crecimiento y prosperidad porque las artes «miran a hacer crecer la conciencia de la realidad [...] educar los sentidos humanos, ampliar las capacidades intelectuales y profundizar en la experiencia de vida y sociedad propia del hombre».

Es impactante el énfasis en la inevitable necesidad de incentivar la investigación científica, asegurar a los estudiosos y a los especialistas una libertad académica total en las experimentaciones, garantizar que su única guía sea la ética de la ciencia, sus métodos y sus principios. En particular, es impactante la alta conciencia histórica y política que fundamenta estas

<sup>55</sup> Un síntesis muy eficaz se encuentra en A. MERINGOLO, «Il ruolo di al-Ahzar: la massima autorità sunnita e il futuro dello stato egiziano», *Aspenia online* del 28 de marzo de 2012, <http://www.aspeninstitute.it/aspenia-online/>.

decisiones «progresivas»: «Occidente —se lee en un punto fundamental de la Declaración— estuvo a punto de adquirir el control de todo el progreso científico y de monopolizar el camino de la ciencia, si no hubiera intervenido el renacimiento de Japón, China, India y el Sureste asiático. Estos países han ofrecido modelos luminosos de la capacidad de Oriente de romper dicho monopolio y entrar a lo grande en la era de la ciencia y del saber. Ha llegado el tiempo en el que los egipcios, los árabes y los musulmanes entren también en la competición científica y cultural. Poseen, en efecto, las fuerzas espirituales, físicas, humanas y las demás condiciones necesarias para el progreso, en un mundo que no respeta a los débiles y los que se quedan atrás».

7.5. Los valores islámicos son tratados e interpretados no como modelos rígidos y agobiantes, sino como principios que abren e invitan a la libertad y la prosperidad. Tal y como se afirma en otro punto crucial de la Declaración, su hay conflicto entre razón y tradición, se tiene que preferir la primera e interpretar la tradición según la razón.

Un reflejo de esta regla —conocida también como «la regla de oro de la exegesis islámica»— se ha oído incluso en el discurso de toma de posesión del Presidente islamista del Parlamento.

En una Asamblea, para el partido de los Hermanos musulmanes «Justicia y libertad», alegre y comprometida, Katatni ha matizado las emociones afirmando que «construiremos Egipto como un Estado nacional, democrático, constitucional, moderno», mientras un gran número de parlamentarios hacían callar a los diputados del «Nour», el partido de los Salafitas ultraortodoxos, que querían añadir a la promesa de acatamiento de la Constitución la frase «hasta cuando no vulnere la ley de Dios»<sup>56</sup>.

7.6. En el horizonte aparece entonces un «neo-constitucionalismo islámico» que concretamente está dando los primeros pasos en las instituciones —parlamentos, comisiones constitucionales, asambleas constituyentes— encargadas de enmendar y (re)escribir las Constituciones de la época post-colonial.

<sup>56</sup> A. BADINI, «Islam e Costituzione: sotto il segno della moderazione», *ISPI Commentary*, 24 de enero de 2012.

La expresión «constitucionalismo islámico» podrá parecer temeraria, considerada la dificultad de identificar un equivalente árabe del término «constitucionalismo»<sup>57</sup> y el prejuicio muy difuso que el «derecho islámico» se compara mejor con la teología que con las ciencias jurídicas.

Los estudios más prestigiosos y atentos, sin embargo, han aclarado desde hace tiempo que los temas y los desafíos a los que se ha enfrentado y tiene que enfrentarse el constitucionalismo occidental —el gobierno de la ley, el derecho de los pueblos a oponerse a gobiernos injustos, las libertades que los gobernados no pueden violar— son conocidos en el pensamiento político árabe-islámico.

Ciertamente en el originario<sup>58</sup>, pero también en el pensamiento que está surgiendo de las elaboraciones de una parte importante del islamismo político y cuya influencia en los procesos constitucionales está siendo todo menos marginal.

Está claro que allí donde en su momento era predominante el enfoque fundamentalista ahora prevalece, por lo menos en las corrientes mayoritarias, la disposición al compromiso y a la conciliación con las demás fuerzas. En un universo cultural en el que se vuelven esenciales, especialmente entre los jóvenes, palabras claves políticas como respeto y dignidad y una práctica religiosa individualizada, más tolerante y abierta por lo menos a un alejamiento entre religión y política, cuando no a su separación<sup>59</sup>.

## 8. EL DECLIVE DEL «DISCURSO» NORMATIVO OCCIDENTAL.

8.1. Ha llegado el momento de proponer un balance global y más amplio, aunque seguramente no pueda ser definitivo.

<sup>57</sup> RAJA BAHLUL, «Prospettive islamiche del costituzionalismo», en P. COSTA, D. ZOLO (eds.), *Lo Stato di diritto*, Milán, Feltrinelli, 2002.

<sup>58</sup> Véase el reciente y documentado estudio de M. CAMPANINI, *L'alternativa islamica*, Milán, Bruno Mondadori, 2012.

<sup>59</sup> I. MORTELLARO, «Sulle rivotate arabe. Ripensando il 900», en E. GUASCONI (ed.), *Declino europeo*, cit.

Las revoluciones árabes están eliminando no solamente regímenes autocráticos decenales, sino también unos estereotipos —de derecha e izquierda, políticamente incorrectos o correctos— con los que la opinión pública occidental durante mucho tiempo ha interpretado esta parte del mundo.

Ello contribuye a explicar la embarazosa oscilación de las evaluaciones de las clases dirigentes europeas sobre el significado real de las revueltas estalladas en 2011 en la orilla meridional del Mediterráneo.

A veces han sido presentadas como «un nuevo 1989», como la caída del último muro a punto de ser derribado por la ola de modernización y democratización según los cánones occidentales. Otras veces, al contrario, como «un nuevo 1979», como el comienzo de otra revolución islámica<sup>60</sup>.

8.2. Justamente cuando las primaveras árabes parecen invocar lo que Europa y Estados Unidos van predicando retóricamente desde hace tiempo —promoción de la democracia y derechos humanos— el discurso normativo occidental en su conjunto empieza a resquebrajarse, a mostrar sus debilidades a la hora de dar una narración creíble de la historia y de la evolución política, geopolítica y constitucional de la región.

En primer lugar el «pluriverso mediterráneo» no se deja encerrar en el universo de los valores del globalismo jurídico; en la abstracta unión de derechos humanos y mercado.

Pero tampoco —y esta novedad es igual de relevante— en el más «buenista» del multiculturalismo, del diálogo llamado a diluir las identidades de los distintos universos simbólicos<sup>61</sup>.

Entre las convicciones occidentales que estas revueltas y rebeliones están desmintiendo se encuentra la de una diferencia antropológica del Mediterráneo y del mundo árabe-musulmán que el paradigma multicultural a veces tiende a «eternizar», aunque sea por el noble fin de preservar su autonomía y complejidad.

<sup>60</sup> S. van GENUGTEN, «L'occidente di fronte all'Africa mediterranea», en K. MEZRAN, S. COLOMBO, ID. (eds.), *L'Africa mediterranea. Storia e futuro*, Roma, Donzelli, 2011.

<sup>61</sup> I. GJERGJI, «Il Mediterraneo, luogo di incontro delle differenze?», en F. BILANCIA, F.M. DI SCIULLO (eds.), *Paura dell'altro. Identità occidentale e cittadinanza*, Roma, Carocci, 2008, p. 165 y ss.

La morfología, los símbolos, los contenidos de las primaveras árabes nos cuentan una demanda de dignidad «inédita», una revuelta que reclama una transformación profunda del sistema político, económico y social.

Estamos delante de movimientos que están intentando primero experimentar y poner en práctica concretamente una reforma radical de su mundo. Movimientos, por lo tanto, en su mayoría, radicales y reformistas a la vez, lejos de la tentación de sublimar la cultura a la que pertenecen y representarla como ontológicamente impermeable.

8.3. Ello no significa, como algunos lo han dicho, que en las revueltas árabes se está manifestando el lado «familiar» de un «poder constituyente al estilo francés»; de un pueblo que elimina de una vez el «ancien régime» e instaura un orden completamente nuevo.

Se trata de representaciones ideológicas, incluso en sus versiones «postmodernas», como las que consideran las insurrecciones como la materialización de una muchedumbre revolucionaria «capaz de organizarse sin un centro», de crear un proceso autónomo de «reconocimiento constitucional de la libertad de expresión», de revalorización «de las experiencias comunes de redes relationales»<sup>62</sup>.

No son menos ideológicas que las representaciones del «constitucionalismo de la muchedumbre», nos parecen las representaciones, más moderadas, del «constitucionalismo liberal-demócrata». En particular, resulta completamente abstracta la idea de que la salida de las transiciones sólo pueda ser un ordenamiento político-jurídico que contenga principios y formas institucionales de tipo europeo: laicidad, universalismo en la ciudadanía y en los derechos, Estado de derecho y separación de poderes.

La época de la importación de los valores occidentales «universales» es justamente lo que el Norte de África está intentando superar<sup>63</sup>, rechazando aquella mezcla de libertades occidentales y formas de gobierno personalistas y autocráticas típica del periodo post-colonial.

<sup>62</sup> M. HARDT, A. NEGRI, «Il mondo arabo come laboratorio di sperimentazione politica», *The Guardian*, 24 de febrero de 2011.

<sup>63</sup> A. PIN, «L'evoluzione del costituzionalismo nei paesi musulmani», *dedalo.azionecattolica.it/documents/*.

Hoy la importación de cualquier modelo europeo o norteamericano, por mucho que esté «pintado» y modernizado, a estos pueblos les parece como la reintroducción de una moneda fuera de curso. Sería difícil —como se ha dicho— «darle crédito»<sup>64</sup>.

**Resumen:**

*Este trabajo destaca el carácter popular —en la calle— de las revoluciones árabes, cuyo patrón común ha sido la lucha por la dignidad política y social. A partir de esta constatación reflexiona sobre el lugar que ha de ocupar la identidad religiosa y su influencia sobre las formas de neoconstitucionalismo que pueden generar.*

**Palabras Clave:** Primavera árabe, dignidad, revolución, identidad religiosa, islamismo, neoconstitucionalismo.

**Abstract:**

*This paper underlines the popular character —on the street— of the Arab revolutions, whose common goal has been the fight for political and social dignity. After this description, the paper discusses the place of religious identity and its influence on the new constitutionalism forms that it can generate.*

**Keywords:** Arab spring, dignity, revolution, religious identity, Islamism, new constitutionalism.

<sup>64</sup> A. PIN, «Un nuovo panorama giuridico e politico per il mondo arabo», [www.oasiscenter.eu/ar/taxonomy/term/19/rivista?page=25](http://www.oasiscenter.eu/ar/taxonomy/term/19/rivista?page=25).



# **EUROPA Y LA PRIMAVERA ÁRABE: AMBICIONES Y LÍMITES DE LA POLÍTICA MEDITERRÁNEA DE LA UNIÓN EUROPEA \***

**MARIA ELEONORA GUASCONI \*\***

## **SUMARIO:**

1. INTRODUCCIÓN
2. LA UNIÓN EUROPEA FRENTA A LA PRIMAVERA ÁRABE
3. LA POLÍTICA MEDITERRÁNEA DE LA UE: EL PROCESO DE BARCELONA
4. LOS NUDOS DE LA POLÍTICA MEDITERRÁNEA DE LA UE
5. DE LA POLÍTICA EUROPEA DE VECINDAD A LA UNIÓN POR EL MEDITERRÁNEO
6. CONCLUSIONES

## **1. INTRODUCCIÓN**

Ha pasado más de un año desde el estallido de las revoluciones en el mundo árabe, provocando un terremoto político que, según el esquema inesperado y el «esquizofrénico» efecto dominó, ha afectado al Norte de África y al Oriente Medio, movilizando a millones de personas, sobre todo jóvenes, unidos para pedir más democracia, respeto a los derechos fundamentales y luchar en contra del desempleo, la pobreza, el estancamiento económico y la corrupción de los regímenes en el poder.

Aunque en la mayoría de los países de la primavera árabe se esté todavía realizando un delicado proceso de transición política, institucional y

\* Traducción del italiano por Sabrina Ragone.

\*\* Investigadora de Historia de las relaciones internacionales - Universidad de Urbino «Carlo Bo».

constitucional sobre cuyo éxito sería prematuro hacer predicciones, nos encontramos seguramente frente a acontecimientos extraordinarios, que modificarán de forma significativa los equilibrios de la región en su totalidad.

Mientras que los gobiernos y la opinión pública europea, tras la sorpresa inicial, se preguntaban por el significado de las revueltas de 2011, comparándolas con el año 1979 en Irán, al año 1989 en Europa oriental, los jóvenes que protestaban en las plazas árabes no solamente han acabado con regímenes autocráticos decenales, sino también han eliminado algunos de los estereotipos e ideas sobre los que se basan las relaciones europeas con el mundo árabe.

El cortocircuito en las relaciones euro-mediterráneas debido a la primavera árabe representa un importante test sobre la capacidad de la UE para actuar con un proyecto estratégico compartido en un área considerada estratégicamente importante para la estabilidad y seguridad y una esfera de influencia tradicional, como el Mediterráneo.

Este estudio profundiza en las implicaciones de la primavera árabe para el futuro de las relaciones euro-mediterráneas, haciendo hincapié en el papel que la UE ha desempeñado en el pasado y en su capacidad de representar todavía una posible referencia para los países del Sur del Mediterráneo.

## 2. LA UNIÓN EUROPEA FRENTE A LA PRIMAVERA ÁRABE

Las primeras reacciones europeas frente a las protestas de los jóvenes en las calles de la primavera árabe se han caracterizado por la sorpresa y la cautela con las cuales los gobiernos y las instituciones de Bruselas han manifestado su apoyo a estos movimientos<sup>1</sup>. La lejanía de las protestas de los tradicionales intereses estratégicos regionales y la falta de reivindicaciones religiosas han puesto en entredicho los paradigmas y las categorías

<sup>1</sup> R. HOLLIS, «No Friend of Democratization: Europe's Role in the Genesis of the Arab Spring», *International Affairs*, vol. 88, n. 1, 2012, pp. 81-94 y A. FOUAD, «The Arab Spring at One», *Foreign Affairs*, vol. 91, March/April, 2012.

con los cuales los gobiernos europeos estaban acostumbrados a afrontar los pueblos del Sur del Mediterráneo, mientras que la creciente impopularidad de los régimenes con los que habían colaborado durante mucho tiempo ha puesto de manifiesto los límites y las contradicciones del enfoque europeo, anclado en el mantenimiento de la estabilidad aparente ofrecida por líderes políticos corruptos y autocráticos, en nombre de la lucha en contra del islamismo radical y de la inmigración masiva.

Mientras en el mundo árabe los jóvenes luchaban por su libertad y la sociedad pedía democracia y respeto a los derechos, Europa parecía incapaz de tomar la iniciativa y asumir el papel que la historia y su posición le solicitarían; mejor dicho, su respuesta ha sido «lenta, débil, dividida e incoherente», como lo ha demostrado el hecho de que la primera reacción concreta de la Unión se dio el 21 de marzo de 2011, cuando el Consejo congeló los bienes del dictador egipcio Hosni Mubarak<sup>2</sup>.

Claramente, la capacidad de reacción de la UE ha sido mermada por la dramática crisis financiera que desde 2010 ha afectado a sus miembros y especialmente a los de la periferia meridional, Grecia, España, Italia y Portugal, representando un obstáculo a la revitalización de las relaciones euro-mediterráneas, un obstáculo que ha provocado una profunda fractura entre los países «fuertes» del centro y los de la periferia en graves dificultades financieras, alejando aún más las dos orillas del Mediterráneo del resto del continente.

Veinte años después del giro de la integración europea debido a la firma del Tratado de Maastricht, la UE y sus Estados miembros tienen que enfrentarse a una crisis estructural, política, económica, social y cultural que afecta la solidez del proyecto europeo en sus fundamentos, hasta el punto que se ha llegado a dudar de la supervivencia de la moneda única,

<sup>2</sup> Para una reconstrucción de las «primaveras árabes», véase D. QUIRICO, *Primavera araba. Le rivoluzioni dall'altra parte del mare*, Turín, 2012; N. TOCCI e S. COLOMBO, «The Eu Response to the Arab Uprising: Old Wine in New Bottles?» y A. DRISS, «The EU Response to the Arab Uprising: the Show of Ambivalence», en AA. VV., *Rethinking Western Polices in Light of the Arab Uprising*, IAI research paper n. 5, 2012.

han aumentado muchísimo los euro-escépticos y las corrientes anti-europeístas y se ha dado la imagen de un declive inevitable del continente y de su clase política.

Desde hace años los estudiosos denunciaban el «fin de una visión euro-mediterránea de la UE» y evidenciaban los riesgos de un papel cada vez más apartado de Europa en esta región, percibida como donante generoso, pero actor político débil, subrayando la necesidad de transformar al Mediterráneo en una prioridad de la política exterior europea y definiendo la situación política de muchos países de la cuenca Sur como una «bomba de relojería en el patio de la casa europea», una mezcla explosiva cuyos ingredientes eran el subdesarrollo económico, el crecimiento demográfico y el desempleo elevado sobre todo entre los más jóvenes, que constituyen la mayoría de la población<sup>3</sup>.

El «Arab Human Development Report» de 2009 manifestaba una profunda desconfianza hacia las medidas adoptadas por los gobiernos árabes para combatir la pobreza y el desempleo, en regímenes autocráticos que habían generado redes de corrupción y clientelismo, influyendo negativamente en el éxito de los procesos de liberalización, y apuntaba rotundamente que la sociedad civil del mundo árabe era el actor capaz de un cambio efectivo en sentido democrático<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> F. BICCHI, *European Foreign Policy Making toward the Mediterranean*, Palgrave, 2007; ID., M. MARTIN, «Talking Tough or Talking Together? European Security Discourses towards the Mediterranean», *Mediterranean Politics*, vol. 11, n. 2, 2006; C. HILL, «Il Mediterraneo e il Medio Oriente come priorità per la politica estera europea», en E. BRIGHI, F. PETITTO (eds.), *Il Mediterraneo nelle relazioni internazionali*, Milán, 2009, pp. 165-179; K. KAUSCH, R. YOUNGS, «The End of the «Euro-Mediterranean vision»», *International Affairs*, n. 85, 2009, pp. 963-975; D. SCHMID, «Dal processo di Barcellona all'Unione per il Mediterraneo» y F. NICOLUCCI, «Giochi di potere e nuove alleanze nel Mediterraneo», en R. GUALTIERI, J.L. RHISAUSI (eds.), *Hub globale, trincea o pantano? Il futuro del Mediterraneo e il ruolo dell'Europa*, Bolonia, 2010, pp.82-84.

<sup>4</sup> Arab Human Development Report 2009. Challenges to Human Security in the Arab Countries, United Nations Development Programme, 2009.

Los movimientos revolucionarios de África del Norte y Oriente Medio han confirmado estas evaluaciones, encontrando su inspiración y fuerza justamente en los jóvenes y en la sociedad civil de estos países.

Si las manifestaciones de las primaveras árabes representan seguramente un problema cuyo resultado no se puede dar por descontado, al mismo tiempo constituyen una extraordinaria oportunidad política y un impulso, esta vez desde el Sur, para que Europa renueve sus relaciones con el Mediterráneo y elabore una nueva política de desarrollo para dicha área.

### 3. LA POLÍTICA MEDITERRÁNEA DE LA UE: EL PROCESO DE BARCELONA

La UE tiene una tradición muy larga de relaciones con los países de la cuenca Sur del Mediterráneo, relaciones a menudo dependientes del pasado colonial de sus Estados miembros.

Se puede incluso decir que la importancia estratégica, económica y energética que el Mediterráneo tiene para Europa se fundamenta en la historia y en el ADN de la UE misma. Una tesis bastante frecuente en los manuales de historia de la integración europea es justamente que fue una crisis del Mediterráneo, la del Canal de Suez de 1956, con la derrota francesa e inglesa, el factor que dio un nuevo impulso a las negociaciones para la firma de los Tratados de Roma un año después<sup>5</sup>. Y en la misma firma de los Tratados de Roma, el Ministro de Asuntos Exteriores italiano Gaetano Martino subrayaba acertadamente que Europa tendría que asumir un papel de guía en el proceso de búsqueda de la seguridad en el Mediterráneo<sup>6</sup>.

Ahora que desde estos países, desde sus jóvenes, desde la sociedad civil, llega un fuerte impulso hacia el cambio, la UE debe saber responderle,

<sup>5</sup> Véase M. GILBERT, *Storia politica dell'integrazione europea*, Roma-Bari, 2005, pp. 52-53 y B. OLIVI, *L'Europa difficile*, Bolonia, 1993, p. 48.

<sup>6</sup> C. ROSSI, «L'Unione Europea e la sicurezza nel Mediterraneo dalla Carta per la Pace e la Stabilità alla Primavera Árabe. Genesi storica e prospettive future», en S. LODDA, A. SASSU (eds.), *Tra il nuovo e il vecchio*, Milán, 2012.

debe reconstruir un espacio «euro-mediterráneo» y hacer del «mare nostrum» una prioridad de su política exterior. En suma, debe mirar hacia el Sur, ofreciendo su contribución para estabilizar la región mediterránea.

Sin profundizar ahora en las numerosas iniciativas que la Comunidad promovió para países de la cuenca Sur del Mediterráneo, desde los primeros acuerdos bilaterales firmados en los años 60 hasta la política global mediterránea de los 70 y la política mediterránea renovada de los 80<sup>7</sup>, el partenariado euro-mediterráneo, inaugurado en Barcelona en 1995, ha representado el intento más original y ambicioso de la UE para construir un espacio euro-mediterráneo, por su enfoque multilateral dirigido a abarcar todos los aspectos que caracterizaban las relaciones con otros países del Mediterráneo y su estructura, dividida en tres pilares.

Varios factores habían contribuido a situar de nuevo el Mediterráneo en el centro de la agenda europea al principio de los 90: el final de la guerra fría y la desaparición de la Unión Soviética habían abierto nuevas perspectivas a la acción de la UE, que con el Tratado de Maastricht se había dotado de una política exterior y de seguridad común. A ello se añadía la percepción de una serie de amenazas a la estabilidad y seguridad europea desde el mismo Mediterráneo, como el sub-desarrollo económico, el dinamismo demográfico, el creciente fenómeno de la inmigración, el terrorismo, el fundamentalismo islámico<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Para una reconstrucción de las relaciones euro-mediterráneas permítaseme recordar mi estudio «Ambizioni e limiti della politica mediterranea dell’Ue», en E. DI NOLFO, M. GERLINI (eds.), *Il Mediterraneo tra storia e politica*, Venezia, 2012 y E. CALANDRI, «L’eterna incompiuta: la politica mediterranea tra sviluppo e sicurezza», en E. CALANDRI (ed.), *Il primato sfuggente. L’Europa e l’intervento allo sviluppo*, Milán, 2009, pp. 89-117. Sobre la política global mediterránea, véase G. MIGANI, «La politique globale méditerranéenne de la CEE 1970-1972», en A. VARSORI, G. MIGANI (eds.), *Europe in the International Arena during the 1970s*, Bruselas, 2011, pp. 193-210.

<sup>8</sup> Para un análisis de la política mediterránea de la UE en el marco de la PESC, véase M.A. MEDINA AABELLÁN, «The Mediterranean: the Progressive Construction of a Common Agenda», en D. MAHNCKE, A. AMBOS, C. REYNOLDS (eds.), *European*

Consideraciones de tipo estratégico se sumaban a importantes cambios que habían alterado los equilibrios de la UE. Paralelamente a la ampliación hacia el Norte, con Austria, Finlandia y Suecia, la mayoría de los países de Europa centro-oriental solicitaba la adhesión, creando un complejo proceso de negociaciones que llevaría a la Unión entre 2004 y 2007 a alcanzar los veintisiete miembros, con un notable drenaje de recursos financieros. La ampliación hacia el Este, compensada sólo en parte por el ingreso de Chipre y Malta en el Sur, llevaba a muchos miembros mediterráneos de la UE, en particular a España, a presionar para que se reforzase la dimensión mediterránea de la Unión, a través de políticas dedicadas a esta región.

A ello se añadían evidentes intereses económicos: los países de la cuenca Sur representaban al principio de los 90 un importante mercado para Bruselas, que absorbía el 10% de las exportaciones comunitarias, pero al mismo tiempo dirigía hacia Europa el 40% de sus exportaciones y constituía una fuente de energía fundamental para la supervivencia de algunos países europeos (se puede pensar en Argelia o Libia).

El partenariado involucraba, además de los quince miembros de la Unión, a otros doce países mediterráneos<sup>9</sup>. Son remarcables ciertas exclusiones significativas, que han llevado a algunos autores a definir el espacio mediterráneo creado en Barcelona como algo «inventado»<sup>10</sup>: Libia, que en 1995 estaba aislada a nivel internacional por las sanciones de la ONU posteriores a su participación en atentados terroristas y los Balcanes, escenario en los 90 de los conflictos dramáticos que llevaron a la caída de Yugoslavia<sup>11</sup>.

---

*Foreign Policy From Rethoric to Reality?*, Bruselas, 2004, pp. 277-292; F. BICCHI, *op. cit.*, pp. 164-168; S. BISCOP, *Euro-Mediterranean Security. A Search for Partnership*, Ashgate, 2003, pp. 26-27.

<sup>9</sup> Los otros países mediterráneos firmantes de esta declaración fueron Argelia, Chipre, Egipto, Jordania, Israel, Líbano, Malta, Marruecos, Siria, Túnez, Turquía y la Autoridad palestina.

<sup>10</sup> S. CALLEYA, *Evaluating Euro-Mediterranean Relations*, Londres, 2005.

<sup>11</sup> Hay ya una amplia bibliografía dedicada al partenariado euro-mediterráneo y a la Conferencia de Barcelona de 1995. Aquí parece oportuno recordar: F. ATTINÀ,

La declaración de Barcelona quería hacer del Mediterráneo «una zona de diálogo, intercambio y cooperación que garantice la paz, la libertad y la prosperidad», basada en el respeto a los principios esenciales del Derecho internacional<sup>12</sup>.

En particular, la inclusión en la declaración de Barcelona de un compromiso político claro con la creación de sistemas democráticos que respetasen los derechos humanos y las libertades fundamentales representaba un progreso notable en las relaciones euro-mediterráneas, aunque la declaración de Barcelona era sólo de objetivos políticos sin carácter vinculante.

Ésta determinaba la estructura del partenariado, dividiéndolo en tres pilares, respectivamente sobre un partenariado en los sectores de seguridad y cooperación política, una colaboración en ámbito económico y financiero, y la promoción del diálogo cultural y del intercambio entre las sociedades de las dos orillas del Mediterráneo.

El primer pilar, el de política y seguridad, confirmaba que el objetivo europeo era construir un espacio de paz y estabilidad en el Mediterráneo. Para ello, los participantes se comprometían a propiciar un diálogo político reforzado, basado en el respeto a los principios esenciales del Derecho internacional y en la obligación de actuar conforme a la Carta de Naciones Unidas y a la Declaración Universal de los derechos del hombre, para alcanzar la democracia dentro de los Estados, el respeto a los derechos hu-

---

S. STAVRIDIS, *The Barcelona Process and Euro-Mediterranean Issues from Stuttgart to Marseille*, Milán, 2001; A. BERRAMDANE (ed.), *Le partenariat euro-méditerranéen*, París, 2005; F. BICCHI, *op. cit.*; E. CALANDRI, *L'eterna incompiuta: la politica mediterranea tra sviluppo e sicurezza*, *op. cit.*, pp. 89-117; R. GOMEZ, *Negotiating the Euro-Mediterranean Partnership*, Aldershot, 2003; J. MOISSERON, *Le partenariat euromediterranéen*, Grenoble, 2005; C. NOTARSTEFANO, *Le processus de Barcelone: du partenariat euro-méditerranéen au dialogue interculturel*, Bari, 2009; F. PERROS, J. MEUNIER, S. ABRAMS, *Bridges and Barriers. The European Union's Mediterranean Policy, 1961-1998*, Ashgate, 1999; A. VASCONCELOS, G. JOFFE, *The Barcelona Process: Building a Euro-Mediterranean Regional Community*, Londres, 2000.

<sup>12</sup> Primera conferencia euro-mediterránea de los Ministros de Asuntos Exteriores, Barcelona 27-27 noviembre de 1995 (<http://www.euromedi.org/home/partenariato/conferenze/prima>).

manos y las libertades sin discriminación, la igualdad de los Estados soberanos, la integridad territorial de los otros firmantes, la resolución pacífica de las controversias, la renuncia al uso de las armas prohibidas por convenios internacionales y el régimen de no proliferación de las armas nucleares<sup>13</sup>.

El segundo pilar, el económico, se basaba en el binomio desarrollo económico-progreso político, reflejando la esperanza de la UE de repetir, para los países mediterráneos, el sistema que había tenido éxito en Europa centro-oriental. Los objetivos a largo plazo de este pilar eran: acelerar el ritmo de desarrollo socio-económico del área mediterránea, mejorar las condiciones de vida de la población, aumentar el empleo, reducir los desequilibrios entre la cuenca Norte y la Sur y promover la integración y la cooperación regional entre los países terceros mediterráneos.

Los instrumentos previstos eran la instauración de una zona de libre comercio antes de 2010, a través de una serie de acuerdos de asociación que abolirían progresivamente las barreras tarifarias entre la UE y los socios mediterráneos<sup>14</sup>, la profundización de la cooperación y concertación económica y el aumento sustancial de la asistencia financiera de la UE. Finalmente, el tercer pilar tenía como finalidad propiciar la comprensión entre los pueblos y las culturas del Mediterráneo, promoviendo una mayor colaboración social y cultural entre las dos orillas, mediante el apoyo de la consolidación democrática y el respeto de los derechos humanos por parte de los participantes.

#### 4. LOS NUDOS DE LA POLÍTICA MEDITERRÁNEA DE LA UE

Han pasado ya diecisiete años de su comienzo y hay mucha literatura al respecto; numerosos autores destacados han subrayado que este proyec-

<sup>13</sup> J. MOISSERON, *op. cit.*, pp. 60-61.

<sup>14</sup> Hay que decir que sólo en 2005 la UE aceptó ampliar la zona de libre comercio incluyendo los productos agrícolas. Véase N. TZIFAKIS, «EU's region-building and boundary-drawing policies: the European approach to the Southern Mediterranean and the Western Balkans», *Journal of Southern Europe and the Balkans*, IX, n. 1, 2007.

to es sustancialmente una decepción, sino un fracaso, sobre todo por lo que se refiere a la realización del primer pilar, de política y seguridad.

A las previsibles dificultades iniciales se añadieron obstáculos inherentes a los aspectos estructurales del partenariado mismo y factores externos. Seguramente una de estas causas de bloqueo es el empeoramiento del proceso de paz en Oriente Medio. Si la Conferencia de Barcelona partía de la herencia de los acuerdos de Oslo de 1993, que habían abierto la posibilidad de la paz en el conflicto árabe-israelí, la mayor complejidad de las relaciones entre Israel y Palestina ha sido determinante para los tiempos del diálogo euro-mediterráneo, frustrando los esfuerzos de la UE por mantener el proceso de Barcelona separado de la paz en Oriente Medio, pero también evidenciando el papel limitado de Europa en este difícil escenario del sistema internacional.

El atentado terrorista del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, la guerra de Irak, los atentados de Londres y Madrid, la preocupación por la amenaza del terrorismo global y el surgimiento del peligro del «choque de civilizaciones» han dificultado aún más el diálogo entre los países del Mediterráneo<sup>15</sup>.

El fantasma del fundamentalismo islámico ha reforzado la miope representación europea del Mediterráneo como amenaza a su estabilidad y seguridad, como lugar de frontera destinado al control de los flujos migratorios y al freno del Islam radical, más que como espacio compartido entre los pueblos de las dos orillas.

Aunque la declaración de Barcelona de 1995 previese una relación precisa entre respeto a los derechos humanos y consolidación de la democracia y del desarrollo, los gobiernos europeos privilegiaron la búsqueda de la estabilidad y no el respeto de los derechos, fortaleciendo así las relacio-

<sup>15</sup> Obviamente se hace referencia al conocido ensayo de S. HUNTINGTON, «The Clash of Civilization», *Foreign Affairs*, vol. 72, n. 3, 1993 pp. 22-49; véase también R. GILLESPIE, «Reshaping the Agenda? The Internal Politics of the Barcelona Process in the Aftermath of September 11», *Mediterranean Politics*, vol. 6, 2001 e ID., «The Valencia Conference Reinvigorating the Barcelona Process?», *Mediterranean Politics*, vol. 7, n. 2, 2002.

nes bilaterales con sistemas autocráticos como el de Ben Ali en Túnez o Hosni Mubarak en Egipto, considerándolos baluartes en contra de las amenazas del fundamentalismo islámico y de la inmigración, aunque corruptos y empeñados en la defensa de sus riquezas, que controlaban sin democracia<sup>16</sup>.

Una «realpolitik» basada en el mantenimiento de la estabilidad estratégica, de la seguridad energética, en el control sobre el Islam radical, la colaboración en la lucha en contra del terrorismo internacional y de la inmigración ilegal.

La misma heterogeneidad del mundo árabe, medida en términos de decisiones políticas, económicas y sociales, pero incluso las alianzas estratégicas —por ejemplo con EE.UU. o Arabia Saudí— no ha permitido la elaboración de proyectos de integración regional. El proyecto euro-mediterráneo no ha podido evolucionar en el sentido multilateral que deseaban aquellos que firmaron la declaración de Barcelona terminando el predominio de las relaciones bilaterales. Esto ha sido evidente en los escasos resultados conseguidos en el primer pilar del proceso de Barcelona.

La influencia de actores externos a la región, como los EE.UU., a veces en competición o en contra de los europeos, asimismo ha dificultado el papel de la UE en las relaciones con los países de la cuenca Sur: se puede pensar en las ayuda enviadas por los norteamericanos al régimen egipcio de Mubarak o en la relación con Israel<sup>17</sup>.

Tampoco puede olvidarse que en el Mediterráneo han empezado a aparecer con vehemencia actores viejos y nuevos, competidores peligrosos de la acción europea, como Rusia, con sus inversiones mercantiles, militares y energéticas, o los países del Golfo que ofrecen a los vecinos ingentes recursos derivados de las exportaciones de petróleo, o China, socio comer-

<sup>16</sup> Estos aspectos son evidenciados por F. BURGAT, «Europe and the Arab world: the Dilemma of Recognizing Counterparts», *International Politics*, vol. 46, n. 5, 2009, pp. 616-635.

<sup>17</sup> M. MUGNAINI, «Fasi e percorsi della politica UE verso l'area mediterranea: dalla Conferenza di Barcellona alla Union pour la Méditerranée», en S. BERETTA, M. MUGNAINI (eds.), *Politica estera dell'Italia e dimensione mediterranea: storia, diplomazia, diritti*, Soveria Mannelli, 2009, pp. 183-212.

cial de muchos Estados del Mediterráneo, o Turquía, que muchos expertos consideran un modelo de referencia para los países árabes y que desarrolla desde hace tiempo complejas negociaciones con la UE para su adhesión, sobre la cual no se pueden intentar predicciones<sup>18</sup>.

Al mismo tiempo, el hecho de que la UE haya sido reacia a interferir en los asuntos internos de los otros países y a ejercer formas de presión mediante la condicionalidad política de las ayudas económicas, como defensa del respeto a los derechos humanos y la democracia, ha limitado notablemente la capacidad europea de hacerse oír en las relaciones con la cuenca Sur<sup>19</sup>.

Ha sido imposible adoptar un documento fundamental como la «Carta para la paz y la estabilidad en el Mediterráneo», que habría representado el acuerdo-marco legislativo de referencia para la adopción de los principios del proceso de Barcelona y al contrario ha sido congelada y nunca aplicada.

Si se pasa de la vertiente política del proceso de Barcelona a la económica, las ayudas de los fondos MEDA y del Banco Europeo de inversiones, a través del Fondo europeo de inversiones y partenariado no han reducido las diferencias en el desarrollo humano y en la renta entre las dos orillas. Aunque las sumas usadas por la UE a través del Meda I y II son elevadas (aproximadamente 8.700 millones de euros), se ha tratado de todas formas de recursos inferiores a los destinados a los países de Europa centro-oriental para la ampliación de 2004, teniendo en cuenta que en el Sur se concentra el 40% de la población del Mediterráneo y apenas el 10% del PIB. Y, si bien casi todos los acuerdos de asociación con la UE han entrado en vigor, el objetivo de crear una zona de libre comercio en el Mediterráneo en 2010 no se ha cumplido.

<sup>18</sup> AA.VV., «Turkey and the Arab Spring: implications for Turkish Foreign Policy from a Transatlantic Perspective», Mediterranean Paper series, octubre de 2011.

<sup>19</sup> Este tema se encuentra con frecuencia entre las causas del fracaso del pilar de seguridad: véase D. SCHMID, «Dal processo di Barcellona all'Unione per il Mediterraneo», en R. GUALTIERI, J.L. RHI-SAUSI (eds.), *op. cit.*, pp.78-79.

A pesar de estos datos negativos, algunas iniciativas, como la creación de EuroMeSCo, una red que conecta unos noventa Institutos y Centros de investigación que analizan y comentan las relaciones euro-mediterráneas, de una Asamblea Parlamentaria euro-mediterránea fundada en la cumbre de Nápoles de 2003 y de la Fundación Anna Lindh para la promoción del diálogo entre las culturas mediterráneas en 2005, que ha creado a su vez una red de unas 3.000 organizaciones de la sociedad civil, demuestra que se han alcanzado algunos resultados positivos, sobre todo a nivel de diálogo multicultural.

## **5. DE LA POLÍTICA EUROPEA DE VECINDAD A LA UNIÓN POR EL MEDITERRÁNEO**

Los resultados, limitados, del proceso de Barcelona y la notable ampliación de la Unión en 2004, llevaron la Comisión Prodi a insertar las relaciones UE-países mediterráneos en la política europea de vecindad, que tenía la finalidad de crear «un anillo de países amigos» alrededor de Europa, contrariamente al proyecto multilateral de Barcelona, para volver a la dimensión bilateral de las relaciones euro-mediterráneas, poniendo fin a la idea del Mediterráneo como «espacio común»<sup>20</sup>.

No pudiendo ofrecer a los participantes el incentivo del ingreso, se les daba la posibilidad de disfrutar de formas más avanzadas de integración económica, recurriendo a una más amplia condicionalidad de las ayudas como instrumentos de presión diplomática.

En este contexto se inserta la última iniciativa europea hacia los países de la cuenca Sur: la Unión por el Mediterráneo, promovida por Nicolas Sarkozy entre 2007 y 2008, que, a pesar de los elementos tácticos que la habían caracterizado, criticados por Alemania, ha tenido el mérito de rea-

<sup>20</sup> Sobre la relación entre el proceso de Barcelona y la política de vecindad, véase C. GRANT, «A New Neighbourhood Policy for the EU», en <http://www.cer.org.uk>.

vivar el debate europeo sobre el Mediterráneo e invertir la mirada de la Unión del Este hacia el Sur<sup>21</sup>.

El enfoque propuesto por Sarkozy para la UpM pareció muy diferente respecto del proceso de Barcelona: se abandonaba el diseño global y multilateral del partenariado prefiriendo la selección de algunos proyectos económicos, menos ambiciosos pero más viables en concreto, para promover la cooperación económica y cultural entre los países participantes en algunos sectores, del aprovechamiento de la energía solar a la descontaminación del Mediterráneo, del apoyo a las pequeñas y medianas empresas a la creación de una Universidad euro-mediterránea en Eslovenia<sup>22</sup>. Hay que subrayar la decisión estratégica de eliminar cualquier referencia política, propiciando sólo la colaboración en ámbito económico. Esta decisión ha llevado por ejemplo a nombrar como primer co-presidente de la Upm, al lado de Sarkozy, al presidente egipcio Hosni Mubarak, principal destinatario de las protestas de plaza Tahrir.

Aunque fue lanzada con grandes expectativas, la UpM no ha despegado debido a varios condicionamientos. Desde el punto de vista político, pronto se ha transformado en un rehén del conflicto entre Israel y Palestina, con los gobiernos árabes que tras la operación israelí en Gaza bloquearon los trabajos de la nueva estructura, mientras que la Libia de Gadafi rechazó entrar y la Unión encontró dificultades inmensas a la hora de individualizar a una personalidad que pudiera ser el Secretario general, como lo demuestran los nombramientos sucesivos entre 2010 y 2011.

<sup>21</sup> El proyecto de Sarkozy fue interpretado por muchos estudiosos como una alternativa al ingreso de Turquía en la UE. Véase G. CALCHI NOVATI, «Nord-Sud e prospettive globali», en S. BERETTA, M. MUGNAINI (eds.), *op. cit.*, pp. 89-102.

<sup>22</sup> R. ALIBONI, *The Union for the Mediterranean: an update*, documento IAI0816; ID., *The Union for the Mediterranean initiative a view from Southern Europe*, documento IAI0802; ID., F.M. AMMOR, «Under the Shadow of Barcelona: from the EMP to the Union for the Mediterranean», *Euromesco paper* n. 72, 2009; B. KHADER, «L'Union méditerranéenne: un beau discours ou une bonne idée?», *RSPI*, n. 297, 1/2008, pp. 11; I. KIRILOV, «La Unión por el Mediterraneo: Mediterraneización del Norte o europeización del Sur?», *Cuadernos de pensamiento político*, n. 19, julio/septiembre, 2008, pp. 167-185.

## 6. CONCLUSIONES

Una pregunta continúa siendo extremadamente actual: ¿Europa quiere seguir siendo una referencia económica y cultural para los países de la cuenca Sur del Mediterráneo, o puede conformarse con un papel de «testigo» en el mismo patio de su «casa», incluso en presencia de una penetración económica y mercantil fuerte de otros actores, como EE.UU., China, Arabia Saudí?

Las primaveras árabes exigen que Europa no se encierre en sí misma, elaborando en poco tiempo una nueva estrategia mediterránea más audaz. La credibilidad de esta empresa debería empezar con ordenar primero la casa europea: la solución a la crisis económica y financiera y el nuevo impulso del proceso de integración política representarán una señal fuerte también para los países de la cuenca Sur, contribuyendo a acercar de nuevo la periferia meridional de Europa a su núcleo fuerte.

La UE debe saber diversificar sus políticas con países muy poco homogéneos, privilegiando aquellos que eligen el camino democrático. Si la Unión no puede ofrecer a estos países la oportunidad de la adhesión, como lo hizo después del año 1989 con los de Europa oriental, puede darles formas más avanzada de integración económica, liberalización de los intercambios comerciales, incluso en sectores todavía más protegidos —por ejemplo, la agricultura—, hasta la creación de una área de libre comercio, como con Turquía.

En el debate surgido en 2011 sobre cómo renovar y reforzar la presencia europea en el Mediterráneo las instituciones europeas prefirieron privilegiar políticas ya existentes, proponiendo de nuevo, en particular, la política europea de vecindad como elemento esencial de la nueva estación en las relaciones euro-mediterráneas<sup>23</sup>.

Las profundas diferencias que caracterizan las situaciones económicas, políticas y sociales de los países de la cuenca Sur llevaron a optar por la

<sup>23</sup> P.J. CARDWELL, «Euromed, European Neighbourhood Policy and the Union for the Mediterranean: Overlapping Policy Frames in the EU's Governance of the Mediterranean», *Journal of Common Market Studies*, vol. 49, n. 2, pp. 219-241.

lógica bilateral, flexible y diferenciada de la política de vecindad, con algunos cambios relativos especialmente a la condicionalidad de las ayudas, el respeto a la democracia y los derechos humanos y la participación de los representantes de la sociedad civil<sup>24</sup>. Un conjunto de medidas económicas fue adoptado en septiembre de 2011: el denominado «Spring Programme, Support for Partnership, Reform and Inclusive Growth» fue financiado con 350 millones de euros y fue acompañado por otras iniciativas complementarias<sup>25</sup>.

A estas medidas se sumó la decisión de la Alta representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, Catherine Ashton, que instituyó una «task force» para el Mediterráneo meridional que fuese al mismo tiempo tanto un centro de asistencia para los países de África septentrional y Oriente Medio en procesos de cambios políticos como un enlace con las instituciones europeas<sup>26</sup>.

La decisión de la UE de «reutilizar vestidos usados que tenía ya en su armario», como lo dijo Richard Gillespie<sup>27</sup>, y no renovar las relaciones euro-mediterráneas con instrumentos nuevos, ha planteado dudas entre los analistas y estudiosos<sup>28</sup>, que han evidenciado los riesgos de una mutación sólo superficial de políticas existentes, en primer lugar la pérdida de credi-

<sup>24</sup> Ello fue evidente en las dos comunicaciones de la Comisión: «Joint Communication to the European Council, the European Parliament, the Council the Ecosoc and the Committee of Regions, A Partnership for Democracy and Shared Prosperity with the Southern Mediterranean» de marzo de 2011, en [http://eeas.europa.eu/euromed/docs/com2011\\_200\\_en.pdf](http://eeas.europa.eu/euromed/docs/com2011_200_en.pdf) y «New Response to a Changing Neighbourhood», de mayo de 2011, en [http://www.eeas.europa.eu/top\\_stories/2011/250511\\_en.htm](http://www.eeas.europa.eu/top_stories/2011/250511_en.htm).

<sup>25</sup> «EU Response to the Arab Spring: the Spring Programme», 27 de septiembre de 2011, Memo/11/636.

<sup>26</sup> En septiembre de 2011 se creó la «task force» para Túnez, en febrero de 2012 aquella para Jordania y en noviembre de 2012 para Egipto.

<sup>27</sup> R. GILLESPIE, «Europe and its Arab Neighbors: New Wine in Old Skins», *Carnegie Endowment for International Peace*, 15 de junio de 2011.

<sup>28</sup> A. TETI, «The EU's First Response to the “Arab Spring”. A Critical Discourse Analysis of the Partnership for Democracy and Shared Prosperity», *Mediterranean Politics*, vol. 17, n. 3, 2012, pp. 266-284.

bilidad de Europa, presumiblemente a favor de los países árabes del Golfo, de Rusia y China que llenan los vacíos de influencia en esta región.

Claramente la falta de coherencia en el voto de los países europeos acerca de la admisión de la Autoridad palestina como observador en la Asamblea general de la ONU el pasado 29 de noviembre no ha sido una señal de fuerza y cohesión ni una prueba de un diseño estratégico compartido por un actor al que le gusta definirse global en un área estratégica como el Mediterráneo.

**Resumen:**

*El trabajo analiza las relaciones entre la Unión Europea y los países de la ribera africana del Mediterráneo. Para ello toma una perspectiva histórica que valora los objetivos planteados en los años noventa mediante el Proceso del Barcelona hasta llegar a la más reciente iniciativa de la Unión por el Mediterráneo. Bajo esta perspectiva la autora se plantea si es posible seguir hablando del Mediterráneo como un espacio común capaz de afrontar los retos del presente.*

**Palabras Clave:** Unión Europea, Mediterráneo, Proceso de Barcelona, Unión por el Mediterráneo.

**Abstract:**

*This paper analyzes the relationships between the European Unión and the African countries of the Mediterranean. To achieve this goal, the author takes an historical perspective, which takes account of the objectives set in the nineties through the Barcelona Process until the most recent Union for the Mediterranean. Under this premise the author wonder if it is possible to use the concept of the Mediterranean as a common place ready to approach the present challenges.*

**Keywords:** European Unión, Mediterranean, Barcelona Process, Union for the Mediterranean.



# **¿DE QUÉ COLOR ES UN ESPEJO? LAS PRIMAVERAS ÁRABES Y LA COMPARACIÓN CONSTITUCIONAL**

**ANGELO SCHILLACI \***

## **SUMARIO:**

1. INTRODUCCIÓN
2. DERECHO CONSTITUCIONAL Y METODOLOGÍA EN EL ANÁLISIS DE LOS PROCESOS DE TRANSICIÓN
3. EL COMPARATISTA ANTE LOS MOVIMIENTOS SOCIALES EN TIEMPOS DE CRISIS
4. A LA BÚSQUEDA DE UNA FÓRMULA DE CONVIVENCIA
5. EL FACTOR RELIGIOSO EN LA ESFERA PÚBLICA

## **1. INTRODUCCIÓN**

Un año después del Congreso internacional que dio origen a estas notas, la situación en los países de África del Norte que protagonizaron, en su momento, el proceso de transición política llamado «primavera árabe» sigue en condiciones constitucionales de gran incertidumbre, de manera que, en algunos estudios, pudo hablarse de «primaveras sin verano»<sup>1</sup>: junto a la intervención militar internacional en Libia, la crisis en Siria —que ya ha desembocado en una verdadera guerra civil, debido a la resistencia violenta del régimen alauí de Bashar-el-Assad a cualquier tentativa de apertura democrática de las instituciones políticas sirias— fortalece esta impresión

\* Investigador de la Universidad de Teramo (Italia).

<sup>1</sup> Así, por ejemplo, R. REDAELLI, «Una primavera senza estate. I mille volti della rivoluzione araba», *Aggiornamenti sociali*, n. 11/2012, pp. 765 y ss.

inicial, y apaga en gran medida el entusiasmo con el cual Europa ha acogido, en su momento, el inicio de la transición en Egipto y Túnez (las conocidas revoluciones de los jazmines, que empezaron a finales de 2010)<sup>2</sup>.

Y efectivamente, los procesos de transición siguen inacabados, y aparecen en el horizonte nuevas razones de conflicto, que repiten y amplifican en gran medida las incertidumbres, que ya hace un año fueron muy bien subrayadas en las intervenciones en el Congreso.

Desde luego, en el fondo de esas incertidumbres permanece la conciencia de la fragilidad de todo proceso de transición y, sobre todo, y por lo que al mundo contemporáneo se refiere, su naturaleza intrínsecamente dinámica, que mucho se aleja de la idea tradicional del momento revolucionario como rasgo esencial y exclusivo de toda transición constitucional<sup>3</sup>: la rebelión —es decir el papel jugado por las masas— puede representar más bien uno de los elementos de la transición<sup>4</sup>, insertándose sin embargo en un panorama mucho más complejo. En ello, efectivamente, casi siempre participan instituciones del régimen pasado —piénsese en las Fuerzas Armadas, como en Portugal después de la Revolución de los Claveles

<sup>2</sup> Muy distinto, efectivamente, es el discurso con respecto a los casos de Libia y Siria. En Libia, la transición ha sido violenta y afectada por una intervención militar internacional que sigue condicionando los resultados del proceso de transición: véase, al respecto A. VARVELLI, «La pericolosa transizione della Libia», *Aggiornamenti sociali*, n. 12/2012, pp. 852 y ss. En Siria, por otro lado, el proceso de transición ha coincidido con el estallido de una verdadera guerra civil, cuyo éxito sigue siendo muy incierto: v. al respecto, I. R. PAVONE, «La situazione in Siria e la risoluzione dell'Assemblea Generale del 16 febbraio 2012», *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2012, pp. 425 y ss.

<sup>3</sup> Además del clásico S. ROMANO, «L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione», en ID. *Scritti minori*, vol. I, Giuffrè, Milán, 1990, pp. 131 y ss., v. sobre todo G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali: sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Bologna, Il Mulino, 1998 y L. MEZZETTI, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Padova, CEDAM, 2003.

<sup>4</sup> Que puede incluso no estar, en el caso de transiciones pacíficas como, al menos en parte, la española, acerca de la cual v. al menos F. BALAGUER CALLEJÓN (et alt.), *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 2007, vol. I, pp. 40 y ss.

o en Egipto en 2011, donde se registra además el papel central desarrollado por el Supremo Tribunal Constitucional<sup>5</sup>— así como fuerzas sociales que en su momento no tomaron parte en las manifestaciones masivas (y piénsese, por ejemplo, en el papel de los intelectuales o, en forma distinta, de las instituciones religiosas)<sup>6</sup>. Hay más, si consideramos la función que pueden desarrollar organizaciones internacionales (la ONU en los procesos de descolonización, por ejemplo), así como otros Estados, incluso a través de presiones de carácter militar: casi obvia, a este respecto, la referencia al caso de Libia<sup>7</sup>.

Sin embargo, aunque describir un proceso de transición no sea tarea fácil, y más aún cuando, como en nuestro caso, la transición no pueda definirse acabada, es posible detectar, en los procesos de transición que siguieron a «las» primaveras árabes unos cuantos rasgos de los mencionados arriba. Esto es, precisamente, lo que intentaré hacer en estas breves notas, sin poder obviamente completar el discurso, ni extenderlo a todos los procesos de transición que se están desarrollando, pero sí subrayando

<sup>5</sup> V. al respecto E. GOLDBERG - H. A. ZAKI, «After the Revolution: Sovereign Respect and the Rule of Law in Egypt», *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, 2010-2011, pp. 17 y ss.; N. J. BROWN, «Caught in the Crossfire: Egypt's Judiciary in a Revolutionary Age», en la misma Revista, pp. 32 y ss.; K. STILT, «The End of «one Hand»: the Egyptian Constitutional Declaration and the Rift between the «People» and the Supreme Council of the Armied Forces», en la misma Revista, pp. 43 y ss.

<sup>6</sup> A este respecto, fascinante resulta la lectura de P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, Torino, Einaudi, 2000, en particular pp. 72 y ss.

<sup>7</sup> V. por ejemplo, con respecto a la transición en Libia, E. CANNIZZARO, «Responsabilità di proteggere e intervento delle Nazioni Unite in Libia», *Rivista di diritto internazionale*, n. 3/2011, pp. 821 y ss.; P. PICONE, «Considerazioni sulla natura della Risoluzione del Consiglio di Sicurezza a favore di un intervento umanitario in Libia», *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2011, pp. 213 y ss., así como, entre los constitucionalistas, C. DE FIORES, «La Libia, la Costituzione e la guerra umanitaria», *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2011, pp. 41 y ss. y M. BENVENUTI, «L'Italia, la Costituzione e la (segunda) guerra di Libia», [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), n. 1/2011.

unos cuantos perfiles problemáticos, en la perspectiva metodológica de la comparación constitucional.

## **2. DERECHO CONSTITUCIONAL Y METODOLOGÍA EN EL ANÁLISIS DE LOS PROCESOS DE TRANSICIÓN**

En el análisis del fenómeno complejo y nuevo que se ha denominado «primavera árabe» —aunque sea tal vez mejor hablar de «primaveras árabes»— el constitucionalismo se enfrenta ante nuevos desafíos teóricos y metodológicos.

¿Cuál es, en otras palabras, el papel que va a desarrollar la ciencia del Derecho constitucional, y la comparación constitucional de forma peculiar, a la hora de abarcar el análisis de los procesos de transición, en el contexto de la crisis económica global?

El antecedente más próximo coincide, sin duda, con los procesos de transición a la democracia que realizaron los países de Europa del Este después de 1989: en ese momento, efectivamente, los constitucionalistas —en particular, los constitucionalistas alemanes— lograron lanzar un puente entre las experiencias constitucionales de Europa occidental y la elaboración de las nuevas Constituciones del Este. Sin embargo, hay que reconocer que, en ese supuesto, la construcción del puente fue facilitada por la existencia de una matriz cultural común, es decir, por la pertenencia de los países del Este al horizonte cultural europeo, aunque hubiese —como es bien conocido— relevantes diferencias históricas, sociales, económicas y políticas.

Por todo esto, con respecto a la situación actual, y en particular a la posibilidad de lanzar un puente análogo hacia la otra orilla del Mediterráneo, hay que ser conscientes de unos cuantos riesgos: en primer lugar, el riesgo de infravalorar las profundas diferencias relativas al contexto cultural de las experiencias constitucionales que se van a analizar y, en segundo lugar el riesgo, relacionado con el primero e igualmente serio, de asumir una posición de superioridad «eurocéntrica» que puede conllevar la engañosa ilusión de exportar acríticamente modelos institucionales elaborados en el contexto europeo —que, por otro lado, no siempre go-

zan de buena salud— en contextos culturales y políticos distintos del primero.

Un instrumento muy útil para aceptar el reto y enfrentarse a la no fácil tarea de analizar y comprender las «primaveras árabes» es el empleo del método de la comparación constitucional, en particular accediendo a las interpretaciones de la comparación que subrayan su vinculación profunda con la apertura a la «alteridad» jurídica<sup>8</sup> —lo que conlleva la respetuosa atención a experiencias culturales e históricas diferentes e incluso muy lejanas de la nuestra— y sobre todo las que valoran positivamente el papel del contexto social, económico y cultural en las dinámicas de desarrollo de la experiencia jurídica considerada<sup>9</sup> (en nuestro caso, los procesos de transición constitucional en el norte de África).

La atención al contexto —a la hora de acercarse según el método de la comparación a la experiencia de la transición constitucional en países de tradición islámica— nos conduce, en particular, a un profundo esfuerzo de comprensión, mucho más allá de la imagen recibida de un Islam monológico y totalmente ajeno a la tradición jurídica occidental. El estudio de la tradición jurídica islámica, por el contrario, demuestra que, junto a innegables diferencias, se esconde una realidad plural, en la que el debate y la búsqueda del consenso (*«ijma»*) entre distintas posiciones y escuelas desarrollan un papel central. Ese mismo consenso, como se ha subrayado acertadamente, es plural en su esencia, precisamente porque remonta a la relevancia del razonamiento individual (*«ra'y»*) en la interpretación de los textos sagrados (así como de su relación con el ordenamiento civil), con atención especial a los concretos supuestos de aplicación<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> V. por todos, P. LEGRAND, *Le droit comparé*, París, PUF, 1999.

<sup>9</sup> Es el caso de la clásica obra de P. HÄBERLE, *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, Roma, Carocci, 2001.

<sup>10</sup> V. al respecto H. P. GLENN, *Tradizioni giuridiche del mondo. La sostenibilità della differenza*, Bologna, Il Mulino, 2011, pp. 293 y ss., y en particular pp. 301-303, así como C. MALLAT, «Islam and the constitutional order», in M. ROSENFELD - A. SAJÓ, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2012, pp. 1287 y ss. y en particular pp. 1298-1300.

Abordar las primaveras árabes según el método de la comparación jurídica podría así llevar al constitucionalista a reconocer en ellas un verdadero «espejo» para Europa. Enfrentándose a los procesos de transición constitucional en el Norte de África, el constitucionalista-comparatista acaba descubriendo inmerso en la reflexión sobre la propia Europa y su crisis, progresivamente detectando simetrías, problemas y perspectivas comunes, aun permaneciendo en la conciencia firme y advertida de las diferencias. Al mismo tiempo, no se puede olvidar que Europa —en el mismo momento en que se abre a la comprensión de los procesos constitucionales, políticos, sociales y económicos del Norte de África— acaba enfrentándose con las consecuencias de su propia política de apoyo a los regímenes autocráticos, de sus propios silencios cómplices, de la prevalencia de los intereses económicos —y también geopolíticos— sobre la defensa de la democracia, de los derechos, de las libertades fundamentales.

Consecuencias que se perciben intensamente con referencia a las políticas migratorias, que suman ahora al silencio cómplice del pasado el silencio nuevo de quien rechaza, se niega a acoger, encierra en campos o repatria sin piedad, o bien deja simplemente que personas se hundan en la mar y se queden allí para siempre. Un silencio que, por otro lado, no se podrá guardar por más tiempo sin repetir la postura esquizofrénica de una Europa «de los derechos» que no toma responsabilidades humanas y políticas que podrían acabar siendo funcionales para la ampliación del espacio de goce y coparticipación de la democracia y de los derechos.

En suma, las «primaveras árabes» como un espejo en el cual ir buscando analogías, diferencias, así como respuestas posibles a problemas que Europa y el Mediterráneo comparten en gran medida en tiempos de crisis.

### **3. EL COMPARATISTA ANTE LOS MOVIMIENTOS SOCIALES EN TIEMPOS DE CRISIS**

En primer lugar, si miramos, como en un espejo, la manera en la cual se han inaugurado los procesos de transición en el Norte de África, quedamos asombrados por la energía y el valor de los revolucionarios, pero sobre todo por su capacidad de encauzar el disenso, el antagonismo y la pro-

testa hacia objetivos políticos concretos y —lo que es aún más llamativo— en ausencia de cualquier apoyo operativo por parte de organizaciones ya asentadas (exceptuando, al menos parcialmente y con respecto a la fase ya madura y terminal de las insurrecciones, el papel del sindicato en Túnez y del Ejército y de la Hermandad Musulmana en Egipto).

Desde hace algunos años, efectivamente, también en Europa se está desarrollando un fuerte movimiento de protesta y antagonismo radical que, sin embargo, todavía no ha conseguido encauzar sus fuerzas hacia concretos objetivos políticos: si bien fundamental, dicho movimiento permanece marginal frente a la resistencia del sistema institucional y político (con su corolario de represión violenta), que sigue rechazando interpretaciones alternativas de la realidad económica y política contemporánea. Las primaveras árabes, entonces, confían al comparatista la tarea de comprender el movimiento social, y sobre todo, la de interrogarse acerca de su papel político en tiempos de crisis.

Además, si centramos la atención en las razones principales que han determinado el estallido de las primaveras árabes, nos enfrentamos de nuevo ante un espejo, es decir ante importantes puntos de contacto con la ola de protesta e insatisfacción profunda, de rabia y sed de inclusión y justicia social que atraviesa Europa. Aunque no sea posible olvidar las diferencias estructurales y sobre todo el carácter opresivo y violento de los regímenes derrotados (algo que en Europa no se da, aunque no falten episodios de represión violenta de las protestas), sin embargo las similitudes son más intensas de lo comúnmente imaginado, en particular si nos fijamos en el horizonte (compartido) de la crisis.

Las insurrecciones en el Norte de África traducen en términos de acción política y constituyente una desesperación arraigada al menos en tres ámbitos, muy conectados entre sí<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> V. al respecto D. QUIRICO, *Primavera araba. Le rivoluzioni dall'altra parte del mare*, Turín, Bollati Boringhieri 2011. Las diferencias entre la postura de la nueva generación de ciudadanos frente a la de sus padres, en relación con los regímenes autocráticos es muy bien subrayada, con respecto a Egipto, por A. O. SHERIF, «The Post Egyptian Revolution's Constitutional Crisis: an ongoing Anarchy with a Ray of Hope», *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, 2010-2011, pp. 3 y ss., 4.

En primer lugar, la precariedad y la inseguridad de la condición juvenil. Ahogados por la presión determinada por estándares de instrucción elevados, a los que sin embargo no podían corresponder —por la situación económica y por la falta de dinamismo social— posibilidades adecuadas de trabajo, los jóvenes de Egipto y Túnez han desafiado la incertidumbre (con sus corolarios de resignación y fatalismo), remontándose a la etimología misma de la palabra «precario». En efecto, precariedad es incertidumbre, pero la raíz latina de la palabra remite también a la idea de «plegaría, demanda», es decir deseo de encontrar, construyéndolo activamente, el sentido mismo de la experiencia personal de uno. En la actuación política de los jóvenes ciudadanos de Egipto y Túnez la inquietud (y el coraje, y la virtud) de la precariedad han logrado traducirse en una demanda auténtica de integración social y política.

En segundo lugar, no se puede olvidar el gran tema de la sostenibilidad del modelo económico, en particular por lo que se refiere al entrelazamiento entre las oligarquías económicas y políticas, así como a la fuerte demanda de apertura del sistema económico hacia la participación de sujetos desvinculados de la pertenencia a determinadas facciones políticas, familiares o tribales.

En tercer lugar, hay que mencionar la debilitación de los espacios de participación política: aunque existan diferencias que no es posible infravalorar, otro perfil común en el análisis comparado de las primaveras árabes y de la actual situación europea es efectivamente la cada vez mayor profundización de la distancia entre dimensión institucional y fuerzas sociales.

Nos enfrentamos, por lo tanto, a tres niveles de comprensión que nos interpelan profundamente, como si nos miráramos en un espejo.

Por otro lado, la misma situación se produce a la hora de analizar los desarrollos posteriores y los resultados, totalmente abiertos e inacabados, de los procesos de transición: y efectivamente, como intentaré mostrar, nos enfrentamos a problemas en gran medida comunes a la actual situación europea, pero también se nos proporciona la oportunidad de reconsiderarlos en una perspectiva más amplia, que toma luz y cuerpo por el método comparativo y por la apertura a otras experiencias culturales y jurídicas.

#### 4. A LA BÚSQUEDA DE UNA FÓRMULA DE CONVIVENCIA

Los escenarios abiertos una vez anudados los procesos de transición se entrelazan con la necesidad de elaborar una «fórmula de convivencia» aceptable y aceptada por los diversos sujetos que actúan en la transición. A este respecto hay que subrayar que en Egipto y Túnez se han inaugurado procesos constituyentes, aunque con algunas sombras, resistencias y muy significativos problemas relativos al carácter representativo y a la autonomía real de los sujetos a los que se ha encomendado la redacción de las nuevas Constituciones<sup>12</sup>.

En el fondo de la elaboración de la «fórmula de convivencia» constitucional, por otro lado, es posible detectar unas cuantas cuestiones que, lo repito, comparten Europa y el Norte de África, en mayor medida respecto a lo que se podría pensar abordando superficialmente el tema. Piénsese, a título de ejemplo y sin poder agotar el tema, en cuatro: 1) las estrategias y técnicas de integración social (en particular porque, como ya he subrayado, en la base de las insurrecciones había esencialmente una demanda de integración social); 2) la reforma del modelo económico, en particular en lo que se refiere a la relación entre Constitución, poder político y mercado; 3) las formas de la participación democrática y ciudadana; 4) el papel del factor religioso.

Por lo que a las estrategias de integración social se refiere, las experiencias constitucionales europeas pueden proporcionar a los procesos de transición en marcha un gran patrimonio teórico y práctico. El nexo entre dimensión constitucional y estrategias (y procesos) de integración social

<sup>12</sup> Acerca de la transición egipcia, v. los trabajos muy bien documentados de C. SAILÒ, «L’Egitto, tra mutamento di regime e transizione costituzionale», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2/2011 pp. 341 y ss.; A. O. SHERIF, «The Post Egyptian Revolution’s Constitutional Crisis: an ongoing Anarchy with a Ray of Hope», cit., en particular p. 3, que subraya como «instead of collaborating with each other and working together towards achieving the objectives of the devolution, mostly each one of these forces [el poder judicial, el ejército y las fuerzas políticas, y sobre todo la Hermandad Musulmana, n. d. A.] has opted to establish itself as the sole and most deserving actor needed to introduce the revolutionary changes».

representa un rasgo peculiar de la ciencia jurídica y constitucional europea: eso ha conllevado prácticas de igualdad e inclusión tanto a nivel jurídico como a nivel social. Piénsese, por ejemplo, en la construcción jurídica de los derechos sociales y, más en general, en el propio «modelo social europeo»: dicho modelo, sin embargo, se enfrenta hoy en día con nuevos retos y problemas debidos a la crisis, proporcionando tutelas insuficientes y nueva marginación social. Por lo tanto, reflexionar acerca de las «primaveras árabes» lleva al constitucionalista comparatista europeo a reconsiderar Europa misma, así como su propio equipaje de conceptos y cultura. El resultado —exitoso— podría ser el de revitalizar la inspiración original de las técnicas europeas de integración social, y asimismo interrogarse sobre los nuevos rasgos que los procesos de integración sociales tendrán que asumir en el escenario contemporáneo.

Otro problema común, como se decía, es la reforma del modelo económico y de la relación entre poder político y mercado. Tanto en Egipto como en Túnez, hay que intervenir en un contexto que, durante mucho tiempo, se ha caracterizado por una estructura oligárquica y un vínculo muy estrecho entre intereses económicos y políticos, y también con importantes proyecciones a nivel internacional y geopolítico. Se trata ahora de garantizar la efectiva apertura del sistema económico y sobre todo la redistribución de la riqueza. También en este caso, por lo tanto, no hay que infravalorar analogías profundas con la situación en Europa y Occidente, si bien haya que tener en cuenta los distintos niveles de desarrollo económico. Como en el Magreb, la relación entre poder político y poder económico representa un problema muy actual también en Europa, así como la estructura oligárquica del mercado y la ausencia —o la debilidad extrema— de políticas de redistribución: en esta perspectiva, la comparación con la experiencia de los países de tradición islámica resulta útil y fascinante. Piénsese, por ejemplo, que en el derecho islámico tradicional no se permite la financiación en moneda a la actividad empresarial (como consecuencia de la prohibición del préstamo con interés), al no interpretarla como forma de participación conjunta a la empresa<sup>13</sup>: el acento en la vertiente de

<sup>13</sup> V. al respecto H. P. GLENN, *Tradizioni giuridiche del mondo*, cit., pp. 312 -321.

la cooperación económica, superando relaciones de dependencia bruta, podría, por ejemplo y como mera sugerión, fortalecer el modelo económico en el sentido de una mayor sostenibilidad social de las actividades económicas y, sobre todo, financieras.

En tercer lugar, habrá que reconsiderar las formas y los instrumentos de participación democrática y ciudadana, frente a la profunda distancia entre dimensión institucional y fuerzas sociales, que ha determinado el estallido de las primaveras árabes. También en este caso, el problema es compartido con Europa, en particular si consideramos la crisis de la representación política, así como de las tradicionales formas institucionales de organización social: en este contexto aparecen movimientos y fuerzas sociales nuevas, que no tienen el objetivo inmediato de participar en la función de dirección política a través del cauce tradicional de la representación parlamentaria tramitada por los partidos políticos, sino más bien de encauzar la protesta ciudadana y algunos temas centrales (medio ambiente y acceso a los bienes comunes, gestión y superación de la marginación social, así como cuestiones clásicas de la protesta «antipolítica»: lucha contra la corrupción, transparencia y recorte de los gastos para el sostenimiento de la actuación política y de los órganos constitucionales), condicionando el Gobierno sin participar directamente en ello (la situación italiana después de las elecciones generales del mes de febrero de 2013 me parece, a este respecto, ejemplar). Desde esta perspectiva, habrá que averiguar en qué medida los procesos de transición en el Magreb conseguirán enriquecer la estructura clásica de los órganos de representación política, tal vez integrándola con instrumentos de participación capaces de seguir encauzando las demandas de integración que proceden de las fuerzas sociales: sin embargo, observando el desarrollo de los procesos de transición tanto en Egipto como en Túnez, se nota que, al menos en estos primeros años, las estructuras institucionales se siguen pensando en términos tradicionales. De todas formas, la confrontación crítica con la experiencia europea puede representar una oportunidad de enriquecimiento mutuo.

## 5. EL FACTOR RELIGIOSO EN LA ESFERA PÚBLICA

No se puede prescindir, antes de las conclusiones, de unas consideraciones acerca del papel del factor religioso en la esfera pública, que acaba mudándose en el convidado de piedra de cualquier discusión acerca de las experiencias políticas y constitucionales de tradición islámica.

No es posible abarcar de manera exhaustiva, en estas breves notas, el papel de las fuerzas islámicas en los procesos de transición, así como no es posible pronunciarse acertadamente sobre la gran cuestión de la postura de los regímenes derrotados hacia el factor religioso, y en particular si fueron regímenes auténticamente laicos, o en qué medida el ordenamiento jurídico fue condicionado por el derecho islámico tradicional, o cuáles fueron las consecuencias de la represión de los movimientos políticos de inspiración islámica, e incluso si esa represión fue formal o sustancial, constante u oscilante (algo que, por ejemplo, en lo que a Egipto se refiere, es muy difícil de detectar)<sup>14</sup>. Sin embargo, tanto en Egipto cuanto en Túnez se ha asistido, con ocasión de las primeras elecciones democráticas, a la victoria de las fuerzas conectadas, en medida más o menos intensa, a la Hermandad Musulmana (que, por otro lado, se caracteriza por una vocación transnacional, muy interesante para el comparatista)<sup>15</sup>. En Egipto, como es bien sabido, el partido «Justicia y Libertad» consiguió elegir al Presidente (Mohamed Morsi), y en Túnez el partido «Ennahda» ha obtenido una amplia mayoría en las elecciones para la Asamblea Constituyente.

Esos resultados electorales, que han dado voz al muy fuerte consenso que suscita la Hermandad musulmana en las sociedades egipcia y tunecina, no representan una razón de asombro, ni tampoco de miedo: al mismo tiempo, sin embargo, están influyendo de una manera decisiva en el desarrollo de la transición.

<sup>14</sup> V. al respecto C. SBAILÒ, «L'Egitto, tra mutamento di regime e transizione costituzionale», cit., pp. 345 y ss., 348 y ss.

<sup>15</sup> V. al respecto, C. MALLAT, «Islam and the Constitutional Order», cit., pp. 1291-1298.

En Egipto, por otra parte, la Hermandad Musulmana, formalmente clandestina, había sido crecientemente activa en las últimas fases del régimen de Mubarak, hasta el punto de establecer y consolidar relaciones sociales muy intensas, alternativas al bloque dominante (representado por la burocracia civil y militar), y orientadas a la solidaridad con los más débiles, que habían acabado traduciéndose incluso en un instrumento de orden y disciplina social, no desagradable para el régimen, cada vez más débil. El consenso sobre el partido «Justicia y Libertad», por lo tanto, no es asombroso, mientras mucho más compleja es la valoración de la actitud de la Hermandad hacia el proceso de transición, en particular por lo que se refiere a su relación con los militares, cuyo papel en la transición sigue representando una gran incógnita.

De todas formas, hay que subrayar que la inspiración confesional del movimiento no se ha traducido, al menos hasta ahora, en la superación del tradicional principio del equilibrio entre factor religioso y factor político (conectado al principio general del «din wa dawla»)<sup>16</sup> que caracterizaba la experiencia egipcia bajo el régimen de Mubarak. La constitucionalización de la posición de la «sharj'a» en el sistema de fuentes (art. 2 Cons. Egipto) no consigue una innovación del proceso de transición, sino que procede de reformas llevadas a cabo por Mubarak a principios de los años ochenta; hay que subrayar, por otro lado, que en la interpretación de dicho precepto el Supremo Tribunal Constitucional egipcio ha jugado un papel central. Y efectivamente, al lado de los militares, el papel del poder judicial, y del Supremo Tribunal Constitucional en particular ha representado un importante factor de estabilización en el proceso de transición, en especial por lo que se refiere al equilibrio entre poder civil y poder militar —aunque se hayan registrado tensiones y conflictos muy serios con el Presidente Morsi— y sobre todo con respecto al equilibrio entre principios del derecho islámico tradicional y legislación civil<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Acerca del cual v. por ejemplo C. SBAILÒ, «L'Egitto, tra mutamento di regime e transizione costituzionale», cit., pp. 349 y ss.

<sup>17</sup> V. al respecto N. J. BROWN, «Caught in the Crossfire: Egypt's Judiciary in a Revolutionary Age», cit.

El éxito electoral de Ennahda en Túnez ha determinado problemas en parte análogos: piénsese, a mero título de ejemplo, en la propuesta de derogación del Código del Estatuto personal que se remonta a la presidencia de Bourghiba y que reconoce la plena igualdad entre hombre y mujer; o también en la presencia en el territorio tunecino del movimiento salafí, ahora sospechoso de haber asesinado a uno de los líderes de la oposición a Ennahda, Chokri Belaid<sup>18</sup>, suscitando una oleada de indignación popular que podría llevar incluso a la formación de un gobierno de unidad nacional.

En el fondo, sigue abierto el complejo problema del papel público del factor religioso: sin embargo, no hay que dramatizarlo, sino más bien intentar abarcarlo con sensibilidad histórica y comparatista. Por otra parte, la actuación política de las fuerzas de inspiración islámica parece no dirigirse, al menos hasta ahora, hacia la «islamización forzosa» de la sociedad —objetivo por otro lado difícilmente alcanzable en sociedades como la tunecina y la egipcia, en las que amplios sectores sociales siguen un estilo de vida profundamente laico— sino más bien orientarse en el sentido de una actuación política moderadamente inspirada en los principios del Islam, siguiendo la huella trazada por la experiencia de Turquía en los últimos años (y con todas sus contradicciones).

Lo que sí hay que subrayar, según la lógica, hasta aquí seguida, del «espejo», es que también Europa, y gran parte de las sociedades occidentales, desde hace algunos años se van enfrentando con la necesidad de reconsiderar de una manera radical las relaciones entre el factor religioso y la esfera pública, tanto en la vertiente individual (en el sentido dúplice de la protección de las opciones religiosas fundamentales —piénsese en el derecho a ponerse el velo— así como de la plena protección de la libertad de conciencia frente a las injerencias del poder público —y piénsese en la exposición de los símbolos religiosos en los espacios públicos): y esto tam-

<sup>18</sup> V. al respecto M. SEI, «Tunisia: dal dolore una nuova speranza», in [www.uninomade.it](http://www.uninomade.it), así como el artículo de B. VALLI, «La primavera rubata» en *La Repubblica* del día 18 de febrero de 2013.

bien— pero no solamente, y hay que subrayarlo con fuerza —en relación con la creciente presencia islámica<sup>19</sup>.

Por lo tanto, es muy importante que, también en este ámbito, vayan abandonándose —en la confrontación con el «mundo» islámico, posturas condicionadas por el prejuicio, a favor de una confrontación comparativa, abierta, capaz de hablar— con atención respetuosa a los rasgos peculiares de la identidad islámica (piénsese en la relevancia del concepto de «umma» como comunidad religiosa pero también política de los creyentes)<sup>20</sup> —en la conciencia crítica de las fuerzas más vitales de las sociedades de los países del Magreb (jóvenes, mujeres, clero progresista), en la búsqueda de un modelo de laicidad que reconcilie el derecho a la libertad religiosa con la relevancia pública del Islam, pero sobre todo con la libertad de conciencia individual, la autodeterminación y la dignidad de todo ser humano.

Y es precisamente en estos ámbitos donde podrán desarrollarse todas las potencialidades evolutivas y progresivas de un enfoque comparativo, en particular por lo que se refiere a la sostenibilidad de la diferencia islámica junto a la posibilidad de integrar en tales dinámicas de enriquecimiento mutuo —en el enfrentamiento crítico— un núcleo de principios arraigados en la experiencia constitucional europea (y en particular, la relación entre dignidad y libertad de conciencia y autodeterminación del ser humano)<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Fundamental, a este respecto, el libro de M. NUSSBAUM, *La nuova intolleranza*, Milán, Il Saggiatore, 2012

<sup>20</sup> V. al respecto, H. P. GLENN, *Tradizioni giuridiche del mondo*, cit., pp. 349 y ss.

<sup>21</sup> Muy importante a este respecto la llamada de Martha Nussbaum a una superación ética de las «políticas del miedo», que se articula, según la Autora, en los tres principios del igual respeto hacia la diferencia religiosa y cultural, del pensamiento religioso crítico (en el sentido de no dogmático) y de la capacidad de imaginar «che ci permette di vedere come appare il mondo dalla prospettiva di una persona appartenente a una diversa religione o etnia» (p. 20): v. también las pp. 224 y ss. así como el párrafo final del libro, verdadero programa para el comparatista a la hora de enfrentarse con la diferencia cultural y religiosa: «per contrastare la tendenza nociva a restringere lo sguardo sul nostro sé abbiamo tutti bisogno anzitutto dell'impegno socratico (e cristiano-kantiano) a esaminare le nostre decisioni per vedere se sono egoistiche, se privilegiano la nostra esperienza ignorando le eguali rivendicazioni degli

**Resumen:**

*En el artículo el autor aborda el tema de las primaveras árabes desde la perspectiva metodológica de la comparación constitucional, detectando simetrías y diferencias con la actual situación constitucional de las democracias de Europa y Occidente, con respecto a la crisis económica global. Al mismo tiempo, el autor subraya las peculiaridades de los procesos de transición en marcha, en particular por lo que se refiere al papel de las fuerzas políticas de inspiración islámica.*

**Palabras Clave:** Palabras clave: primavera árabe, transición constitucional, comparación constitucional.

**Abstract:**

*In this Paper, the Author aims to analyses the so called «Arab Spring» in the light and method of Constitutional Comparison. In doing so, the paper underlines similarities and differences with the contemporary constitutional experience of European and Western Democracies. At the same time, the Author stresses as well the peculiarities of the transition processes, with particular attention to the role played by the political movements and parties inspired from the Islam.*

**Keywords:** Arab Spring, constitutional transition, constitutional comparison.

---

altri. E abbiamo altrettanto bisogno dello spirito interiore che deve animare la ricerca dell'imparzialità, se non vogliamo che questa resti un guscio vuoto: abbiamo bisogno di uno spirito di curiosità e di amicizia» (p. 229).

# **PRIMAVERA ÁRABE Y RELACIONES CONYUGALES EN LAS TRADICIONES EUROPEA E ISLÁMICA: ALGUNAS NOTAS \***

**BIAGIO ANDÒ \*\***

## **SUMARIO:**

1. INTRODUCCIÓN
2. DIFERENCIAS DE CARÁCTER MACROCOMPARATIVO ENTRE EL MODELO ISLÁMICO Y EL MODELO EUROPEO DE DERECHO DE FAMILIA Y SU RELEVANCIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES NACIONALES EUROPEOS. EL EJEMPLO PARADIGMÁTICO DEL «MAHR»
3. UNA MIRADA A LA SITUACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN MARRUECOS Y ARGELIA
4. CONCLUSIONES

## **1. INTRODUCCIÓN**

Los acontecimientos que recientemente han procurado la caída de los regímenes autoritarios que gobernaban una buena parte de la región del África mediterránea, representados simbólicamente con la imagen periodística de «primavera árabe», serían en gran medida, de acuerdo con una lectura generalizada, el producto de la penetración en aquellos ordenamientos de los valores y comprensiones occidentales de la democracia. El análisis de los efectos de tales eventos requiere claramente las compe-

\* Traducido del italiano por Ana Ruiz Legazpi.

\*\* Investigador de Derecho comparado. Universidad de Catania (Italia).

tencias del politólogo y las del estudioso de las dinámicas constitucionales<sup>1</sup>. Así como resulta de interés para el privatista que se planteen las consecuencias indirectas en las relaciones de ámbito privado, como señaladamente sucede en el Derecho de familia que, de todas las áreas de Derecho privado, es la que más siente el cambio en los valores constitutivos de la comunidad de referencia. En estas páginas se discutirá, precisamente, si la mencionada democratización de la vida pública traerá consigo la occidentalización del derecho de familia.

En concreto se analizará el modo en que los modelos jurídicos islámico y europeo conciben las relaciones conyugales. El asunto, ciertamente poco novedoso, se presta sin embargo a ser considerado a la luz de los «turmoils» políticos que comenzábamos apuntando.

Así, es lícito preguntarse si el cambio de régimen político puede incidir mediante reformas en las relaciones conyugales en el sentido de otorgar una protección más fuerte a la mujer en el ámbito familiar. El razonamiento que sigue girará en torno a las principales diferencias existentes entre las diversas concepciones del derecho más que sobre específicos aspectos relativos a la aplicación de una determinada experiencia de derecho positivo.

En la tradición jurídica europea se ha adoptado un modelo de familia inspirado en los valores de igualdad de sus miembros y de respeto al libre desarrollo de la personalidad. Sin la pretensión de abordar en profundidad un tema sobre el que existe una literatura inmensa, y no sólo jurídica, resulta difícil prescindir del hecho de que la evolución tanto social como cultural acaecida en el ámbito de la familia ha traído consigo un desarrollo paralelo en el campo jurídico en coherencia con los valores de igualdad social y paridad entre hombre y mujer.

Procede preguntarse entonces si a los cambios políticos de los países acariciados por los aires de la «primavera árabe» les sucederán al unísono

<sup>1</sup> Al respecto me limito a referirme a la lección magistral pronunciada en la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Catania por P. HÄBERLE, *La 'primavera araba' nella prospettiva della dottrina della Costituzione intesa come scienza della cultura*, manuscrita.

transformaciones jurídicas en el ámbito de las relaciones conyugales y más en general en el Derecho de familia, anclado a la tradición jurídica islámica, que lo hagan converger con la normativa en vigor en los Estados miembros de la Unión Europea<sup>2</sup>. La cuestión no es baladí siempre que se tenga en cuenta aquella interpretación según la cual las razones de la decisiva caracterización islámica de los ordenamientos de algunos países del Magreb sería imputable, en primer lugar, a una estrategia de los regímenes orientada a evitar los conflictos sociales que podrían estar fomentado los discursos islamistas propugnados por los movimientos de oposición<sup>3</sup>.

Desde ahora ha de precisarse que la relación entre los dos modelos no es de tipo unidireccional, en el sentido de que el modelo occidental asumiría la función activa de exportación mientras al islámico se le reservaría un mero papel receptor. La presencia, en fin, en el territorio de la Unión Europea de una nutrida comunidad musulmana que avanza en la petición de tutela en las normas de su tradición cultural y religiosa de origen pone de relieve el delicado problema de los puntos de equilibrio entre tradición cultural y religiosa de origen y la observancia de las normas de los países de acogida. La cuestión, por tanto, ha de afrontarse en esta doble dirección.

En el siguiente apartado se tendrá ocasión de considerar cómo los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión se han confrontado con principios y prácticas distantes (cuando no diametralmente opuestas) a las propias.

<sup>2</sup> R. ALUFFI BECK-PECCOZ, R. «Diritti umani e codificazione del diritto di famiglia islamico» en R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *Persone famiglia diritti. Riforme legislative nell'Africa mediterranea*, Giappichelli, 2006, p. 69 quien observa que «las reglas en materia de Derecho de familia, junto con las reglas referidas al Derecho de sucesiones, constituyen un ámbito en el que la «sharia» siempre ha gozado del más alto grado de eficacia oponiendo la más tenaz resistencia a los proyectos modernizadores de reforma procesal y sustantiva emprendidos en la época contemporánea».

<sup>3</sup> R. ALUFFI BECK-PECCOZ, «Diritti umani e codificazione», *op. cit.*, p. 71: «sectores como el Derecho de familia, en el que el Estado legislador define explícitamente la propia relación con la tradición jurídica islámica, se convierten en potencial campo de batalla funesto con la oposición».

## 2. DIFERENCIAS DE CARÁCTER MACROCOMPARATIVO ENTRE EL MODELO ISLÁMICO Y EL MODELO EUROPEO DE DERECHO DE FAMILIA Y SU RELEVANCIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES NACIONALES EUROPEOS. EL EJEMPLO PARADIGMÁTICO DEL «MAHR»

Los ordenamientos europeos<sup>4</sup> reconocen a la igualdad de derechos y deberes entre los cónyuges el rango de principio esencial. Tal reconocimiento es el marco de una visión del matrimonio y de las relaciones entre cónyuges determinada, que se traduce 1) en la superación de la visión del matrimonio como un acuerdo entre dos familias y en el paralelo reconocimiento de la autonomía de elección de los contrayentes; 2) en la obsolescencia de la idea de familia como célula económica de la sociedad; 3) en el declive del principio de la autoridad marital; 4) en el desconocimiento de la idea de matrimonio como vínculo indisoluble; 5) en el reconocimiento de un modelo de unión legal como modelo general que regula las relaciones entre cónyuges (salvo que elijan un pacto distinto)<sup>5</sup>. Si en la tradición jurídica occidental la familia se concibe como una unión de personas cuyos derechos se preservan en el seno de aquélla, el modelo de familia islámica se funda en la prevalencia del grupo respecto del individuo a fin de garantizar los valores de cohesión familiar (y, en última instancia, la paz social) y en la preeminencia de la obligación sobre la del derecho (la igualdad entre los cónyuges sería sólo comprensible desde una interpretación referida al plano de los deberes y no de los derechos)<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Sobre Occidente entendido en su dimensión jurídica, véase M. BUSSANI., *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, 2010, p. XII, quien sitúa en el «Occidente jurídico una dimensión cognitiva valiosa, término de comparación, frontera móvil y, como cualquier frontera [...] emplazamiento útil para guardar los hechos del mundo y valorar mejor las identidades propias y las de los otros»

<sup>5</sup> En estos términos, S. RODOTA, «I modelli di famiglia e di convivenza», C. CASTRONOVO-S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, vol. I, Giuffrè, 2007, p. 224.

<sup>6</sup> R.N. EL MEKKAOUI, *La Moudawana (Code Marocain de la famille). Le référentiel et le conventionnel en harmonie*, T. 3, Bouregreg, 2009, pp. 307 y ss.

Conforme a una interpretación habitual de la tradición islámica (que se tomará a modo de referencia unitaria para simplificar) la relación entre el hombre y la mujer es asimétrica y escorada claramente en favor del primero. Lo que se constata no sólo en el ámbito familiar sino más ampliamente con relación a todo el entramado de relaciones sociales<sup>7</sup>.

Según una escuela tradicional, en el modelo islámico de familia, la mujer se encontraría subordinada al marido, a quien debe obediencia<sup>8</sup>. Por tanto, aunque las fuentes del Derecho islámico reconozcan la libertad y la dignidad de la mujer, sus derechos pueden ser limitados con el fin de conseguir objetivos “superiores” como puede ser la conservación del núcleo familiar.

Por un lado, se reconoce a la mujer el derecho a mantener el apellido de soltera, además de la titularidad de los bienes de los que fuera propietaria antes del matrimonio; de otro lado, le corresponden derechos de sucesión limitados en relación a los hombres, a quienes corresponde doble cuota que a las mujeres; tampoco disponen de derecho alguno sobre los bienes de la familia, a pesar de que no se les impone ninguna obligación de contribuir al sostenimiento de sus necesidades. Además, la mujer sólo puede trabajar si el marido presta su consentimiento.

Otras diferencias significativas entre el modelo europeo y el islámico derivan del hecho de que este último admite el matrimonio poligámico (a diferencia del modelo de familia imperante en la «Western tradition», para

<sup>7</sup> Para refrescar la condición actual de la mujer árabe, véanse las bonitas páginas de A. BELKÄID, *Etre arabe aujourd’hui*, Carnetsnord, 2011, pp. 173-175, quien sitúa como prueba de fuego de la condición femenina que «certes, la situation des femmes arabes n'est pas totalement sombre. Il y a quelques acquis et les changements au cours des quarante dernières années ont été considérables [...] Mais, à dire vrai, tout cela n'est guère satisfaisant car l'ordre masculin reste matre de l'espace public et chaque once de liberté grappillée par les femmes peut-être remise en question du jour au lendemain. Surtout, l'égalité des droits reste un vœu» (en francés en el original).

<sup>8</sup> No faltan opiniones contrarias que interpretan de un modo diferente El Corán en la parte dedicada a la mujer en el interior de la familia hasta el punto de afirmar que la sumisión de la mujer no operará en relación con el marido sino en relación con Dios. Al respecto R.N. EL MEKKAOUI, *La Moudawana*, op. cit., pp. 311 ss.

la que la monogamia es un principio fundamental) y de que sólo es posible para el marido la decisión de disolución del vínculo matrimonial.

A la luz de estas rápidas pinceladas se comprende bien lo problemático que puede ser el reconocimiento para los tribunales nacionales europeos de la tutela o protección de ciertas prácticas o situaciones tal como les reclaman los integrantes de las comunidades residentes en Europa, que se rigen por la tradición islámica.

Las sociedades en que operan estos tribunales sólo pueden definirse como multiculturales en la medida en que en ella coexistan una pluralidad de grupos étnicos diferentes caracterizados por diferentes (a veces radicalmente diferentes) identidades, práctica sociales, tradiciones, estructuras normativas. Estas sociedades no están llamadas a afrontar la diversidad de la que sean portadores individuos singulares en un contexto homogéneo. En las sociedades multiculturales la realidad es mucho más compleja en el sentido de que los grupos en los que se integran los individuos reclaman el respeto y el reconocimiento de la identidad colectiva propia, haciendo valer las diversas diferencias<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Un examen en profundidad del concepto de «sociedad multicultural» véase en S. FERLITO, *Le religioni, il giurista e l'antropologo*, Rubbettino, 2005, especialmente pp. 25-36, sobre la base de su diferenciación de la sociedad simplemente pluralista. Merece ser reproducido un pasaje que sintetiza de modo eficaz el pensamiento del autor: «el pluralismo acoge la diversidad en la medida en que son compatibles con un escenario cultural compartido [...] lo que conlleva siempre un trasfondo cultural, emocional, y simbólico común y homogéneo dentro del cual se admiten las diferencias no sólo de naturaleza individual sino sobre todo las de tipo «normal»; esto es, debe tratarse de diferencias que entran en un estándar de variabilidad predefinido por un modelo cultural dado y que no desentonan de las tonalidades de base [...] el tipo de pluralismo conceptualizado por la tradición liberal [...] es un pluralismo calibrado para hacer frente a las diferencias “normales”, o sea, las que existen entre individuos que se diferencian por las distintas maneras de ver el mundo y de las concepciones del bien [...] la conceptualización del pluralismo como pluralidad de concepciones del bien se muestra ampliamente insuficiente para afrontar las tensiones sociales propias de una sociedad multicultural en la cual los conflictos reales o potenciales no derivan sólo, o mejor, no manan sólo de desencuentros ideológicos individuales sobre las distintas visiones del mundo y concepciones del bien, como

Entre los múltiples ejemplos en los que la comunidad islámica solicita el reconocimiento de las propias reglas de conducta, extrañas a las de la sociedad de acogida, haré referencia a una en concreto, quizás menos conocida de otras, en la que es perceptible de inmediato el conflicto que se crea entre comunidad acogida y ordenamiento de acogida. Este tipo de problema es resuelto por los tribunales a través de la individualización (aplicación) de normas de derecho internacional privado idóneas en la solución del caso.

Cada vez con más frecuencia los tribunales nacionales europeos son llamados a reconocer la existencia de obligaciones derivadas del vínculo matrimonial. Se hace referencia al «*Mahr*», consistente en una cantidad de dinero dado o prometido por el hombre a la mujer en el acto de celebración del matrimonio (o en su consumación, de acuerdo con otra interpretación), la cual puede satisfacerse en todo o en parte antes del matrimonio o después, en caso de divorcio o fallecimiento de uno de los cónyuges.

El significado atribuido originariamente a esta suma de dinero en la tradición islámica es la de «precio» por la adquisición de la esposa, degradada así a la categoría de mercancía de propiedad del marido. Los tribunales de algunos países del norte de Europa se han ocupado de esta institución esforzándose por evitar interpretaciones incompatibles con el conjunto de principios fundamentales llamado orden público del ordenamiento jurídico de acogida. La ausencia de su previsión expresa entre las normas de Derecho internacional privado ha obligado al juez a buscar institutos de derecho interno de análogas funciones. Las soluciones constructivas elaboradas por los jueces son en esencia las tres siguientes, en algunos casos: el «*Mahr*» se ve como un instrumento a través del cual los cónyuges regulan las pretensiones sobre el patrimonio común; en Inglaterra, se ha entendido como una «*consideration*» del «*contract of marriage*» suscrito por los cónyuges; en otros casos, incluso, se ha interpretado como objeto de la obli-

---

de las reivindicaciones que fulminan conflictos identitarios de grupo» (pp. 32-33). Las reivindicaciones exigidas por los grupos no se refieren al reconocimiento de derechos individuales sino colectivos.

gación de sostenimiento de la mujer. En otros pronunciamientos<sup>10</sup>, en fin, el «Mahr» se contempla como una suma que el marido debe a la mujer en concepto de alimentos. Esta calificación, sin embargo, convierte en problemático el reconocimiento de tal derecho en los casos en los que la mujer sea económicamente independiente o en los que el marido no goce de una posición económica más sólida. Es oportuno recordar que en el mundo islámico la regulación del «Mahr» prescinde de las condiciones en que se encuentra el marido y, por tanto, no puede darse una superposición de la institución con la de la obligación de mantenimiento.

Un sector doctrinal opina que, al no ser contrario a los valores fundamentales del Derecho europeo, el «Mahr» gozaría del estatus de «droit acquis il cui enforcement» y se sumaría a las demás tutelas reconocidas a la mujer, sin que pueda considerarse sustantiva de estas últimas. De modo que la dación debería ser considerada independiente de otras demandas judiciales dirigidas al reconocimiento de los derechos al sustento o de los bienes familiares<sup>11</sup>.

Otros auguran que los tribunales preferirán recurrir a las técnicas y argumentos del derecho comparado y sostienen que la perspectiva más acertada a la hora de evaluar el instituto sería considerarlo como un instrumento de «gender justice» dentro de los límites posibles en el contexto cultural originario. Lo que no debería entenderse como un instrumento para conseguir la llamada «gender equality», valor extraño a la tradición en que hunde sus raíces el instituto, sino más bien, en coherencia con esta última, como un reconocimiento diferente de la «equal worth» de los cónyuges expresamente reconocido por el Corán<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Una relación casuística de los tribunales del norte de Europa puede verse en L. LÝVDAL, «“Mahr” and gender equality in private International law: the adjudication of “Mahr” in England, France, Norway and Sweden» R. MEHDI-J.S. NIELSEN, *Embedding «Mahr» (Islamic dower) in the European legal system*, Djøf Publishing, 2011, pp. 77 y ss.

<sup>11</sup> S. RUTTEN, «The struggle of embedding the Islamic “Mahr” in a Western legal system», in R. MEHDI-J.S. NIELSEN, *Embedding «Mahr»*, op. cit., p. 139.

<sup>12</sup> Véase L. LÝVDAL, «“Mahr” and gender equality», op. cit., pp. 80 y ss. y E. JAYME, «Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto

El reconocimiento de este instituto a cargo de los tribunales europeos produciría entonces efectos positivos en la medida en que, de un lado, aseguraría una cierta forma de tutela a las mujeres y, de otro lado, aumentaría las posibilidades de que las decisiones judiciales europeas sean reconocidas en los países de origen de los cónyuges que aplican el derecho musulmán.

Todas estas cuestiones que acabamos de señalar demuestran claramente las dificultades a las que se enfrentan los jueces europeos para resolver cuestiones cuyo correcto planteamiento exige la comprensión de un substrato cultural distinto del país en que ellos mismos operan y que tampoco pueden resolverse sólo con la aplicación de las normas de derecho internacional privado cuya incidencia, por lo demás, está siempre condicionada por el mencionado elemento de extranjería.

Hasta aquí se ha apuntado el problema del reconocimiento por parte de los poderes públicos europeos de instituciones o prácticas extrañas a su historia y contexto cultural. En el siguiente apartado se considerará la hipótesis inversa. Se abordará la posible influencia en los ordenamientos islámicos de los principios sobre los que se cimientan las regulaciones europeas de Derecho de familia. Se tomarán así en consideración dos ordenamientos específicos: Marruecos y Argelia.

### **3. UNA MIRADA A LA SITUACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN MARRUECOS Y ARGELIA**

La reforma acometida en Marruecos en 2004 introdujo algunas novedades en el sentido de incrementar la protección de la mujer casada. Entre ellas destacan: a) la instauración de secciones dentro de los tribunales de primera instancia llamadas «secciones de la justicia de la familia»; b) la

---

internazionale privato», *Riv. dir. int. priv proc.*, 1993, pp. 295 y ss., donde se hace referencia a un pronunciamiento del BGH en que considera aplicable la ley alemana interpretándola a la luz de los preceptos islámicos relativos al instituto del «Mahr».

reducción del margen de discrecional reconocida en el pasado al «qadi» a quien hoy competirían, según algunos autores, sólo funciones notariales; c) la atribución a la mujer de un derecho a la disolución unilateral del matrimonio, llamado «siqaq», equivalente al derecho de repudio reconocido tradicionalmente sólo al marido, en cuya virtud puede obtener la disolución del vínculo seis meses después de presentar una demanda tras demostrar que la relación es insostenible<sup>13</sup>.

Las reformas legislativas no rompen los lazos con la tradición que emerge con contundencia en las previsiones que confirman la tradicional tutela y que legitiman al juez competente en materia de familia a autorizar el matrimonio de las menores incluso sin su consentimiento.

A pesar de que el nuevo código no habla del marido como el único cabeza de familia y a pesar de reconocer la condivisión de las responsabilidades de los cónyuges en la gestión de los asuntos familiares, persiste en favor del cónyuge masculino el reconocimiento de la representación legal de los hijos, además de su obligación de mantener a la familia. Incluso se reconoce todavía al marido el derecho al repudio, por más que su ejercicio se haya sometido a control, así como se le confiere una cuota mayor de la que corresponde a la mujer en caso de sucesión. La dirección tomada, en fin, por el legislador marroquí no ha traído un reconocimiento del modelo de familia concebida como una comunidad de personas iguales. El valor de la unidad familiar conserva pues toda su preeminencia respecto de la protección de cada uno de sus miembros<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Un resumen de las principales novedades incluidas en la Mudawwana, véase en M. LOUKILI, «La nuova Mudawwana marocchina: una riforma nella continuità» en R. ALUFFI BECK-PECCOZ (a cura di), *Persone famiglia diritti*, op. cit., pp. 31 y ss.

<sup>14</sup> Tal como pone de manifiesto R.N. EL MEKKAOUI, *La Moudawanah (Code Marocain de la famille)*, op. cit., pp. 95-96: «le débat politique [...] désunit la famille. [...] le paysage politique est devenu lourdement et excessivement regorgé par les hantises “familiales”, tendant, dans leur totalité, à dissocier les ménages: l'égalité des sexes ou plutôt leur conflit et leur hostilité, la transformation des normes familiales en liberté individuelle et vie privée... n'en sont que des exemples [...] les bouleversements survenus dans la famille l'ont emmenée de la sérénité à l'instabilité, de roles hommes/femmes précisément définis à des roles équivoques, de la solidarité

Sobre la base de estos elementos parece que puede compartirse la posición de quien analiza esta reforma anclada en las propias raíces tradicionales del Derecho islámico, coherente con la anteriormente vigente Mudawwanay al dictado de la escuela malikita.

En Argelia, la reforma del derecho de familia aprobada en 2005 reconoció expresamente el Derecho musulmán como fuente de Derecho principal.

La igualdad de los cónyuges no goza del estatuto de principio general sino que se circunscribe a algunos aspectos, como son los referidos al derecho de habitación y de custodia de los hijos. No se han suprimido ni la tutela matrimonial, ni la poligamia (aunque se haya restringido), ni el repudio. Las novedades acaecen en materia de capacidad de obrar, fijada, al igual que la capacidad matrimonial, en diecinueve años; en la libertad de consentimiento matrimonial, en el sentido de que el vínculo sólo puede ser constituido en presencia de la voluntad libremente expresada de los contrayentes; y en el terreno de las causas de disolución del matrimonio.

En relación con las cuales, junto con la tradicional del repudio marital, se prevé la disolución de mutuo acuerdo además de aquel provocado por la voluntad de la mujer siempre que se dé uno de estos tres supuestos: a) pago previo del respectivo «hul» (ya contemplado tradicionalmente); b) desacuerdo persistente entre ambos cónyuges; c) violación de las cláusulas del contrato de matrimonio.

La ratio de las reformas acometidas en los ordenamientos de referencia se orienta hacia la exigencia de reforzar la coherencia del sistema en su conjunto. A través de las nuevas normas el legislador de ambos ordenamientos ha tratado de colmar el «gap» que había entre la lógica propia del Derecho de familia, profundamente radicada en la tradición, y la lógica del ordenamiento en su conjunto, inspirado en modelos que se salen del entorno de la Sharia.

Las reformas, con todo, no han roto el vínculo con la tradición. A lo sumo, han atenuado la posición de fuerza del marido.

---

familiale à l'individualisme de la famille considérée comme noyau dur de la société à l'individu divinisé». Todo ello, según el autor, sobre la base de una «véritable crise familiale» (en francés en el original).

#### 4. CONCLUSIONES

Parece que puede constatarse que por ahora la implantación de los derechos de familia norteafricanos es distante del modelo europeo, donde cobran protagonismo central la persona y los derechos subjetivos a ella referidos: derechos que representan la más evidente expresión de una cultura fundada en la persona y su tutela<sup>15</sup>.

Verosímilmente la transformación de régimen político acontecido tras la primavera árabe no comportará por sí la penetración de los principios basamentales del modelo occidental del derecho de familia.

Las reformas del derecho de familia a que se ha hecho referencia, de otro lado, han sido introducidas antes del vendaval de primavera sin que puedan, por tanto, ser referenciadas a las transformaciones de los regímenes políticos que trajo la Primavera árabe.

Tampoco parece descabellada la opinión de que las reformas fueron introducidas por una minoría iluminada mientras la mayoría permanecía anclada a las prescripciones de la tradición islámica. Lo que explicaría la resistencia a las reformas de algunas capas de estas sociedades que desconocían los valores sobre los que se fundaba su identidad o que cuando menos introducían reglas difícilmente compatibles con ellos<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Al respecto me remito al bonito ensayo de S. FERLITO, «Diritto soggettivo e diritti umani. Una comparazione giuridica» en *16 M.J.H.R.* 2012, pp. 93-161.

<sup>16</sup> Al respecto, M.H. BENKHEIRA, «Il diritto civile alla conquista del mondo. Ovvero come spiegare le resistenza alla riforma del diritto di famiglia nei paesi musulmani?» en R. ALUFFI BECK-PECCOZ (a cura di), *Personae famiglia diritti*, p. 59 y ss., quien identifica las razones de la resistencia a la recepción de la legislación occidental sobre derecho de familia por la dificultad de importar la «concepción metafísica» sobre la que aquélla se asienta (p. 60). Observa que «los sistemas normativos, no siendo simples técnicas de organización de la sociedad, no son fungibles» (p. 66) además de que «el derecho no es sólo técnica [...] no existe el derecho en general, sino sólo derechos histórica y culturalmente determinados» (p. 68). La cuestión que se apunta en el texto se refiere a la representación del fenómeno jurídico a través del concepto de estratificación, una perspectiva conforme a la cual el derecho estaría conformado por el conjunto de reglas jurídicas y sociales que observa una determinada comunidad.

Puesto que el derecho es una realidad compleja que no se reduce sólo a su dimensión ‘oficial’, está ampliamente difundida la convicción de que la probabilidad de éxito de las intervenciones normativas del legislador de un país (ponderables desde el grado de efectiva observancia por la comunidad a la que se dirigen) dependen de su capacidad de adaptación «al orden expreso de las clases de derecho preexistentes y de su incidencia en los valores» de la comunidad a la cual se dirigen<sup>17</sup>.

Europa dispone, en el pasado reciente de la Turkía de Ataturk, un significativo ejemplo de la divergencia entre tradición y derecho positivo. El intento del poder político por occidentalizar el sistema jurídico y la sociedad fue paradigmático en la progresiva expansión del principio de laicidad alcanzado en el seno del ordenamiento oficial bajo la fórmula de una nítida separación entre esfera privada y pública<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente*, op. cit., p. 2 observa que «el mismo núcleo de la categoría general aporta el Derecho objetivo, tal como lo entendemos nosotros (es decir como el conjunto de reglas impuestas por el Estado que ordenan la vida en sociedad), no reina oficialmente en las tradiciones extra occidentales donde se ve desafiado por la relevancia cotidiana asignada a diversas clases de Derecho que mantienen una extraordinaria vitalidad» (p. 29).

<sup>18</sup> Sobre la experiencia turca y las tensiones derivadas de la dialéctica entre condificación y tradición sociocultural preexistente E. ÖRÜCÜ, «How far can religion be accommodated in the laic family law of Turkey?», in J. MAIR- E. ÖRÜCÜ (a cura di), *The place of religion in family law: a comparative search*, Intersentia, 2011, pp. 117 y ss., quien identifica como principal obstáculo a la codificación del Derecho de familia la oposición ejercida por muy concretos grupos sociales: «the effects of this codification spread only to urban areas and remained controversial, since both the conservatives and minority religious groups resisted it [...] for conservative Islamists, as women occupied a secondary position in social life, there was no need to depart from classical Islamic law» (en inglés en el original). Véase también E. ÖRÜCÜ, «Turkey: change under pressure», E. ÖRÜCÜ-E. ATTWOOLL-S. COYLE, *Studies in legal systems: mixed and mixing*, Kluwer, 1996, p. 89 y ss. La experiencia turca demuestra evidentes paralelismos con las otras. M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente*, op. cit., pp. 29-30 recuerda la experiencia fallida del código de Etiopía que son imputables según la autora al «hecho que las reglas que traía consigo, de inspiración

El carácter expansivo del principio fue impulsado por la derogación, en 1928, de la previsión constitucional según la cual el Islam era la religión del Estado así como por su correlativa mención como principio fundamental, de modo que en el Preámbulo mismo de la Constitución se establece que los sentimientos religiosos no deben interferir en la política y en los asuntos de Estado. Mientras, el Derecho Positivo reconoce únicamente el matrimonio civil cuando la práctica social evidencia, en llamativa contradicción, un masivo recurso al matrimonio religioso.

Todo lo cual ha generado una fractura entre Derecho y sociedad (compuesta por el 98 % de musulmanes) y la frecuente inobservancia del Derecho oficial relativo a controversias de carácter familiar. La situación se ha ido recomponiendo pacientemente por los tribunales a través del reconocimiento de los institutos de protección de ciertas relaciones relevantes sólo para la tradición islámica pero jurídicamente irrelevantes para el ordenamiento oficial.

La experiencia turca demuestra cómo la posición de los tribunales es determinante en la fatigosa identificación del necesario punto de encuentro entre las normas y las costumbres sociales que puedan ser expresión de valores profundamente distintos. Lo que es cierto también si se mira hacia la aplicación de las reformas por parte de las cortes de los países norteafricanos, cuyo «backbone» está constituido por la tradición islámica.

La posición aperturista o tradicionalista de los jueces puede hacer mucho. Basta pensar en ciertos pronunciamientos de los Tribunales tunecinos a propósito de cuestiones sucesorias o del ejercicio del derecho de custodia de los hijos en el entorno de matrimonios mixtos que haciendo honor a sus normas constitucionales, que reconocen el Islam como religión estatal (a pesar de que la Sharia no sea ya reconocida como fuente del Derecho), terminan posicionándose en la retaguardia.

---

europea, no encontraban la más mínima correspondencia con el sustrato jurídico tradicional por el que se regía la población, y con ella, los jueces, que eran reacios a atenerse a ellas».

La verdad es que el Islam es un fenómeno de elevada complejidad que engloba en su seno realidades profundamente heterogéneas. A la par, los acontecimientos de los últimos años en Egipto, Marruecos y Libia no son de lectura fácil y, a día de hoy, no es fácil intuir la evolución que pueda experimentar el Derecho de familia.

Lo que definitivamente debe arrinconarse es la simplista y superficial explicación conforme a la cual la complejidad de los acontecimientos recientes aunados en la sugestiva enseña de la primavera árabe sería un fruto, un viento que sopla de occidente, la epifanía de una serie de circunstancias que hunde sus raíces en una cultura extraña al contexto en el que los acontecimientos mismos se desenvuelven.

Más plausible parece la interpretación según la cual la primavera árabe debería ser vista como un fenómeno en el interior de la propia cultura del Islam. La tradición islámica se ha caracterizado por un cierto grado de flexibilidad, como un traje a medida de quien lo porta, y que se puede realizar tanto en las instancias de quien promueve una interpretación conservadora como en las que consideran posible una interpretación evolutiva que, ateniéndose a los preceptos fundamentales, tenga en cuenta las transformaciones sociales<sup>19</sup>.

En opinión de quien escribe, el fenómeno retratado por la sugestiva definición de feminismo islámico es significativo desde el punto de vista de un replanteamiento en clave de adecuación del Derecho islámico encaminada a un nuevo enfoque de la posición de la mujer («in primis», en el contexto de la familia). Sucede sin embargo que este enfoque no se com-

<sup>19</sup> Al respecto, BELKÄID , *Etre arabe aujourd’hui*, cit., pp. 118 ss. Del carácter abierto de la tradición islámica encontramos un claro ejemplo en el papel que la Sharī‘a ha jugado en el sistema egipcio. Véase B. DUPRET, «A return to the Sharī‘a? Egyptian judges and the reference to Islam», in N. YASSARI (a cura di), *The Sharī‘a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt- Implications for private law*, Mohr Siebeck, 2005, p. 162 quien observa que «the Sharī‘a stands out as a legal repertoire, that is a resource that practitioners have at their disposal and that they use simultaneously or in conjunction with others, in a game whose nature seems primarily rhetorical» (en inglés en el orginal).

padece con las categorías o formas de ver las cosas del feminismo occidental sino que se sitúa en la senda de una solución de continuidad con la tradición islámica<sup>20</sup>. Se caracteriza por la defensa de algunos institutos o roles que pueden aparecer como formas de opresión o discriminación ante una mirada extraña, pero que sin embargo son defendidas como formas liberatorias<sup>21</sup>. Tal estrategia se desarrolla a través de un análisis normativo de los textos sagrados o, por usar una expresión muy frecuente, una libre exégesis de los textos sagrados («itihad»)<sup>22</sup> en la que la sacralidad, lógicamente, no se debate sobre la temporalidad de sus interpretaciones<sup>23</sup>.

No se puede, en fin, predecir con seguridad las direcciones que tomará el Derecho de familia, pues tanto podrá forzar los derechos individuales, y señaladamente la posición de la mujer, como decantarse por bruscos

<sup>20</sup> R. PEPICELLI, «Donne e diritti nello spazio mediterraneo», F. CASSANO-D.ZOLO (a cura di), *L'alternativa mediterranea*, Feltrinelli, 2007, p. 319. D. ZOLO, «La questione mediterranea», en F. CASSANO-D. ZOLO (a cura di), *L'alternativa mediterranea*, cit., p. 50, pone de relieve «el [...] rechazo de lo secular [esgrimido por los exponentes del feminismo islámico] como condición de la emancipación de las mujeres árabes y, en general, como premisa necesaria de la democracia misma». M. FOBERT VEUTRO, «Donne musulmane immigrate fra tradizione ed emancipazione», S. ANDO'-G. ALPA-B. GRIMALDI, *I diritti delle donne nell'area del Mediterraneo. Civiltà a confronto, pari opportunità, identità e tutela delle differenze*, ESI, 2010, pp. 187 y ss., retoma la postura de Fatema Mernissi según la cual también la cultura occidental expresa una voluntad de potencia de los hombres sobre las mujeres. Lo que cambia son los instrumentos: «si en Oriente los hombres usan el espacio para dominar a las mujeres imponiéndoles el velo si quieren acceder a lugares públicos, en Occidente usan el tiempo y las imágenes».

<sup>21</sup> Una crítica vigorosa del feminismo occidental R.N. EL MEKKAOUI, *La Moudawana*, pp. 96 ss.

<sup>22</sup> D. ZOLO, «La questione mediterranea», *op. cit.*, p. 40. Un ejemplo claro de renovada interpretación de los textos sagrados lo constituye R. Pepicelli, «Donne e diritti nello spazio mediterraneo», *op. cit.*, p. 321 en relación con la sura IV del Corán, que dispone que «los hombres son responsables de las mujeres porque Dios ha dado a los primeros más que a las segundas, y porque así conservan sus bienes». Un párrafo que no legitimaría una superioridad masculina sino simplemente el deber de los hombres de hacerse cargo de las mujeres en momentos delicados de sus vidas».

<sup>23</sup> R. PEPICELLI, «Donne e diritti», *op. cit.*, p. 321.

«revirements». Sería necesaria una bola de cristal para vaticinarlo<sup>24</sup>. Lo que sí parece plausible es que una eventual política reformadora será perseguida en el seno de un Islam preocupado por garantizar la tradición y la transmisión cultural. Las eventuales reformas deberán ser analizadas sin prejuicios teniendo bien presente el contexto sociocultural en que se insertan.

El Derecho no es una mera técnica de organización de las sociedades humanas. Los sistemas jurídicos no son fungibles. Si se discute la idea, a menudo presente, según la cual el Derecho de Europa occidental es expresión de una lógica universal (y exportable por tanto a todo el mundo) se debe pensar en coherencia que la evolución de un sistema se produce en el ámbito en que se inserta. El Derecho, en sustancia, es expresión de la identidad de una sociedad. Se puede objetar que las sociedades cambian. Y es verdad. Pero si estructuras sociales cristalizan reglas religiosas, algunos cambios son ciertamente imposibles.

**Resumen:**

*El artículo mira a la primavera árabe desde la perspectiva de las relaciones conyugales en la tradición islámica. A colación de los cambios recientes que se han producido en algunos países de la zona del Magreb, nos preguntamos si la evolución de los régimenes políticos en un sentido democrático puede traer consigo procesos de reforma del Derecho de familia que favorezcan la asunción de la lógica de la igualdad en las relaciones entre cónyuges. El modelo islámico de familia parece caracterizarse por una nítida asimetría de derechos en favor del marido. El análisis de la cuestión tiene un doble reverso: no sólo tiene una relevancia interna en los mencionados países, sino también significativa para una Europa cada día más multicultural, y llamada a enfrentarse a las reivindicaciones y problemas de comunidades con prácticas sociales y reglas jurídicas profundamente distintas a las vivientes en los Estados miembros de la Unión.*

**Palabras Clave:** Primavera árabe, derecho y religión, tradiciones jurídicas, Derecho islámico, relaciones maritales.

<sup>24</sup> A. BELKÄID, *Etre arabe aujourd’hui*, op. cit., p. 176, señala que la primavera árabe podría acarrear un empeoramiento de la condición femenina: «le Printemps arabe fait paradoxalement craindre le pire pour l’avenir des femmes car nombre de dictatures les ont plus ou moins protégées contre la misogynie et la violence des hommes. Cette apprehension concerne surtout les Tunisiennes, qui craignent de perdre les droits que beaucoup de leurs sœurs arabes leur envient» (en francés en el original).

**Abstract:**

*Conjugal relationships in those countries which experienced the so called ‘Arab Spring’ are the focus of this paper. At stake is the issue if the events which changed the political structure of those countries may affect the level of family law, and in particular of intraspousal relationships, which are deeply entrenched in the Islamic legal tradition. This model is marked from an asymmetry between husband and wife, in favor of the former. The issue is relevant not only as to the above mentioned countries, but also with regard to Europe. Since Europe has become multicultural, it has to deal with social and legal rules of diverse ethnic groups living on its territory which are different from (or even at odds with) the principles lying at the basis of the laws enacted from European countries.*

**Keywords:** *Arab Spring, Law and religion, legal traditions, Islamic law, spousal relationships.*

# LA CONSTITUCIÓN EGIPCIA DE 2012: LÍNEAS DE DESARROLLO Y PROSPECTIVA \*

ULRIKE HAIDER-QUERCIA \*\*

## SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. LA RECENTE HISTORIA CONSTITUCIONAL EGIPCIA
3. EL «ITER» INSTITUCIONAL DESDE LA CONSTITUCIÓN «AD INTERIM» A LA CONSTITUCIÓN DE 2012
4. LA CONSTITUCIÓN EGIPCIA DE 2012
5. CONCLUSIONES: EL EQUILIBRIO DINÁMICO ENTRE ISLAM POPULAR Y ESTATALIDAD LAICO-NACIONAL EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

## 1. INTRODUCCIÓN

Entre los países implicados en el denominado fenómeno de las «primaveras árabes»<sup>1</sup>, Egipto es el que ha estado en mayor medida expuesto a la influencia europea y constituye desde hace tiempo uno de los principales centros para las reflexiones sistemáticas sobre los problemas de la adap-

\* Traducido del italiano por Susana Ruiz Tarrías.

\*\* Profesora de Derecho Constitucional. Universidad Marconi de Roma (Italia).

<sup>1</sup> Para una reconstrucción de los diferentes movimientos y acontecimientos que caracterizan el fenómeno de las primaveras árabes y una lectura constitucional nos remitimos a P. HÄBERLE, «La primavera araba» (2011/12) desde la perspectiva de la doctrina de la Constitución entendida como ciencia de la cultura, en M.E. Guasconi, *Declino europeo e rivolte mediterranee*, Turín, 2012, p. 191 y ss. Para un análisis de los efectos jurídicos de las primaveras árabes, y en particular sobre la nueva expan-

tación del derecho islámico a las modernas exigencias de vida<sup>2</sup>. Desde esta perspectiva adquieren especial relevancia los actuales desarrollos constitucionales en el país líder del mundo árabe-islámico<sup>3</sup>.

La adopción de una nueva Constitución elaborada por una asamblea constituyente entre septiembre y noviembre de 2012, y aprobada con más del 60% de los votos favorables en referéndum popular celebrado el 15 y el 22 de diciembre de 2012, es un paso jurídicamente obligado según las previsiones del ordenamiento transitorio<sup>4</sup> y políticamente necesario para superar el viejo régimen bajo la dirección de Hosni Mubarak, expresando la voluntad de modernizar y democratizar la sociedad y el Estado egipcio.

Egipto, aún inspirándose en los modelos occidentales (en particular respecto del principio de separación de poderes adoptado), en las anteriores Constituciones había privilegiado tendencialmente formas de concentración del poder y modalidades de uso del poder que prescinden del consenso de los gobernados. El sistema constitucional afirmado a través de las cuatro experiencias republicanas desde Nasser en adelante y que hoy constituye el referente histórico-institucional para la nueva experiencia constitucional egipcia tiene una connotación esencialmente autocrática, caracterizada, al mismo tiempo, por un sistemático reclamo a los valores de la religión islámica.

---

sión de los principios islámicos en el derecho de la organización de los poderes públicos en el mundo árabe-islámico véase C. SBAILÒ, «La riespansione del principio ordinatore islamico: riflessioni di metodo comparatistico e di dottrina costituzionale sulla «primavera araba»», en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, vol. 3/2012, pp. 801 y ss.

<sup>2</sup> Sobre este aspecto véase D.R. POHL, *Islam und Friedensvölkerrechtsordnung*, Wien, 1988, p. 87 y ss.

<sup>3</sup> Egipto asume un papel de liderazgo en el mundo islámico no sólo desde un punto de vista económico y geopolítico, sino también religioso, jurídico y cultural. Se ha subrayado cómo algunos elementos estructurales del sistema político-institucional egipcio son comunes a todos los sistemas políticos del área árabe-islámica, Cfr. C. SBAILÒ, «L'Egitto, tra mutamento di regime e transizione costituzionale», en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, vol. 2/2011, p. 345.

<sup>4</sup> Cfr. Art. 60 Constitución egipcia ad interim proclamado el 30 de marzo de 2011 por el consejo supremo de las fuerzas armadas.

El presente estudio se propone confrontar la nueva Constitución egipcia adoptada en 2012 con las precedentes Constituciones republicanas para evidenciar los aspectos de continuidad con las experiencias del pasado, pero también las líneas de desarrollo y las potencialidades ofrecidas por la nueva Carta constitucional surgida en un contexto en el que los cambios institucionales son dirigidos no sólo desde las cúpulas militares y el ejecutivo (con el apoyo de las fuerzas políticas del islam popular), sino también —y ésta es una de las principales novedades— desde una armónica y difusa participación de los ciudadanos egipcios.

## 2. LA RECENTE HISTORIA CONSTITUCIONAL EGIPCIA

No es la primera vez, en la historia egipcia, que se intenta modernizar la organización de los poderes públicos a través del cambio del orden constitucional.

Un análisis comparado de las Constituciones egipcias contemporáneas evidencia cómo Egipto se encuentra desde hace tiempo en el centro de un proceso de modernización y cómo las reformas del sistema (de modo especial en el campo económico), han tropezado con otros fenómenos estructurales del constitucionalismo egipcio: la afirmación de modelos autocráticos monopartidistas o tendencialmente anti-pluralistas, la interferencia del poder militar en el proceso político, la limitación de fundamentales derechos civiles y políticos, y la compleja relación con la religión islámica.

Por tales motivos, que serán precisados a continuación en base a las Constituciones egipcias republicanas a partir del período de Nasser, se puede clasificar la forma de Estado egipcia entre aquellas que la doctrina califica como forma de Estado de la modernización<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Respecto a este modelo véase G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, vol. II, 6.<sup>a</sup> edizione, Padova, 2004, p. 157.

## 2.1. El periodo nasseriano: dictadura militar y modernización económica

La transición desde la monarquía constitucional a la República egipcia, creada con los gobiernos, primero del general Nagib y posteriormente, de Gamal Abdel Nasser<sup>6</sup>, ha sido dirigida completamente desde las cúpulas militares.

Como resultado de un golpe de Estado incruento del movimiento de los oficiales libres, el precedente ordenamiento de la monarquía constitucional, en la que la actuación del monarca estaba rígidamente vinculada a las leyes, fue derogado por la Constitución transitoria de 10 de febrero de 1953<sup>7</sup>. En el texto de esta última fueron fijados los primeros principios de la forma republicana del Estado egipcio y se estableció que la figura central del gobierno fuera el Presidente: cargo que debía ser ocupado, hasta las primeras elecciones, por el líder militar de la revolución<sup>8</sup>.

En la construcción de la dictadura militar de Nasser, las cúpulas militares habían asumido el control del poder y el monopolio de los medios de información antes de la promulgación de la Constitución de 1956, y a partir de 1953 fueron prohibidos los partidos políticos en Egipto (a pesar de la explícita previsión en la Constitución del derecho a «fundar asociaciones»)<sup>9</sup>. Es en este contexto político, en el que eran excluidos a priori po-

<sup>6</sup> Cfr. B. ASNARI, «Einführende Bemerkungen zu den Regierungssystemen in: Ägypten, Libanon, Syrien-Irak und Jordanien», en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, vol. 21, 1972, pp. 533 y ss.

<sup>7</sup> La monarquía constitucional en Egipto ha sido introducida por la Constitución de 1923. Cfr. G.E. PERRY, *The History of Egypt*, Westport, 2004, pp. 89 y ss., y B. TIBI, *Militär und Sozialismus in der Dritten Welt*, Frankfurt, 1997, pp. 194 y ss.

<sup>8</sup> Art. 47. Cfr. H. MATTES/W. ZÜFLE, «Ägypten», en A. STERNBERGER y otros, *Die Wahl der Parlamente und anderer Staatsorgane*, vol. 2, Berlin-New York, 1978, pp. 262 y ss.

<sup>9</sup> En base a la normativa de desarrollo de dicho precepto era considerada ilegítima la existencia incluso del partido de los Hermanos Musulmanes, suprimido por lo tanto, ya desde el período Nasser. El movimiento de la Hermandad musulmana,

tenciales aspirantes a la candidatura, donde Nasser ha sido «reelegido» diversas veces para desempeñar la función de Presidente<sup>10</sup>.

Posteriormente, en 1965, Nasser logró modernizar el régimen militar a través de una nueva Constitución que hizo confirmar mediante referéndum nacional en 1958.

La Carta constitucional fijaba nuevos principios fundamentales que constituían también la base de la Constitución de 1971 en el actual ordenamiento. Egipto era declarado formalmente un Estado árabe soberano, una República independiente y parte integrante de la nación árabe (art. 1). Su lengua es el árabe y su religión es el islam (art. 3). Junto a la referencia a la religión islámica como religión del Estado, la Constitución de Nasser establecía, que «La soberanía pertenece al pueblo» (art. 3, apartado 2.º), distinguiéndose de otras Constituciones islámicas que reconducen la soberanía a la voluntad de Dios<sup>11</sup>.

A diferencia de lo habitualmente previsto en otras Constituciones de los países islámicos<sup>12</sup>, las normas sobre el Jefe del Estado no prevén la pertenencia del mismo a la religión islámica sino que éste debe ser descendiente de padres egipcios y no debe pertenecer a una dinastía egipcia anterior.

---

sin embargo, no podía ser totalmente abolido en tanto que tenía el estatuto de organización religiosa y un gran consenso social en las masas del país. Cfr. G.E. PERRY, *The History of Egypt. Op. cit.*, p. 92.

<sup>10</sup> Cfr. D. HOPWOOD, *Egypt 1945-1990: Politics and Society*, London-New York, 1991, pp. 84 y ss.

<sup>11</sup> En el texto de la Carta constitucional las referencias al valor del Islam son, en su conjunto, genéricas. Ello no impide, sin embargo, que el Islam asuma un carácter estatal: la enseñanza de la religión islámica es, por ejemplo, obligatoria para todos los niños y, en consecuencia, también para aquellos pertenecientes a culturas diversas, en particular cristianos. En la concepción nasseriana, la estatalización no está, sin embargo, inmediatamente vinculada a la finalidad de una conversión al islam, sino a la de dar a conocer a los jóvenes ciudadanos egipcios los principios de la vida pública egipcia. Cfr. C. SBAILÒ, *Principi sciaraitici e organizzazione dello spazio pubblico nel mondo islamico. Il caso egiziano*, Padova, 2012, p. 184.

<sup>12</sup> Como, por ejemplo, Argelia.

Desde la perspectiva de la forma de gobierno, las Constituciones nasserianas<sup>13</sup> se centran en la figura del Presidente de la República, jefe del poder ejecutivo y de las fuerzas armadas, y titular del poder de nombramiento de los miembros de la asamblea unicameral<sup>14</sup>. Al Presidente, cuyo mandato era de seis años (art. 122), se reconocen importantes prerrogativas que anteriormente pertenecían al rey (sobre todo respecto al procedimiento legislativo<sup>15</sup> además de la declaración del estado de emergencia). La democratización del sistema viene a ser, sin embargo, rebatida por la carencia de previsiones de límites a los poderes presidenciales, además de a su reelección, permitiendo con ello, de hecho, la presidencia vitalicia y la afirmación de una figura presidencial «omnipotente».

Desde las Constituciones nasserianas destaca cómo la religión islámica proporciona los principios sobre los que se desarrolla la vida pública egipcia constituyendo, por lo tanto, un principio ordenador del espacio público en un país en el que los sistemas sociales están profundamente bañados de cultura y de espiritualidad islámica<sup>16</sup>. Esta característica prevalencia del elemento islámico era determinante también en las relaciones con Siria en los años 1958-1961, en las que se intentaba encauzar la construcción de un espacio público árabe-islámico. La tradición política egipcia basada en una doctrina que identificaba en el islam sobre todo un principio ordenador del espacio público se adaptaba mal en la Unión con Siria, país caracterizado por un elevado pluralismo religioso y político en el que el elemento prevalente es el árabe en sentido étnico-cultural y menos el islámico.

<sup>13</sup> Las Constituciones adoptadas durante los gobiernos de Nasser son las de 1956, 1958 y 1964.

<sup>14</sup> Ello refleja la milenaria tradición centralista y estatalista del país, atenuada únicamente durante la breve experiencia de la República árabe unida entre Egipto y Siria. Cfr. H. MATTES/W. SÜFFLE, «Ägypten», en A. STERNBERGER y otros, *Die Wahl der Parlamente und anderer Staatsorgane*, vol. 2, 1978, Berlin, p. 269.

<sup>15</sup> Cfr. H. MATTES/W. SÜFFLE, «Ägypten», en A. STERNBERGER, *Die Wahl der Parlamente und anderer Staatsorgane. Op. cit.*, p. 272.

<sup>16</sup> Cfr. C. SBAILÒ, *Principi sciaraitici e organizzazione dello spazio pubblico nel mondo islamico. Il caso egiziano. Op. cit.*, pp. 184 y ss.

Después de la muerte de Nasser, Anwar Sadat, intentando poner en práctica un programa de reformas<sup>17</sup>, promulgó en 1971 una nueva Constitución, aparentemente dirigida a hacer al sistema más liberal y pluralista pero que, en sustancia, no ha cambiado el carácter dictatorial del régimen.

## **2.2. Predominio de la cúspide del ejecutivo y retorno a la tradición islámica en la constitución de Sadat**

La Constitución de 1971, emanada durante el gobierno de Sadat, es considerada paradigmática respecto de la actual experiencia constitucional egipcia y constituye, por muchos motivos, un modelo de referencia para todo el mundo islámico en tanto que en ella se evidencian una serie de características y problemáticas a menudo recurrentes en el constitucionalismo islámico.

Especialmente, cuatro elementos emergen con carácter estructural en la «Constitución permanente» de Sadat<sup>18</sup>, manteniendo su relevancia también en la actual fase de transición constitucional: 1) la afirmación del principio según el cual el islam es Estado y religión («din wa dawla»); 2) el tendencial predominio de la cúspide del ejecutivo; 3) el papel determinante del militar en la vida pública y 4) el papel de la jurisdicción en el establecimiento del equilibrio entre «Sharia» y Constitución<sup>19</sup>.

Considerada por algunos la base para una democratización del sistema autocrático nasseriano<sup>20</sup>, por otros, sin embargo, como «rechazo del

<sup>17</sup> Cfr. H. MATTES/W. SÜFFLE, «Ägypten», en A. STERNBERGER y otros, *Die Wahl der Parlamente und anderer Staatsorgane. Op . cit.*, p. 291.

<sup>18</sup> La Constitución de Sadat será definida como la «Constitución permanente» para distinguirla de las otras, sujetas a repentinhas derogaciones. Cfr. C. SBAILÒ, «L'Egitto, tra mutamento di regime e transizione costituzionale», en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, vol. 2/2011, p. 342.

<sup>19</sup> Cfr. C. SBAILÒ, «L'Egitto, tramutamento di regime e transizione costituzionale». *Op. cit.*, p. 345.

<sup>20</sup> Entre las mayores innovaciones en términos de modernización aportados por la Sadat (que trataba de llevar a cabo políticas capitalistas para reactivar la economía egip-

constitucionalismo liberal»<sup>21</sup>, la Constitución de 1971 confirmaba, y racionizaba, una forma de gobierno que sobre el papel podía ser calificada como semipresidencial o multipartidista<sup>22</sup>. En la realidad concreta la forma de gobierno egipcia se caracterizaba como un gobierno de preeminencia presidencial, sistema que es considerado un rasgo típico de todas las experiencias constitucionales egipcias contemporáneas. El dato relevante era el mantenimiento de la centralidad y de la autonomía respecto de los otros órganos estatales que el Presidente asume en el concreto sistema político-institucional<sup>23</sup>. Autonomía que, en ausencia de un real bicefalismo del ejecutivo, era poco respetuosa con la lógica del «checks and balances»<sup>24</sup>.

---

cia en crisis) estaba el esfuerzo por la liberalización de la economía (art. 7), rompiendo la tendencia Nasser favorable a una economía planificada y controlada por el Estado para conseguir más justicia social. La Constitución de 1971 establece a este respecto que la economía está «basada en el desarrollo de la actividad económica, en la justicia social, en la garantía de varias formas de propiedad y en la garantía de los derechos de los trabajadores» (art. 4). Cfr. K. BÄLZ, «Marktwirtschaft unter einer sozialistischen Verfassung?», en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1998, p. 703 y ss.

<sup>21</sup> Cfr. C. SBAILÒ, «L'Egitto, tramutamento di regime e transizione costituzionale». *Op. cit.*, p. 346.

<sup>22</sup> Cfr. C. SBAILÒ, *Principi sciaraitici e organizzazione dello spazio pubblico nel mondo islamico. Il caso egiziano*. *Op. cit.*, p. 167.

<sup>23</sup> El Presidente Sadat utilizaba sus poderes en el sentido de los arts. 139 y 141 de la Constitución, que reservaban al Presidente, sin intervención del Parlamento, el nombramiento (y el cese) de los restantes cargos del ejecutivo, y en particular, del Primer ministro, de los miembros del gobierno y del vicepresidente. De este modo, era el mismo Sadat quien desarrollaba el cargo de Primer ministro, sin nombrar nunca ni siquiera a un vicepresidente. Cfr. C. SBAILÒ, *Principi sciaraitici e organizzazione dello spazio pubblico nel mondo islamico. Il caso egiziano*. *Op. cit.*, p. 200.

<sup>24</sup> Los escasos elementos de las instituciones fundamentales de un sistema parlamentario y, en concreto, la moción de censura y la moción de reprobación de un ministro, contenidos en la Constitución de Sadat, hacía referencia, sin embargo, sólo singularmente a los ministros y al Vice-primer ministro, pero no al propio primer ministro (art. 126, pár. 2 y 3, art. 128, art. 159 y Art. 160). La aplicación de la moción de censura en relación con el Primer ministro en base al art. 127 de la Constitución de 1971, resultaba muy difícil y más bien improbable dada la posibilidad de voto del Primer ministro.

Al mismo tiempo, sin embargo, la Constitución egipcia de 1971 ha introducido una fuerte legitimación popular del Presidente, quien, hasta las reformas de 2005, era nombrado por la Asamblea del pueblo y, posteriormente, sometido a confirmación mediante referéndum popular<sup>25</sup>. El sistema constitucional instaurado a partir de 1971 introducía, además, algún instrumento de democracia directa como el poder atribuido al Presidente (art. 152) de someter cuestiones relativas a los intereses fundamentales del país a la votación popular (sin prever al mismo tiempo, no obstante, una titularidad de la iniciativa referendaria para el cuerpo electoral).

Por lo que respecta al ámbito político, con la Constitución de 1971 se afirmaba que «el sistema político de la República Árabe de Egipto es un sistema multipartidista» (art. 5). La efectividad de dicha garantía, sin embargo, se limitaba a la previsión de que «los partidos políticos son regulados por la ley». Ello ha permitido, de hecho, a Sadat, controlar a través de una rígida normativa sobre los partidos políticos, la fundación de nuevos partidos y las candidaturas de la oposición. Además, la relativa tolerancia de los partidos, reconocida en base a la Constitución de 1971, no se aplicaba a las actividades políticas y a la fundación de partidos que se basaban en la religión, el origen étnico o sexual (art. 5, par. 2).

La tendencia de los años 80 del siglo pasado de un «retorno a la tradición» está en la base de una importante modificación, en términos de «islamización», de las instituciones. En 1980, la elevación de la «Sharia» a principal fuente de la legislación<sup>26</sup> era acompañada de la incorporación de una segunda Cámara en el Parlamento, la «Shura», sobre el modelo de

---

Por lo que se refería a la relación entre Presidente y Parlamento, en la experiencia egipcia se afirma la tendencia a que no se tratase de una relación consolidada y racionalizada entre tales órganos. De hecho, el Parlamento desarrollaba funciones, esencialmente, de «representación del cuerpo social», y en menor medida, de control de la actuación del ejecutivo. Cfr. C. SBAILÒ, *Principi sciaraitici e organizzazione dello spazio pubblico nel mondo islamico. Op. cit.*, p. 200.

<sup>25</sup> Cfr. C. SBAILÒ, «L'Egitto, tra mutamento di regime e transizione costituzionale». *Op. cit.*, p. 346.

<sup>26</sup> Cfr. A. BALDINETTI, «Politica e religione nell'Egitto contemporaneo», en F. MONTESSORO (a cura di), *Lo Stato islamico*, Milano, 2005, p. 183; N.J. BROWN,

la asamblea consultiva islámica, la única institución de derecho público prevista en el Corán<sup>27</sup>.

Un papel central en el presupuesto de las exigencias de modernización y de secularización en el contexto de la sociedad egipcia lo ha asumido la Corte Constitucional<sup>28</sup> (instituida con la Constitución de Sadat en 1971 por primera vez en el mundo árabe-islámico) que, a través del art. 2 de la Constitución egipcia, se convierte en garante del equilibrio del «din wa dawlah» y desarrolla un papel fundamental en la «laicización» de la sociedad egipcia<sup>29</sup>.

---

«*Islamic Constitutionalism in Theory and Practice*», en E. COTRAN/A.O. SHERIF (a cura di), *Democracy, the Rule of Law and Islam*, London-The Hague-Boston, 1999, p. 493.

<sup>27</sup> La Constitución (art. 195) prevé, no obstante, que la Shura sea consultada sobre los siguientes aspectos: modificación de la Constitución, proyectos y planes generales para el desarrollo social y económico, la integridad territorial y la soberanía de Egipto, proyectos de ley cuando lo solicite el Presidente de la República, cuestiones de política general del Estado y cuestiones internacionales cuando lo solicite el Presidente de la República. Durante el gobierno de Sadat (y durante la mayor parte del gobierno de su sucesor) la segunda cámara de representación del cuerpo social no tenía, si embargo, particular influencia política sino una configuración eminentemente consultativa. Cfr. C. SBAILÒ, «L’Egitto, tra mutamento di regime e transizione costituzionale». *Op. cit.*, p. 346.

<sup>28</sup> Regulada en los artículos 174-178 de la Constitución egipcia.

<sup>29</sup> En la tradición constitucional egipcia ha sido siempre la Corte Suprema quien ha proporcionado la oficial y concreta interpretación de la consideración de los principios de la ley islámica respecto del ordenamiento jurídico egipcio, utilizando los márgenes de flexibilidad que la formulación del artículo mencionado permite. En este sentido, por ejemplo, el disfrute de los derechos y de las libertades constitucionales (y de los derechos internacionales del hombre), son tomados en consideración en tanto que expresión y fundamento de una «buena conducta de vida». Las interpretaciones de la Corte, de este modo, no sólo han conservado, sino también reforzado, unos principios de las doctrinas constitucionales liberales que ésta había desarrollado. Cfr. R. PETERS/B. WEISS, *State Law as Islamic Law in Modern Egypt*, Leiden-Boston, 2006, p. 141 y ss. Entre las diferentes decisiones más recientes de la Corte Constitucional egipcia en relación con el estatuto jurídico de las mujeres, adquieren especial relevancia la sentencia en la que se reconoce la legitimidad de la prohibición para las estudiantes de llevar velo (en relación a la misma, véase N.J. BROWN/C.B. LOMBARDI,

Los derechos y libertades fundamentales garantizados por la Constitución de 1971<sup>30</sup> sufrían, de hecho, significativas limitaciones, ya fuera en base a la Carta constitucional misma, como consecuencia del discutido art. 5, apartado 2.<sup>º</sup>, que prohibía la actividad política de carácter religioso, ya desde la legislación de emergencia también de rango primario<sup>31</sup>. En realidad fue durante el régimen de Sadat cuando se registraron crecientes episodios de encarcelaciones de disidentes, especialmente islamistas y pertenecientes a la iglesia cristiana copta. Esta fase de la política egipcia se cierra con el asesinato de Sadat en 1981<sup>32</sup> y el ascenso a la presidencia de la República árabe de Egipto de Hosni Mubarak.

### 2.3. La constitución de emergencia de Hosni Mubarak

Mubarak debía ocupar sólo transitoriamente el cargo de Presidente. En realidad ha permanecido en el cargo durante una treintena de años, benefi-

---

«The Constitutional Court of Egypt Case n. 8 of Judicial Year (May 18, 1996)», en *American University International Law Review*, 2006, p. 437 y ss.), además de la ilegitimidad de la exclusión de las mujeres en las altas magistraturas (Cfr. I. SPIGNO, «Egitto. La Corte costituzionale riconosce il diritto delle donne ad essere nominate giudici del Consiglio di Stato», *DPCE* on-line, 2, 2010).

<sup>30</sup> Ante todo, viene establecido que «la libertad individual es un derecho natural» y se refiere igualmente a todos los ciudadanos. Son garantizadas la libertad personal (art. 45), la libertad de credo y la libertad de practicar los derechos religiosos (art. 46), la libertad de expresión (art. 47), además de la libertad de imprenta, y en general de publicación (art. 48). En el ámbito de los derechos políticos se garantizan la libertad de mantener reuniones pacíficas y sin armas, sin necesidad de preaviso (art. 54), el derecho a fundar asociaciones (art. 55), así como el sufragio universal. En los Arts. 64-72 la Constitución reconoce la soberanía del derecho además de la independencia del sistema judicial, que conlleva la posibilidad de reclamar la tutela de los propios derechos ante los tribunales.

<sup>31</sup> Cfr. C. SBAILÒ, *Principi sciaraítici e organizzazione dello spazio pubblico nel mondo islamico. Il caso egiziano. Op. cit.*, p. 168.

<sup>32</sup> Cfr. M. CAMPANINI, *Storia dell'Egitto contemporaneo dalla rinascita a Mubarak*, Roma, 2005, p. 125 y ss.

ciándose de la derogación, operada durante el mandato de Sadat, del límite de los mandatos presidenciales (art. 77).

Las reformas institucionales introducidas en 2005 (elección popular directa del Presidente) y en 2007 (reforzamiento de los poderes del Parlamento y del Primer Ministro)<sup>33</sup> estaban aparentemente dirigidas a producir una implicación de la población en la esfera política y un mayor control y limitación de los poderes del Presidente. De hecho, sin embargo, Mubarak ha conseguido mantener en el interior del marco constitucional un papel absolutamente preponderante, si no totalitario.

Contemporáneamente a la introducción de la elección popular directa del Presidente (art. 76), la normativa que prevé las condiciones de las candidaturas ha resultado siempre más restrictiva, favoreciendo el control del proceso electoral por parte del mismo presidente en ejercicio<sup>34</sup>. Un particular cierre del sistema venía operado por el régimen también en relación con «cualquier actividad política» y «cualquier partido político» fundados «sobre bases religiosas» (prohibidos en base al art. 5, apartado 2.<sup>º</sup>) clausura que aspiraba en primer término, a la represión de las organizaciones de los Hermanos musulmanes<sup>35</sup>.

Además, Mubarak ha continuado utilizando el poder introducido por Sadat para modificar la Constitución (art. 152) a través de consultas referendarias manipuladas. El escamoteo para permanecer «legalmente» en el poder ha venido representado por las declaraciones del estado de emer-

<sup>33</sup> Cfr. C. SBAILÒ, «L'Egitto, tra mutamento di regime e transizione costituzionale». *Op. cit.*, p. 346.

<sup>34</sup> Cfr. C. SBAILÒ, *Principi sciaraítici e organizzazione dello spazio pubblico nel mondo islamico. Il caso egiziano*. *Op. cit.*, p. 168.

<sup>35</sup> Para una puntual reconstrucción y contextualización de la organización islámica se destacan, A. PACINI (a cura di), «I Fratelli Musulmani e il dibattito sull'Islam politico», en *Dossier Mondo islamico*, Torino, Fondazione G. Agnelli, 1994; B. RUBIN, «The Muslim Brotherhood: The Organization and Policies of a Global Islamist Movement», en *The Middle East in Focus*, Palgrave Macmillan, 2010, y P. QUERCIA, «Il futuro della Fratellanza Mussulmana in un Medio Oriente in rivolta», Premessa a S. BIANCHI, *La primavera dei fratelli. Le trasformazioni politiche del movimento dei Fratelli Mussulmani e la «primavera araba»*, Roma, 2012, pp. 23 y ss.

gencia y la ratificación por el Parlamento, dominado por el Partido nacional democrático, de los poderes de emergencia previstos en el art. 148 de la Constitución<sup>36</sup>.

Los jueces de la Corte Constitucional, nombrados entre juristas de particular relevancia, con el acuerdo del Presidente, a propuesta de las supremas magistraturas, en realidad no se encontraban en una situación de independencia del poder político<sup>37</sup>. Los actos del Presidente eran sometidos a control de legitimidad constitucional y en una serie de pronunciamientos dicho órgano ha declarado legítimo el gobierno autoritario de emergencia, permitiendo que en el seno de los tribunales de seguridad y de los tribunales militares se desarrollara un sistema paralelo de jurisdicción en el que eran vulnerados una serie de derechos civiles, entre ellos, el del juez natural<sup>38</sup>.

El estado de emergencia, practicado durante decenas de años por el gobierno Mubarak, ha sido institucionalizado en la última reforma constitucional de 2007, con el fin de garantizar la estabilidad en el poder del entonces grupo dirigente<sup>39</sup>. En particular, se ha introducido el conocido artí-

<sup>36</sup> La formulación de dicho artículo está inspirada en el art. 16 de la Constitución francesa, pero sin la previsión de los poderes de control necesarios para evitar los abusos allí previstos. Ciertamente, el texto de la Constitución prevé algunos límites al poder ejecutivo, como la relativa independencia de los órganos investidos de la función jurisdiccional y, en particular, un control de legitimidad constitucional concentrado. Tales contrapesos se revelaban, sin embargo, no siempre incisivos para el debilitamiento del sistema autoritario instaurado en base a los consistentes poderes de emergencia reconocidos al Presidente.

Cfr. C. SBAILÒ, *Principi sciaraitici e organizzazione dello spazio pubblico nel mondo islamico. Il caso egiziano*. Op. cit., p. 200.

<sup>37</sup> Cfr. C. SBAILÒ, *Principi sciaraitici e organizzazione dello spazio pubblico nel mondo islamico. Il caso egiziano*. Op. cit., p. 207.

<sup>38</sup> Cfr. T. MOUSTAFA, «The political role of the Supreme Constitutional Court», en N. BERNARD-MAUGIRON (a cura di), *Judges and political reform in Egypt*, Cario, 2008, p. 95 y ss.

<sup>39</sup> Cfr. C. SBAILÒ, «L'Egitto, tra mutamento di regime e transizione costituzionale». Op. cit., p. 359.

culo anti-terrorismo (art. 179)<sup>40</sup>, que permitía al Presidente perseguir civiles a través de procesos militares<sup>41</sup>, cuyas decisiones no eran recurribles y únicamente modificables por el Presidente. En base a la normativa anti-terrorismo, que no define lo que se entiende por acto de terrorismo, era posible, además, encarcelar periodistas, militantes de los partidos y de las organizaciones islamistas, y limitar la libertad de asociación de los ciudadanos.

#### **2.4. El ordenamiento constitucional transitorio de 2011**

La inicial fase constituyente se ha caracterizado por una ruptura del sistema constitucional egipcio por parte del Consejo supremo de las fuerzas armadas<sup>42</sup>, quien, a continuación de la dimisión de Mubarak, ha tomado el poder en el país, al margen de cualquier previsión constitucional, con un acto de autoproclamación<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> «The State shall seek to safeguard public security and discipline to counter dangers of terror. The law shall, under the supervision of the Judiciary, regulate special provisions related to evident and investigation procedures required to counter those dangers. The procedure stipulated in paragraph 1 of Articles 41 and 44 and paragraph 2 of Article 45 of the Constitution shall in no way preclude such counter-terror action. The president may refer any terror crime to judicial body stipulated in the Constitution or the law».

<sup>41</sup> Cfr. M. CERRONI, «Egitto. Approvati alcuni emendamenti alla Costituzione», en *DPCE* on-line, 2011-2, p. 3.

<sup>42</sup> Cfr. La intervención de C. SBAILÒ durante la audición de expertos en materia de política y sociedad en el mundo árabe mediterráneo por la Comisión de asuntos exteriores y comunitarios de la Cámara, el 11 de diciembre de 2011, accesible en: <http://www.radioradicale.it/scheda/367958?format=32>.

<sup>43</sup> No se olvida, de hecho, que la toma del poder por parte de los militares egipcios durante la revolución de 2011 viene producida en base a los poderes de emergencia, una base «legal» que no escapa a la sospecha de que nos encontramos ante el enésimo golpe de Estado de los militares. Sobre la cualificación de la autoproclamación como enésimo golpe de Estado me remito a las reflexiones desarrolladas por A. CANTARO, «Potere costituente e poteri costituiti nelle rivoluzioni arabe», en M. E. GUASCONI, *Declino europeo e rivolte nel mediterraneo*, Torino, 2012, pp. 227 y ss.

Para la gestión de la primera fase de la actual renovación jurídico-institucional, el Consejo supremo de las fuerzas armadas había suspendido la Constitución de 1971 proclamando una Constitución «ad interim» («declaración constitucional») de 63 artículos, la mayor parte, extraídos de la Constitución de 1971 en la versión de 2005/2007. Mediante referéndum popular de 19 de marzo de 2011<sup>44</sup> han sido aprobadas algunas enmiendas a la Constitución de 1971, referidas, de modo particular, a las elecciones parlamentarias<sup>45</sup> y presidenciales<sup>46</sup>, así como aquellas previsiones consti-

<sup>44</sup> Las modificaciones constitucionales han sido votadas mediante referéndum popular con el 77,2 % de votos a favor (entre 14 millones de ciudadanos), y con una participación del 41% entre los titulares del derecho de voto (cerca de 18,5 millones de ciudadanos).

<sup>45</sup> Para superar el problema de la ilegalidad de las elecciones, que ha caracterizado toda la experiencia republicana egipcia, la reforma ha incidido también sobre el procedimiento e sobre las garantías en el ámbito de los procedimientos electorales. El nuevo Art. 88 Const. (Art. 36 de la Declaración constitucional) atribuye una mayor autoridad a la Comisión electoral, constituida íntegramente por jueces, respecto del control del correcto desarrollo de las elecciones y de los referéndums en todas sus fases, hasta la proclamación de los resultados. Para la decisión sobre recursos relativos a la elegibilidad y a la validez de los miembros electos de la Asamblea popular, es ahora competente la Corte Constitucional, en lugar del Parlamento, como sucedía en el anterior ordenamiento, donde ha sido siempre muy elevada la influencia del partido del Presidente. Hasta el año 2011 las decisiones de esta clase eran atribuidas a la Asamblea popular misma, que había reconocido la validez de las elecciones de algunos candidatos del propio partido, y no las de los candidatos de partidos de la oposición. Cfr. M. CERRONI, «Egitto. Approvati alcuni emendamenti alla Costituzione», *Op. cit.*, pp. 2 y ss.

<sup>46</sup> Una de las características de la experiencia constitucional egipcia en las fases anteriores era la existencia de un sistema electoral que obstaculizaba el desarrollo de elecciones libres y la posibilidad de presentar candidaturas diferentes de los Presidentes en ejercicio.

El anterior Art. 76 Const. preveía, por ejemplo, como requisito para poder ser candidato en las elecciones, que el candidato debía obtener el apoyo de al menos 250 de los 454 miembros de la Asamblea popular. Dado el predominio del partido único presidencial en el Parlamento, este requisito había garantizado esencialmente a Nasser, Sadat y, en última instancia, también a Mubarak, no tener que enfrentarse con otros candidatos en las elecciones presidenciales.

tucionales que en la anterior Constitución de 1971 habían «legitimado» la afirmación del sistema autocrático en base a los poderes de emergencia<sup>47</sup>. Las novedades introducidas mediante la Declaración constitucional del Consejo supremo, se refieren, además, a la «despersonalización» de la figura del Presidente<sup>48</sup> y a algunos aspectos del sistema de derechos fundamentales<sup>49</sup>.

---

Mediante la simplificación del procedimiento para la selección del candidato a la presidencia, operada por el nuevo Art. 76 Const. (Art. 27 de la Declaración constitucional), se prevén tres diferentes posibilidades: será necesario recoger 30.000 firmas, al menos en 15 provincias diferentes con un mínimo de 1.000 firmas por provincia, o bien ser apoyado por al menos 30 parlamentarios, o bien pertenecer un partido con al menos un escaño en la Asamblea popular (*Majlis al-Sha'b*) o en la Cámara alta (*Majlis al-Shura*). Cfr. C. SAILÒ, «L'Egitto, tra mutamento di regime e transizione costituzionale». *Op. cit.*, p. 369.

<sup>47</sup> Entre los objetivos más importantes perseguidos mediante las enmiendas constitucionales del Consejo supremo de las fuerzas armadas, está el de moderar la Constitución de emergencia que, durante el gobierno de Sadat, y de modo todavía más accentuado en el de Mubarak, había legitimado la suspensión de una serie de derechos civiles (permitiendo la detención sin motivos legítimos). La declaración del estado de emergencia debe ahora ser aprobada por la asamblea parlamentaria y su eventual renovación, resulta confirmada mediante un referéndum popular (Art. 59 de la Declaración constitucional). La duración del estado de emergencia está limitada a un máximo de seis meses.

<sup>48</sup> Una parte de las modificaciones constitucionales votadas mediante referéndum ha incidido de modo especial sobre la figura del Jefe del Estado, en el intento de restringir las posibilidades de transformar la figura del Presidente en la de un dictador vitalicio. La modificación más significativa a este respecto es la limitación de los mandatos presidenciales, cuyo plazo de seis años ha sido reducido ahora a cuatro, y el nuevo Art. 77 Const. (Art. 29 de la Declaración constitucional), establece que el Presidente puede ser reelegido una sola vez. Para colmar otra laguna recurrente en las Constituciones precedentes, en el nuevo ordenamiento de transición es obligatorio, además, el nombramiento de uno o más Vicepresidentes (Art. 139 Const. y Art. 31 de la Declaración constitucional), con el fin de crear un contrapeso institucional. Efectivamente, durante todo el gobierno de Mubarak, la figura del vicepresidente no existía como consecuencia del rechazo a proceder a su nombramiento. En la práctica, el vicepresidente (cuyos poderes eran en todo caso limitados) ha sido nombrado finalmente, sólo algunos días antes de las dimisiones de Mubarak.

<sup>49</sup> En particular, ha sido derogada la previsión de medidas anti-terrorismo (Art. 179 de la Constitución de 1971) que permitían al Presidente de la República derogar

En la primera fase de transición las cúpulas militares, desde siempre, baluarte de los intereses nacionales<sup>50</sup>, han asumido un papel absolutamente predominante en el conjunto de los poderes públicos. En el art. 56 de la proclamación viene establecido, de hecho, que «el Consejo Supremo de las Fuerzas armadas gestiona los asuntos de Estado» y, en dicho ámbito, tiene competencia «sobre la legislación», sobre la «aprobación de la política general del Estado y del Presupuesto del Estado», sobre la «selección de los miembros designados de la Asamblea del pueblo», sobre la convocatoria del Parlamento, sobre la aprobación y derogación de las leyes. El Consejo, además, nombra y revoca a los miembros del gobierno, nombra a los funcionarios civiles y militares, y accredita a los representantes diplomáticos y representa al Estado en el exterior. Al Gobierno se le reconoce el derecho a colaborar con el Consejo Supremo en la elaboración de la política general del Estado (art. 57).

La Declaración constitucional del Consejo Supremo ha mantenido el contenido del discutido artículo 5 de la Constitución de 1971 que dispone que están prohibidas en Egipto actividades políticas o partidos políticos que hagan referencia a cualquier forma de autoridad religiosa o estén constituidos sobre fundamento religioso<sup>51</sup>. En la fase transitoria, ha permanecido invariable y nunca sometido a discusión, tal y como fue modificado en 1980 por Sadat<sup>52</sup>, también la referencia del art. 2 de la Constitución a la

---

tanto el principio de división de poderes, como los principios del juez natural y del habeas corpus. Dicha derogación resulta particularmente significativa en tanto que el Art. 179 Const. autorizaba la suspensión de libertades personales esenciales (derecho al proceso, inviolabilidad del domicilio, tutela de la esfera privada, del secreto de las comunicaciones, etc.). Cfr. C. SBAILÒ, «L'Egitto, tra mutamento di regime e transizione costituzionale». *Op. cit.*, p. 370.

<sup>50</sup> Cfr. C. SBAILÒ, «L'Egitto, tra mutamento di regime e transizione costituzionale». *Op. cit.*, p. 357.

<sup>51</sup> «Citizens have the right to establish political parties according to the law and no political activity shall be exercised nor political parties established on the basis of religion or discrimination due to gender or race» (Art. 4 de la Declaración constitucional).

<sup>52</sup> Cfr. R. PETERS/B. WEISS, *State Law as Islamic Law in Modern Egypt*, *op. cit.*, p. 133 y ss.

«Sharia», entendida como la principal fuente del derecho egipcio, y ha sido ampliada la función de la Cámara alta del Parlamento (la «Shura»)<sup>53</sup>. En la Constitución de Mubarak la «Shura» tenía, de hecho, únicamente la función de emitir opiniones no vinculantes, mientras que en la Constitución «ad interim», se requiere su aprobación en el caso de reformas constitucionales, de adopción de algunas leyes complementarias a la Constitución, además de para la ratificación de tratados que afecten a la soberanía del Estado<sup>54</sup>.

El 30 de marzo de 2011 el Consejo Supremo de las Fuerzas armadas ha proclamado dicha Declaración constitucional que constituye la fuente principal, enmendada tantas veces según las exigencias<sup>55</sup>, para el gobierno de Egipto hasta la aprobación de una nueva Constitución mediante referéndum popular.

La previsión más importante entre las enmiendas aprobadas fue la relativa a la adopción de una nueva Constitución para el país. La Declaración «ad interim» ha establecido las reglas para la elaboración de una nueva Constitución, previendo que las Cámaras, en el plazo de seis meses desde su elección, deben nombrar a los cien miembros de la Asamblea constituyente a la que se encomendará la labor de redactar un proyecto de Constitución que deberá ser aprobado mediante referéndum confirmativo convocado por el Presidente en los 15 días posteriores a la elaboración del proyecto de la nueva Carta constitucional<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> Cfr. A. FLORES, «Ägypten», en W. ENDE/U. STEINBACH (a cura di), *Der Islam in der Gegenwart*, Bonn, 2005, p. 485.

<sup>54</sup> Cfr. C. SBAILÒ, «L'Egitto, tra mutamento di regime e transizione costituzionale». *Op. cit.*, p. 365.

<sup>55</sup> El 17 de junio de 2012, el Consejo Supremo de las Fuerzas armadas, había publicado algunas adendas a la Declaración constitucional, en virtud de las cuales el mismo Consejo asume todo el poder en la fase de transición, reforzando para el futuro su propia reserva de competencia en algunas materias de especial interés para los militares. Tales enmiendas han sido declaradas derogadas por una declaración del Presidente Morsi dictada en el mes de agosto de 2012.

<sup>56</sup> Art. 60 de la Constitución «ad interim».

### 3. EL «ITER» INSTITUCIONAL DESDE LA CONSTITUCIÓN «AD INTERIM» A LA CONSTITUCIÓN DE 2012

Las relaciones de colaboración y también de conflicto entre el Islam popular, de una parte, y los militares, de otra, revisten un papel central en la fase de transición, además de la influencia ejercida por los jueces (que desde siempre desarrollan un papel de «judicialización de la política»)<sup>57</sup>, en la evolución de la crisis constitucional.

La Constitución «ad interim» establece que los miembros de la Asamblea constituyente deben ser elegidos por el Parlamento, sin disponer, sin embargo, el modo de su elección. Ello ha supuesto que la primera asamblea constituyente elegida en base al art. 60 de la Constitución «ad interim», con un porcentaje de más del 70 por ciento de los representantes de las fuerzas islámicas, haya sido impugnada ante el Tribunal administrativo por las fuerzas de la oposición por motivos de «no representatividad» de la sociedad egipcia (y en particular, por la infrarrepresentación de las mujeres, los jóvenes, las minorías, pero también de las corrientes liberales y seglares). En consecuencia, en abril de 2012, el Tribunal administrativo ha disuelto la primera asamblea constituyente, considerando que no era posible que los parlamentarios se eligieran a sí mismos como miembros de la comisión que elabora la nueva Carta constitucional<sup>58</sup>.

Para superar la situación de «impasse», los representantes de 22 partidos y el Consejo militar supremo, después de un período de negociación, han alcanzado un compromiso relativo al método de selección de los miembros de la asamblea constituyente, fijando el número de escaños a asignar a los distintos grupos<sup>59</sup>. Por otro lado, se acordó la regla de la mayoría de dos tercios para la adopción de decisiones por la asamblea.

<sup>57</sup> Cfr. C. SBAILÒ, *Principi sciaraitici e organizzazione dello spazio pubblico nel mondo islamico. Il caso egiziano*. Op. cit., p. 209.

<sup>58</sup> Cfr. «Elections in Egypt: Implications of Recent Court Decisions on the Electoral Framework», *IFES Briefing Paper*, august 2012, [www.ifes.org](http://www.ifes.org)

<sup>59</sup> 39 escaños son asignados a representantes de la Asamblea nacional (Cámara baja), donde las fuerzas mayoritarias pertenecen al partido de libertad y justicia de los hermanos musulmanes y al partido de los Salfit; seis escaños han sido asignados

La segunda asamblea constituyente ha sido elegida por el Parlamento en junio de 2012 con casi el 70% de los miembros de pertenencia a partidos políticos islamista. La oposición laica y seglar, tras haber participado inicialmente en los trabajos, ha rechazado la prevalencia de miembros en la constituyente de extracción religiosa, sosteniendo que tales proporciones no representan la composición real de la sociedad egipcia y decidiendo abandonar los trabajos.

La página decisiva en la transición se abría con la elección de Mohamed Morsi, candidato de los Hermanos Musulmanes a la Presidencia de la República el 24 de junio de 2012. El nuevo Presidente electo (por primera vez, un civil), declara el 12 de agosto de 2012 su propia sustitución en el Consejo Supremo de las Fuerzas armadas<sup>60</sup>, además de la disolución de éste último, según la previsión del art. 25 de la Declaración «ad interim». De este modo, el Presidente ha concentrado en sí mismo la totalidad de los poderes ejecutivos y legislativos, si bien estos últimos, según la adición al art. 56 introducida el 17 de junio de 2012 por el Consejo supremo de las fuerzas militares<sup>61</sup>, debían ser reconocidos al Parlamento (disuelto mediante decreto del Consejo Supremo de las Fuerzas armadas en aplicación de la Sentencia de la Corte Constitucional que había declarado inconstitucional la ley electoral de la Cámara baja)<sup>62</sup>.

---

a los jueces, nueve a expertos en Derecho y, respectivamente, un escaño al ejército, la policía y al Ministerio de Justicia; 13 escaños han sido asignados a las uniones y 21 escaños a personas de relevancia pública. A la Universidad Al-Azhar, una de las instituciones más importantes del Islam sunita, le han sido asignados cinco escaños y cuatro a la iglesia copta egipcia. Cfr. Egypt parties and deadlock over constitutional panel, BBC News Middle East, 8 june 2012, [www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-18360403](http://www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-18360403).

<sup>60</sup> «[...] He/she [the President] shall undertake upon assuming his/her position responsibilities referred to in Article 56 of this Announcement, except for what is stipulated in provisions 1 and 2 of the Article».

<sup>61</sup> El texto en inglés de las modificaciones en la Constitución ad interim ha sido publicado en Ahram Online. June 18, 2012; <http://english.ahram.org.eg/News/45350.aspx>.

<sup>62</sup> Cfr. C. SBAILÒ, «La riespansione del principio ordinatore islamico: riflessioni di metodo comparatistico e di dottrina costituzionale sulla “primavera araba”», *op. cit.*, p. 831.

Los trabajos de la Asamblea constituyente se han visto posteriormente complicados como consecuencia de una serie de recursos ante el Alto tribunal administrativo, en lo que los representantes de la oposición han intentado nuevamente la declaración de inconstitucionalidad de la Asamblea constituyente. El Alto tribunal administrativo, después de haber rechazado varias veces el recurso, en octubre de 2012 ha decidido que el asunto no era de su competencia, trasladándolo a la Corte Constitucional<sup>63</sup>.

Las relaciones de fuerza entre los jueces y la cúspide del ejecutivo se han manifestado nuevamente cuando el Presidente Morsi, pocos días antes del término de los trabajos constituyentes, y con el fin de evitar que la Asamblea constituyente fuese disuelta mediante una sentencia de la Corte Constitucional, ha publicado una declaración constitucional que prohíbe examinar el recurso<sup>64</sup>, y que reconoce su poder para legislar hasta la elección de una nueva Asamblea del pueblo, así como que estas decisiones no pueden ser sometidas a ningún examen judicial<sup>65</sup>.

La prueba de fuerza entre las diferentes corrientes políticas y el escamoteo «jurídico» de Morsi para llevar a término los trabajos constituyentes ha hecho especialmente complejo el procedimiento para la elaboración de un proyecto de Constitución, cuya adopción —prevista para mediados de diciembre por medio de referéndum popular—, resulta ser incierta, a lo que se une el hecho de que las fuerzas de oposición liberal y de la minoría cristiana habían boicoteado, durante un tiempo, los trabajos de la constituyente, lamentando que la mayoría islámica adoptase una actitud poco dispuesta al compromiso. Ello ha supuesto la retirada de la última declaración del Presidente que, sin embargo, ha confirmado el referéndum constitucional, cuya votación ha sido dividida en dos turnos (el 15 y el 22

<sup>63</sup> Cfr. N. BERNARD-MAUGIRON, «Quale Egitto nella nuova Costituzione?», accesible en: <http://www.oasiscenter.eu>

<sup>64</sup> Cfr. N. BERNARD-MAUGIRON, «Quale Egitto nella nuova Costituzione?», *op. cit.*

<sup>65</sup> El texto en inglés de la declaración constitucional dictada por el Presidente de la República con fecha de 22 de noviembre de 2012, ha sido publicada en Ahram Online; <http://english.ahram.org.eg/NewsContentPrint/1/0/58947/Egypt/>

de diciembre), siendo insuficiente el número de jueces que han aceptado supervisar el procedimiento de votación.

Después del segundo turno de la votación, el texto de la nueva Constitución ha sido aprobado por más del 60% de los votos a favor. No obstante, respecto de las transgresiones del procedimiento constituyente, tanto por parte del Presidente, como por parte del poder judicial (cuya estructura está en buena medida todavía ligada al régimen de Mubarak), se refuerzan las voces que piden, cada vez con más fuerza, una mayor democratización del país y de las instituciones. De hecho, el proceso de elaboración del texto de la nueva Carta constitucional, que se ha desarrollado de modo institucionalmente caótico por la ambigüedad de los textos constitucionales y legislativos que Morsi había heredado del Consejo Supremo de las Fuerzas armadas, y por la confusa situación social post-revolucionaria, ha producido numerosas tropelías políticas y generado el rechazo de una parte importante de la población egipcia.

#### **4. LA CONSTITUCIÓN EGIPCIA DE 2012**

##### **4.1. Estructura formal y jerarquía normativa**

El proyecto de Constitución que ha visto la luz en los acontecimientos políticos que implican en primera persona al Presidente Morsi y al poder judicial, está compuesto de 236 artículos, precedidos de un preámbulo y repartidos en cinco partes, cada una de ellas dividida en varios capítulos y subsecciones.

El texto de la Constitución propuesta incorpora en el Preámbulo una referencia a Dios, quien garantiza la libertad, la justicia social y la dignidad humana, antes incluso de que estos valores sean sancionados por las constituciones o declaraciones universales de derechos. El proyecto de Constitución hace referencia al espíritu en el que éste surge, indicando como su fundamento la revolución pacífica iniciada el 25 de enero de 2011 por la juventud egipcia de la plaza Tahir. Y es esta revolución del pueblo la que el Preámbulo señala como base para la creación de un Estado democrático moderno, conservando los valores espirituales y sociales de Egipto

y de una serie de principios, entre ellos, la democracia, la dignidad de la persona, y los derechos de libertad, igualdad, el Estado de Derecho, la unidad y la defensa de la nación, la seguridad y la unidad árabe.

La primera parte de la Constitución está compuesta de normas que disponen los principios políticos generales (Capítulo 1), sociales y éticos (Capítulo 2) y económicos (Capítulo 3). La segunda parte, bajo la rúbrica «Derechos y libertad», contiene los «derechos de la persona» (Capítulo 1: arts. 31-42), los «derechos políticos y morales» (Capítulo 2: arts. 43-57), los «derechos económicos y sociales» (Capítulo 3: arts. 58-73) y las normas en materia de «garantía de la tutela de los derechos y la libertad» (Capítulo 4: arts. 74-81).

En la tercera parte desarrolla la organización del Estado, subdividido en los capítulos «poderes legislativos» (arts. 82-131), «poderes ejecutivos» (arts. 132-167), y «poderes judiciales» (arts. 168-199). La parte V está dedicada a los «Entes autónomos y a las autoridades administrativas independientes» (arts. 200-203). La última parte, en fin, contiene las normas especiales para la modificación de la Constitución (arts. 217-218), para la especificación de los principios de la «Sharia» (art. 219), sobre la capital del país y sobre la bandera (arts. 220-221), sobre la transición de la normativa legislativa y reglamentaria anterior a la nueva Constitución (art. 222), sobre la publicación de las leyes (art. 223), sobre reglas para las elecciones (art. 224), y sobre la entrada en vigor de la Constitución el día después al referéndum (art. 225). Como conclusión, se prevén una serie de normas transitorias (arts. 226-236).

El reconocimiento del rango supremo de la Constitución aparece en el art. 175 que establece la función de la Corte Constitucional, competente para el control jurisdiccional de la legitimidad constitucional de las leyes y los reglamentos.

Durante la fase de transición, sin embargo, se dispone que la normativa adoptada antes de la entrada en vigor de la presente Constitución permanece en vigor, y puede ser modificada únicamente a través de los procedimientos previstos en la Constitución misma.

La nueva Constitución no prevé explícitamente un sistema de fuentes. Una expresa posición se asigna a los Tratados internacionales (art. 145), cuyas disposiciones pueden ser adoptadas únicamente si no son contrarias

a la Constitución y, para ser aplicables, deben ser ratificadas por ambas Cámaras del Parlamento<sup>66</sup>. Dicha norma ha suscitado la atención, en tanto que, a través de la misma, se excluye la aplicación de estándares en materia de derechos y libertades fundamentales eventualmente más elevados previstos en normas supranacionales.

En la nueva Constitución egipcia permanece invariable, en el sentido en que fue establecida en 1980 por Sadat<sup>67</sup>, la referencia del art. 2 de la Constitución a la «Sharia», cuyos principios son entendidos como la principal fuente del derecho egipcio. El posterior art. 3 reconoce valor jurídico para la regulación de las cuestiones religiosas, a los principios de los cristianos y de los hebreos en Egipto.

#### **4.1. Principios generales y organización del Estado: la forma de gobierno**

El Estado egipcio viene a ser caracterizado en el art. 1 como un Estado soberano, unitario e indivisible, basado en un sistema democrático. Tal afirmación viene completada por los principios establecidos en el art. 6 que afirman que el sistema político se basa en los principios de la democracia y de la «Shura», de la ciudadanía, del pluralismo partidista, de la separación de poderes, del principio del Estado de derecho, del respeto de los derechos y las libertades del hombre.

Según el art. 5 la soberanía pertenece al pueblo, que es la única fuente del poder público. Tales afirmaciones en relación a los principios del iluminismo europeo, sin embargo, no incorporan el principio de la separación de la religión respecto del poder público. A los valores del Islam se hace referencia en el art. 1, que afirma que el pueblo egipcio forma parte

<sup>66</sup> Para los Tratados de paz, de comercio y de navegación, así como para todos los Tratados referentes a la soberanía o que supongan la necesidad de gastos públicos, se prevé un quórum más elevado de dos tercios. Cfr. Art. 145, apartado 2.<sup>º</sup> de la Constitución de 2012.

<sup>67</sup> Cfr. R. PETERS/B. WEISS, *State Law as Islamic Law in Modern Egypt, op. cit.*, pp. 133 y ss.

de las naciones árabes e islámicas. El papel de la religión islámica como religión del Estado viene establecido en el posterior art. 2 que dispone, además, que los principios de la «Sharia» constituyen la principal fuente del derecho.

Dichas referencias a la religión y a la ley islámica confieren carácter confesional al Estado egipcio, en tanto que conllevan que la actuación de los órganos constitucionales debe ser fiel a los principios religiosos.

La distinción entre la organización político-constitucional y la estrechamente religiosa se manifiesta en la previsión relativa a los requisitos para la elegibilidad del Jefe del Estado. En efecto, a diferencia de muchos Estados confesionales<sup>68</sup>, los candidatos a la presidencia del Estado no deben ser musulmanes, pero deben ser descendientes de padres egipcios, estar en posesión únicamente de la nacionalidad egipcia, y no pueden estar casados con personas de nacionalidad no egipcia<sup>69</sup>. Dicha previsión, excluye, con toda evidencia, candidaturas de personalidades egipcias que han vivido y se han formado en el extranjero.

En la parte dedicada a los derechos y las libertades fundamentales (parte II, arts. 31-81), la dignidad y la libertad de toda persona constituyen un derecho tutelado por el Estado<sup>70</sup>, y todos los ciudadanos son iguales ante la ley y disfrutan de los mismos derechos y deberes sin discriminación<sup>71</sup>.

El amplio elenco de los derechos reconocidos sigue la clásica diferenciación entre derechos de la personalidad (y, en particular, los derechos de los detenidos)<sup>72</sup>, derechos políticos y derechos económicos y sociales, y reconoce junto a los derechos de libertad y los derechos a la participación política, también derechos de carácter programático como el derecho a la

<sup>68</sup> Cfr. Por ejemplo, la Constitución de Mauritania, art. 23 (texto accesible en [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)); la Ley tunecina sobre la organización provisional de los poderes públicos, de 16 de diciembre de 2011, art. 9 (texto en francés accesible en [www.dpce.it](http://www.dpce.it)); además, la Constitución de Siria de 2012, art. 3, y de Argelia, art. 73 (traducción inglesa accesible en [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)).

<sup>69</sup> Art. 134 de la Constitución de 2012.

<sup>70</sup> Arts. 31 y 34 de la Constitución de 2012.

<sup>71</sup> Art. 33 de la Constitución de 2012.

<sup>72</sup> Arts. 34-37 de la Constitución de 2012.

educación superior<sup>73</sup>, a la salud<sup>74</sup> y al medio ambiente sano<sup>75</sup> (incluidos el agua potable y alimentos sanos)<sup>76</sup>, al trabajo<sup>77</sup> (incluida la inserción en el mundo laboral de personas con discapacidad)<sup>78</sup>, y la asistencia social<sup>79</sup>. El catálogo de los derechos se completa con una serie de previsiones en materia de «national identity building» como el derecho a la nacionalidad egipcia<sup>80</sup> y la obligatoriedad de la enseñanza religiosa y de la historia nacional en las escuelas<sup>81</sup>. En esta lógica puede observarse también el interés del Estado por tutelar los intereses y derechos de los egipcios en el extranjero y de asistirlos en el cumplimiento de sus obligaciones respecto del Estado y la sociedad egipcias, así como para animar a su contribución en el desarrollo de la nación<sup>82</sup>. El Estado egipcio se ocupa, además, de asistir a las familias de las víctimas de guerra y de la revolución del 25 de enero de 2011.

Los derechos y libertades enumerados por la Constitución deben ser tutelados mediante una serie de garantías como el «rule of law»<sup>83</sup>, el derecho a la defensa<sup>84</sup>, al proceso y al juez natural<sup>85</sup>. La violación de los derechos, de los que nadie puede ser privado<sup>86</sup>, constituye delito y el órgano competente para la denuncia y aplicación del derecho a través de un proceso es el Consejo nacional para los derechos humanos<sup>87</sup>. Sin embargo, se especifica que los derechos y libertades fundamentales deben ser ejerci-

<sup>73</sup> Art. 58 de la Constitución de 2012.

<sup>74</sup> Art. 62 de la Constitución de 2012.

<sup>75</sup> Art. 69 de la Constitución de 2012.

<sup>76</sup> Art. 67 de la Constitución de 2012.

<sup>77</sup> Art. 63 de la Constitución de 2012.

<sup>78</sup> Art. 72 de la Constitución de 2012.

<sup>79</sup> Arts. 64 y 66 de la Constitución de 2012.

<sup>80</sup> Art. 32 de la Constitución de 2012.

<sup>81</sup> Art. 60, apartado 2.<sup>º</sup> de la Constitución de 2012.

<sup>82</sup> Art. 56 de la Constitución de 2012.

<sup>83</sup> Art. 74 de la Constitución de 2012.

<sup>84</sup> Art. 78 de la Constitución de 2012.

<sup>85</sup> Art. 75 de la Constitución de 2012.

<sup>86</sup> Art. 81 de la Constitución de 2012.

<sup>87</sup> Art. 80 de la Constitución de 2012.

tados en modo que no creen un conflicto con los principios establecidos en la primera parte de la Constitución y, en consecuencia, con los principios de la ley islámica en el sentido del art. 2.

Una importante novedad hace referencia, precisamente, a la privilegiada ubicación de los derechos fundamentales en la nueva Carta constitucional. No obstante, se ha incluido de nuevo una forma más «ligera» del artículo antiterrorista previsto en la Constitución de Mubarak (art. 179); el art. 198 de la nueva Constitución mantiene firme la posibilidad de juzgar a los civiles, ante un Tribunal militar, por el delito de ultraje a las fuerzas militares y, por lo tanto, también en casos de incidentes entre civiles y militares durante las recientes revueltas en las plazas de El Cairo.

En la nueva Constitución de Egipto, se ha reforzado la posición del Parlamento bicameral (Asamblea del pueblo y «Shura»), y de los restantes órganos constitucionales; del análisis de las nuevas normas de la organización de los poderes públicos emerge la continuidad de una sensible preponderancia en favor del poder ejecutivo que, sin embargo, se encuentra incluido, en el conjunto de la organización constitucional, en un sistema de contrapesos. En efecto, el Presidente de la República, elegido directamente por el pueblo cada cuatro años<sup>88</sup> —y, en consecuencia, democráticamente legitimado al igual que el Parlamento—, predomina en el Poder ejecutivo, estando supra ordenado al Primer ministro y al consejo de ministros<sup>89</sup>, ostentando un conjunto de amplios poderes.

Esta tendencia a concentrar en manos del Presidente el poder ejecutivo es, como se ha visto, un rasgo recurrente en el constitucionalismo egipcio que, sin embargo, resulta redimensionado en la nueva Constitución que coloca al Presidente en una posición «dialéctica» en las relaciones con los restantes órganos constitucionales. Ahora se prevé obligatoriamente el nombramiento del Primer ministro y de su gabinete junto al cual el Presidente determina la política del Estado y controla su actuación<sup>90</sup>. Las típicas fun-

<sup>88</sup> Art. 133 y 136 de la Constitución de 2012.

<sup>89</sup> Art. 139 y 141 de la Constitución de 2012.

<sup>90</sup> Art. 140 de la Constitución de 2012.

ciones presidenciales, como la representación en el extranjero<sup>91</sup>, el nombramiento del Primer ministro<sup>92</sup> y del personal civil y militar del Estado<sup>93</sup>, de jefe de las fuerzas armadas<sup>94</sup> y de la policía<sup>95</sup>, y de concesión de gracia e indulto<sup>96</sup>, son ejecutadas directamente por el Presidente, mientras las restantes deben ser desarrolladas en cooperación con el Primer ministro y su gabinete<sup>97</sup>.

La nueva Constitución incluye también una modificación en el poder del Presidente respecto a la declaración del estado de emergencia, adoptando el mecanismo de la Constitución «ad interim» según el cual el estado de emergencia puede ser declarado solo previa consulta con el consejo de ministros y debe ser aprobado por el Parlamento, no pudiendo exceder de seis meses<sup>98</sup>.

En un claro rechazo a la anterior experiencia de un Presidente que ha gobernado el país durante treinta años, la nueva Carta constitucional limita sus mandatos a dos. La influencia presidencial se manifiesta también en el sistema de descentralización administrativa delineado por la nueva Constitución (arts. 183-193), según el cual deben ser elegidos Consejos locales que constituyen las unidades administrativas más descentralizadas. Tales Consejos locales, sin embargo, están sujetos, en el actual sistema administrativo egipcio, a unidades administrativas supraordenadas (los «governates»), cuyos presidentes son siempre nombrados por el Presidente de la República.

Dicha preeminencia del Presidente de la República impregna completamente el Texto constitucional, órgano que adquiere un papel particularmente relevante en los momentos de crisis institucional. Así, el art. 131 de la nueva Carta constitucional reconoce al Presidente el derecho de adoptar

<sup>91</sup> Art. 145 de la Constitución de 2012.

<sup>92</sup> Art. 139 de la Constitución de 2012.

<sup>93</sup> Art. 147 de la Constitución de 2012.

<sup>94</sup> Art. 146 de la Constitución de 2012.

<sup>95</sup> Art. 199 de la Constitución de 2012.

<sup>96</sup> Art. 149 de la Constitución de 2012.

<sup>97</sup> Art. 141 de la Constitución de 2012.

<sup>98</sup> Art. 148 de la Constitución de 2012.

medidas urgentes en el caso de disolución de ambas cámaras del Parlamento. Además, el Presidente tiene reconocida la facultad de instar la modificación de uno o varios artículos de la Constitución (art. 217) y preside el Consejo para la seguridad nacional encargado de la elaboración de las estrategias de seguridad del país y de abordar las crisis de cualquier tipo (art. 193).

El poder legislativo corresponde a la Asamblea del pueblo («Majlis al-Sha'b») y a la «Shura», las dos cámaras del Parlamento elegidas respectivamente por cinco y seis años mediante sufragio directo y secreto<sup>99</sup>. El Presidente de la República posee el poder de iniciativa legislativa (poder reconocido también al Consejo de ministros y a todo miembro de la Asamblea nacional)<sup>100</sup>, y de oposición a los proyectos de ley adoptados por el Parlamento, que únicamente puede ser superada mediante el voto con quórum cualificado de dos tercios de los miembros de la Asamblea nacional<sup>101</sup>. Asimismo, el Presidente está autorizado para plantear cuestiones de legitimidad constitucional sobre la normativa electoral<sup>102</sup>, y para emitir decretos con fuerza de ley también en los períodos en los que las cámaras están disueltas<sup>103</sup>.

El Primer ministro nombrado por el Presidente, así como los miembros del gabinete, necesitan del voto de confianza del Parlamento. En caso de voto negativo, el Presidente está obligado a nombrar otro Primer ministro que pertenezca al partido que posea la mayoría de los escaños en la Asamblea nacional. Si también esta tentativa de formar gobierno fracasa,

<sup>99</sup> Cfr. Arts. 82, 114, 115 y 130 de la Constitución de 2012. Hasta una décima parte de los 150 miembros elegidos para la Shura puede ser nombrada por el Presidente.

<sup>100</sup> Art. 100 de la Constitución de 2012.

<sup>101</sup> Art. 104 de la Constitución de 2012. En todo caso, si el Parlamento, después del reenvío con las observaciones del Presidente, delibera nuevamente sobre la adopción de la ley con mayoría de dos tercios, ésta resulta aprobada.

<sup>102</sup> Art. 177 de la Constitución de 2012.

<sup>103</sup> Art. 131, apartado 2.º de la Constitución de 2012. Los decretos presidenciales dictados en el periodo en que el Parlamento está disuelto, deben ser aprobados posteriormente por las nuevas Cámaras.

corresponde directamente a la Asamblea nacional el nombramiento del Primer ministro, a quien el Presidente deberá encargar la formación de gobierno<sup>104</sup>. El papel preponderante del Presidente en las políticas del país se manifiesta también en su facultad de determinar, junto al Primer ministro, la política nacional<sup>105</sup> y de convocar las reuniones del Consejo de ministros y de presidirlas<sup>106</sup>.

La Constitución reconoce el procedimiento de acusación pública del Presidente, aunque el procedimiento resulta ser excesivamente «agravado», en tanto que requiere la deliberación por mayoría de dos tercios de la Asamblea nacional<sup>107</sup>.

#### **4.3. La relevancia del poder religioso y las referencias a la nación árabe**

La nueva Constitución egipcia contiene algunos explícitos llamamientos sistemáticos a los valores de la religión islámica y a la nación árabe. En el art. 2, incluido en el Capítulo dedicado a los principios políticos, resulta confirmada la referencia al Islam como religión del Estado, al árabe como lengua oficial y a la «Sharia» como principal fuente del derecho. La enseñanza de la lengua árabe y de la religión son materias fundamentales en la formación escolar (art. 60).

El principio de la necesaria conformidad de la legislación a los principios contenidos en los textos y en la tradición islámica adquiere un carácter supraconstitucional, y constituye un vínculo para el legislador, pero también para el intérprete del derecho, como se desprende de la previsión de que todos los derechos y libertades constitucionalmente garantizados deben ser ejercidos en armonía con los principios fundamentales del ordenamiento<sup>108</sup>. De este modo, la cualificación de los principios de la «Sharia»

<sup>104</sup> Art. 139 de la Constitución de 2012.

<sup>105</sup> Art. 140 y 159, párrafo 1 de la Constitución de 2012.

<sup>106</sup> Art. 143 de la Constitución de 2012.

<sup>107</sup> Art. 152 de la Constitución de 2012.

<sup>108</sup> Art. 81, apartado 3.<sup>º</sup> de la Constitución de 2012.

como fuente principal del derecho reconoce a la misma «Sharia» como cús-pide del sistema de fuentes y, en general, su papel preeminente en la so-ciedad egipcia.

La novedad viene constituida por el art. 219 de la Constitución de 2012, que completa el art. 2 definiendo explícitamente las fuentes de los prin-cipios de la ley islámica, que son aquellos generalmente aceptados por las doctrina sunitas y por las restantes comunidades mayoritarias. Dicha reescritura sobre renovadas bases políticas de la referencia a los principios revelados supone que los preceptos religiosos siguen condicionando ofi-cialmente la acción política en Egipto aunque exista un desdoblamiento entre el ordenamiento religioso y el ordenamiento político.

El art. 43 reconoce la libertad religiosa y la obligación del Estado de garantizar la libertad de practicar ritos religiosos y de erigir lugares de culto. El insulto o el abuso a los personajes religiosos y a los profetas están pro-hibidos. Ninguna referencia se incluye, sin embargo, en la nueva Consti-tución, respecto de las minorías religiosas. La única alusión se realiza res-pecto de las otras dos religiones abrahámicas. En efecto, el art. 3 establece que los principios canónicos de los cristianos y los hebreos de Egipto cons-tituyen las fuentes principales para la legislación en materia de estatuto per-sonal, cuestiones religiosas y selección de los líderes espirituales.

## **5. CONCLUSIONES: EL EQUILIBRIO DINÁMICO ENTRE IS-LAM POPULAR Y ESTATALIDAD LAICO-NACIONAL EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN**

¿Cómo evolucionará la actual situación de crisis constitucional en Egip-to? ¿Se trata de un paso hacia una transición real a la «democracia» o del enésimo cambio de un líder autoritario centralizador?

En la fase actual de transición, permanece abierta la cuestión que des-de hace tiempo interesa a los estudiosos occidentales sobre cómo evolu-cionará la aplicación de los principios revelados y del «din wa dawlah» en los ordenamientos en vías de modernización. En el renovado contexto consti-tucional de transición egipcia permanece invariable la formulación del art. 2 de la Constitución que reconoce a los principios de la «Sharia» como

suprema fuente del derecho, asumiendo así una clara connotación islamista. Las potenciales líneas de desarrollo de los principios revelados en el nuevo ordenamiento egipcio dependerán, como en el pasado, de las interpretaciones de la Corte Constitucional, que, desde su establecimiento, desarrolla el papel de proporcionar las interpretaciones oficiales de aquellas normas constitucionales que dejan espacio a diversas lecturas interpretativas, en las que se desarrollan el pluralismo doctrinal y el dinamismo del derecho islámico<sup>109</sup>.

De la descripción de los puntos destacados de la nueva Constitución egipcia, anteriormente realizada sintéticamente, se desprende que en el nuevo Texto Constitucional se manifiesta una fuerte voluntad de innovación y modernización del ordenamiento que, sin embargo, se desarrolla en coherencia con algunas características estructurales del constitucionalismo republicano egipcio.

<sup>109</sup> En la tradición constitucional egipcia ha sido siempre la Suprema Corte Constitucional quien ha proporcionado la interpretación oficial y concreta de la consideración de los principios de la ley islámica en el ordenamiento jurídico egipcio, utilizando los márgenes de flexibilidad que deja la formulación del artículo en concreto. En este sentido, por ejemplo, el disfrute de los derechos y de las libertades constitucionales (y de los derechos internacionales del hombre), son tomados en consideración en tanto que expresión y fundamento de una «buena conducta de vida». De este modo, las interpretaciones de la Corte no sólo han conservado, sino también reforzado, los principios de las doctrinas constitucionales liberales que ésta había desarrollado.

Cfr. R. PETERS/B. WEISS, *State Law as Islamic Law in Modern Egypt*, op. cit., pp. 141 y ss. Entre las diferentes decisiones más recientes de la Corte Constitucional Suprema egipcia en materia de estatuto jurídico de las mujeres, adquieren un significado especial la Sentencia en la que se declara la legitimidad de la prohibición para las estudiantes de llevar el velo (en relación a la misma, véase N.J. BROWN/C.B. LOMBARDI, «The Constitutional Court of Egypt Case n. 8 of Judicial Year (May 18, 1996)», op. cit., 437 y ss.), no sólo la ilegitimidad de la exclusión de las mujeres en el acceso a las altas magistraturas.

(Cfr. I. SPIGNO, «Egitto. La Corte costituzionale riconosce il diritto delle donne ad esse renominate giudici del Consiglio di Stato». En, DPCE on-line, 2, 2010).

Con carácter general, puede afirmarse que, en base al texto de la nueva Constitución egipcia —sin considerar las concretas relaciones de mayoría y de la situación social en Egipto—, se ha construido un sistema presidencial, en el que los poderes de la cúspide del ejecutivo, sin embargo, son limitados por la independencia de los órganos investidos de la función jurisdiccional, por un Parlamento cuya función legislativa y política ha sido reforzada, y por la presencia de un Primer ministro junto al que debe ser determinada e implementada la política del país.

Sin embargo, la concreta actuación y los efectos de la reforma constitucional dependerán fuertemente de las tendencias de modernización respecto de los fundamentos de la sociedad egipcia, y de la capacidad de las distintas fuerzas políticas de la mayoría, pero también de la oposición, para utilizar los instrumentos previstos en la nueva Constitución para conquistar y mantener «democráticamente» el poder.

**Resumen:**

*El presente estudio se propone confrontar la nueva Constitución egipcia adoptada en 2012 con las precedentes Constituciones republicanas para evidenciar los aspectos de continuidad con las experiencias del pasado, pero también las líneas de desarrollo y las potencialidades ofrecidas por la nueva Carta constitucional surgida en un contexto en el que los cambios institucionales son dirigidos no sólo desde las cúpulas militares y el ejecutivo (con el apoyo de las fuerzas políticas del islam popular), sino también —y ésta es una de las principales novedades— desde una armónica y difusa participación de los ciudadanos egipcios.*

**Palabras Clave:** Constitución, Egipto, transición constitucional, Islam.

**Abstract:**

*This paper compares the new Egyptian Constitution approved in 2012 with the previous Republican Constitutions to show the path of continuity, but as well the lines of development and the potentialities offered by the new Constitution, born in a context where the institutional changes are directed from the military top and the Executive (with the support of the political force of the popular Islam), but also—and this is one of the main novelties—from an harmonic and diffuse political participation from the Egyptian citizens.*

**Keywords:** Constitution, Egypt, constitutional transition, Islam.



## Artículos



# **EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y EL DIÁLOGO INTERJURISDICCIONAL ENTRE TRIBUNALES NACIONALES Y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ \*

## **SUMARIO:**

1. CONSIDERACIONES INICIALES BÁSICAS
2. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNACIONAL
3. EL DIÁLOGO ASCENDENTE DE LOS TRIBUNALES NACIONALES CON LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
4. EL FIN DEL DIÁLOGO INTERJURISDICCIONAL ENTRE TRIBUNALES NACIONALES Y CORTE INTERAMERICANA
5. DIFERENCIAS ENTRE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
6. LOS EFECTOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD APLICADO POR EL JUEZ NACIONAL
7. EL ASEGURAMIENTO DE UNA INTERPRETACIÓN CONFORME CON LA CONVENCIÓN POR EL JUEZ CONVENCIONAL INTERNO QUE EJERCE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

## **1. CONSIDERACIONES INICIALES BÁSICAS**

El sistema interamericano de protección de Derechos Humanos constituye un sistema internacional acordado por los Estados del sistema interamericano con el objeto de establecer estándares mínimos comunes en

\* Artículo parte del Proyecto de Investigación Fondecyt Regular Núm. 1110016 - 2011 sobre «Análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre utilización del derecho constitucional extranjero y del derecho internacional de los derechos humanos y sus implicancias para el parámetro de control de constitucionalidad» del cual el autor es investigador principal.

\*\* Catedrático de Derecho constitucional. Universidad de Talca (Chile). Director del Centro de Estudios Constitucionales de Chile.

materia de respeto, garantía y adecuación de los ordenamientos jurídicos nacionales fijados convencionalmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los Estados-Parte asimismo han acordado el establecimiento de un sistema de control del cumplimiento de dichos estándares por medio de dos organismos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta última constituye una jurisdicción vinculante para los Estados Parte, cuyas sentencias constituyen obligaciones de resultado, las cuales no son objeto de recurso alguno. Dicha jurisdicción mantiene la supervigilancia del cumplimiento de los fallos hasta que el respectivo Estado Parte cumple con todas las medidas de reparación determinadas por la Corte. Éste es el objeto y fin del sistema interamericano de derechos humanos.

### **1.1. La caracterización de los tratados de derechos humanos**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH, precisa las características que identifican a los tratados de derechos humanos y las diferencias de los tratados que se concretan tradicionalmente en mutuo beneficio de los intereses de las partes contratantes:

«... los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982, denominada El Efecto de las Reservas Sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana arts. 74

Sobre la materia ya se había manifestado la CIDH en sus primeras opiniones consultivas, determinando las especificidades que vienen dadas de las convenciones o tratados de derechos humanos, por el carácter de instrumentos de protección de derechos a favor de los individuos<sup>2</sup> de donde se desprende que los Estados tienen la obligación de respetar los tratados internacionales de derechos humanos y proteger a cualquier individuo que se encuentre bajo su jurisdicción.

## **1.2. Las obligaciones generales que generan los tratados de derechos humanos para los Estados-Partes: la CADH**

### **1.2.a) *El deber del Estado-Parte de respetar y garantizar los derechos asegurados convencionalmente***

El art. 1.<sup>º</sup> de la CADH determina para los Estados-Parte la obligación jurídica de respetar y garantizar los derechos asegurados por ella:

- «1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
- 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano»

Las obligaciones contenidas en el derecho convencional internacional, con mayor razón aún si se trata de derechos fundamentales, sobre todo si

---

y 75. En el mismo sentido, se expresa la Corte Interamericana en el caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, sentencia de 24 septiembre de 1999. Competencia. Serie C Núm. 55, párrafo 42.

<sup>2</sup> Ver Opinión Consultiva OC-1/82, de 24 de septiembre de 1982, párrafo 24. Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de septiembre de 1982, OC-2/82, párrafo 29.

el Estado es parte de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el cual es parte, además, del derecho interno, constituyen para los jueces derecho directamente aplicable y con carácter preferente frente a las normas jurídicas legales internas, ya que el propio ordenamiento jurídico hace suyos los arts. 26 y 31.1, por una parte y el 27 de la Convención, por otra; los primeros determinan la obligación de cumplir de buena fe las obligaciones internacionales *Pacta Sunt Servanda y Bonna Fide*, el art. 27, a su vez, establece el deber de no generar obstáculos de derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales.

En esta materia, la CIDH ha sido extremadamente clara al respecto:

«125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que «según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno»<sup>3</sup>. Esta regla ha sido codificada en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969<sup>4</sup>.

Asimismo la CIDH en el caso «La última tentación de Cristo» ha precisado que:

«En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial»<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Cfr. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A Núm. 14, párr. 35.

<sup>4</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C Núm. 154, párrafo 125.

<sup>5</sup> Corte IDH. Caso «La Última Tentación de Cristo «Olmedo Bustos y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C Núm. 73, párrafo 87.

A su vez, la CIDH, desde el primer caso conocido jurisdiccionalmente, en la sentencia en el caso Velásquez Rodríguez, de forma uniforme y reiterada ha determinado que:

«La segunda obligación de los Estados partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos»<sup>6</sup>.

Finalmente, la CIDH ha precisado que la obligación de garantizar los derechos asegurados en la Convención:

«... no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos»<sup>7</sup>.

#### 1.2.b) *El deber del Estado de adecuar su ordenamiento jurídico y conducta a las obligaciones convencionales*

A su vez, el art. 2 de la CADH establece el deber de adoptar disposiciones de derecho interno por los Estados parte de ella, en sus expresiones:

<sup>6</sup> Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C Núm. 4, párrafo 166. La Corte se había pronunciado previamente respecto de excepciones preliminares en Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C Núm. 1.

<sup>7</sup> Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C Núm. 140, párrafo 142.

«Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1.<sup>º</sup> no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

La CADH establece la obligación general de cada Estado-Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Ello significa que el Estado debe adoptar todas las medidas para que aquello establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo determina el art. 2 de la Convención. Dicho deber general del Estado-Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del «effet utile»). Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención, como ha precisado la CIDH en su jurisprudencia<sup>8</sup>.

Podemos señalar concordando con Cecilia Medina que el art. 1.<sup>º</sup> de la CADH establece obligaciones de exigibilidad inmediata que el Estado tiene frente a todas las personas sometidas a su jurisdicción, sin discriminación<sup>9</sup>.

Por otra parte, es necesario referirse a la obligación general de los Estados-Parte contenida en el art. 2.<sup>º</sup> de la CADH, a través de la cual

«se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

<sup>8</sup> Corte IDH. Caso «La Última Tentación de Cristo» Olmedo Bustos y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C Núm. 73, párrafo 87.

<sup>9</sup> C. MEDINA QUIROGA, «Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos», en *III Curso especializado para funcionarios de Estado sobre utilización del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Materiales bibliográficos* Núm. 1, San José, 2008, p. 246.

La adopción de medidas legislativas que la CADH establece como deber del Estado cuando no se encuentran debidamente asegurados y garantizados los derechos convencionales, implica el deber estatal de adoptar medidas que adecuen el derecho interno, desde el texto constitucional hasta la última disposición administrativa, de manera que el ordenamiento jurídico del Estado-Parte asegure y garantice los atributos que integran los respectivos derechos convencionales y sus garantías, en los estándares mínimos determinados por la CADH. Sobre dichos estándares el Estado tiene siempre la libertad de asegurar mayores atributos y garantías de los derechos que los establecidos convencionalmente. Asimismo, en la materia rigen como reglas interpretativas básicas contenidas en la misma Convención, en su art. 29, los postulados o principios de «progresividad» y «favor persona»<sup>10</sup>, este último derivado del art. 29, literal b de la CADH, lo que posibilita aplicar los estándares de otros tratados en que el Estado forme parte que establecen estándares superiores de atributos y garantías de los derechos a los contenidos en la CADH.

Al ratificar la CADH como también otros tratados sobre derechos humanos, el Estado, en el ejercicio de su potestad pública soberana ha consentido en limitar su propio poder en beneficio de un bien superior al mismo, que es el respeto de la dignidad inherente a toda persona humana que se expresa en el reconocimiento de derechos humanos o fundamentales, los cuales se constituyen como un límite al ejercicio del poder estatal. En tal sentido, ello implica reconocer que el poder del Estado, la soberanía estatal, se encuentra limitada en su ejercicio por el respeto y garantía efectiva de tales derechos, reconociendo los estados partes de la CADH, jurisdicción a la

<sup>10</sup> El principio pro homine o favor persona la CIDH lo ha aplicado reiteradamente, a manera ejemplar se pueden citar en las Opiniones Consultivas 1/82, párrafo 24; OC-5/85, La Colegiación Obligatoria de Periodistas Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos, párrafo. 52; la Opinión Consultiva OC-7/86, de 29 agosto de 1986, especialmente Opinión separada Magistrado Rodolfo Piza Escalante; la Opinión Consultiva OC 18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párrafo 156; como en los casos contenciosos, entre los cuales puede citarse el Caso Ricardo Canese, párrafos. 180 y 181; el Caso de la «Masacre de Mapiripán», párrafo 106; el caso «Ivcher Bronstein con Perú», párrafos 42 y 54.

CIDH para que ésta determine con carácter vinculante y con la obligación del Estado-Parte de acatar la sentencia y concretarla como obligación de resultado, aunque ello implique la reforma misma de la Constitución, como ocurrió en el caso «La última tentación de Cristo», donde la sentencia de la CIDH ordenó que el Estado de Chile debía modificar el art. 19 Núm. 12, inciso final, de la Constitución, por ser contrario al art. 13 de la Convención que asegura el derecho a la libertad de expresión e información sin censura previa.

El Estado-Parte de la CADH debe eliminar de su ordenamiento jurídico y está impedido de crear o generar leyes que vulneren los derechos asegurados convencionalmente<sup>11</sup>, como ocurrió en el caso «Almonacid Arellano vs. Chile con el DL 2191 de 1978 de Amnistía; o en el caso «La Cantuta vs. Perú»<sup>12</sup> con leyes de amnistía<sup>13</sup>, o más recientemente, en el caso «Gelman vs. Uruguay»<sup>14</sup> sobre la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, determinando que estos preceptos legales carecen de efectos jurídicos, esto es, son inaplicables.

Los Estados-Parte de la CADH deben abstenerse de emitir resoluciones judiciales que constituyan actos arbitrarios e írritos que vulneren derechos humanos, los cuales se declaran sin valor y eficacia jurídica, como ha ocurrido en el caso «Palamara Iribarne vs. Chile»<sup>15</sup>, como asimismo, en el caso «Almonacid Arellano vs. Chile»<sup>16</sup>, o el reciente caso «Atala y niñas vs. Chile» para sólo señalar tres casos chilenos.

<sup>11</sup> Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A Núm. 14.

<sup>12</sup> Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C Núm. 162

<sup>13</sup> Como se explicita en el caso, «En consecuencia dichas “leyes” no han podido generar efectos, no los tienen en el presente ni podrán generarlos en el futuro».

<sup>14</sup> Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C Núm. 221, párrafo 223.

<sup>15</sup> Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C Núm. 135

<sup>16</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C Núm. 154.

A su vez, la expresión «medidas... de otro carácter» que determina la Convención en su art. 2.<sup>º</sup>, implica que los órganos jurisdiccionales ordinarios o especiales que contempla el ordenamiento estatal, en cuanto órganos del Estado, se encuentran vinculados directa e inmediatamente por los derechos asegurados convencionalmente, más aún cuando el ordenamiento jurídico estatal al ratificar la Convención, la convierte en derecho interno sin que deje de ser simultáneamente derecho internacional. Así, la norma convencional en esta doble dimensión, de norma interna e internacional, vincula a los jueces ordinarios, constitucionales y otros especiales, a respetar y a garantizar los atributos y garantías de los derechos asegurados por dicha normativa en el estándar mínimo asegurado convencionalmente.

Como ha precisado la CIDH, en el caso «Almonacid Arellano vs. Chile»:

«123. La descrita obligación legislativa del art. 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el art. 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el art. 1.1 de la Convención Americana»<sup>17</sup>.

En tal perspectiva, no debe olvidarse que cuando llega un caso al sistema interamericano de protección de derechos fundamentales y el Estado es condenado, es porque ha fallado una instancia jurisdiccional del sistema

<sup>17</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C Núm. 154, párrafo 123.

nacional, ya que para acceder al sistema interamericano deben haberse agotado previamente las instancias jurisdiccionales internas. Así ocurrió con los casos chilenos «La última tentación de Cristo»<sup>18</sup>, «caso Palamara»<sup>19</sup>, caso «Claude Reyes vs. Chile»<sup>20</sup> y caso «Almonacid y otros vs. Chile»<sup>21</sup>.

Es conveniente dejar establecido que la CIDH ha establecido que no existe jerarquía entre los derechos específicos protegidos en la CADH, lo que no permite afirmar la existencia de un núcleo de derechos más importante que otros de aquellos asegurados convencionalmente: «no hay jerarquía de derechos en la Convención»<sup>22</sup>, sino solo hay algunos que son más protegidos que otros durante los estados de excepción constitucional.

En definitiva, cuando un Estado ha manifestado su consentimiento en aceptar la competencia de órganos internacionales de protección de derechos humanos admite que la determinación de la infracción del Pacto o Convención Internacional determinado por dichos órganos jurisdiccionales o quasi jurisdiccionales, según sea el caso, genera la responsabilidad internacional del Estado, con todas sus consecuencias jurídicas y políticas.

<sup>18</sup> Corte IDH. Caso «La Última Tentación de Cristo» Olmedo Bustos y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C Núm. 73. El caso llega a la CIDH después de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>19</sup> Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C Núm. 135. El caso llega a la CIDH después de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas y Juzgado Naval de Magallanes.

<sup>20</sup> Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C Núm. 151. La CIDH conoce de la materia después de pronunciamientos de sentencias en Recurso de Protección de la Corte de Apelaciones de Santiago y de sentencia en recurso de Queja de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>21</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C Núm. 154. La CIDH se pronuncia después de sentencias de la Corte Marcial y de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>22</sup> Corte IDH, «caso Villagrán Morales y otros caso «niños de la calle» vs. Guatemala», Sentencia de 26 de mayo de 2001.

En el caso de la CADH, debemos tener presente que su art. 68,1, precisa que «los Estados partes han asumido el compromiso de cumplir las decisiones de la Corte, en todo caso en que sean partes; de allí que las sentencias de la Corte Interamericana son de obligatorio cumplimiento».

El control de convencionalidad constituye como señala Albanese una «garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente»<sup>23</sup>, con sus fuentes internas, internacionales o supranacionales.

## 2. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTER-NACIONAL

El control de convencionalidad en el plano externo al Estado, en el ámbito del derecho internacional, constituye la competencia asignada a un tribunal internacional o supranacional para que éste determine cuando los Estados-Parte, a través de sus normas u actos vulneran el derecho convencional y generan a través de ellos responsabilidad internacional. En el caso del sistema interamericano de protección de derechos humanos ese Tribunal es la CIDH, a la que se le ha dotado de jurisdicción vinculante cuyas decisiones irrecuperables constituyen obligaciones de resultado para los Estados-Parte, como asimismo, para cada uno de los órganos y agentes estatales que lo integran, entre ellos sus jueces.

La CIDH ejerce control de convencionalidad cada vez que determina que un Estado del sistema interamericano, a través de uno de sus órganos, cualquiera de ellos, o un agente de un órgano estatal, por acción u omisión, por aplicación de normas jurídicas internas o por conductas contrarias a los derechos asegurados en la Convención, no cumple con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos que son de carácter directo e inmediato, o no utiliza las competencias de las que está dotado para adecuar el ordenamiento jurídico a las obligaciones generales contenidas en los arts. 1.1 y 2 de la Convención, en relación con un atributo de uno o

<sup>23</sup> S. ALBANESE (Coord.) 2008. *El control de convencionalidad*, Ed Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 15.

más derechos específicos asegurados por la CADH. Puede sostenerse, por tanto, que, desde su primera sentencia, la CIDH ha ejercido control de convencionalidad<sup>24</sup>.

No debemos olvidar que el control jurisdiccional desarrollado por la CIDH es un control subsidiario, que se emplea cuando todos los controles jurisdiccionales nacionales han fallado y no queda otra alternativa a la persona a la que se han vulnerado sus derechos que concurrir al amparo interamericano, para obtener la protección del derecho conculado.

El control de convencionalidad en sede internacional de la CIDH, implica que las infracciones a los atributos y garantías de los derechos fundamentales cometidas por los jueces ordinarios, constitucionales o especiales (Estado-Juez) tienen hoy consecuencias internacionales que hace sólo unas décadas atrás no tenían, gracias a la existencia de los mecanismos de protección internacional de derechos, entre ellos, en el ámbito regional americano, la CISH y la existencia del amparo interamericano de derechos, lo cual demuestra que, en la actualidad, los custodios jurisdiccionales nacionales están custodiados por custodios jurisdiccionales internacionales y supranacionales.

Este mecanismo se ha reforzado por la puesta en cuestión de la autoridad de cosa juzgada especialmente en materia penal por la jurisdicción interna, debiendo reexaminarse las decisiones jurisdiccionales internas consideradas contrarias a la Convención Americana sobre derechos humanos, como ha sido precisado en Barrios Altos vs. Perú y Almonacid Arellanos vs. Chile.

La CIDH en base al corpus iuris interamericano va construyendo el patrimonio jurídico común mínimo de los Estados Americanos. Las concepciones comunes se van desarrollando y consolidando, contribuyendo a ello la jurisprudencia de las jurisdicciones de los estados signatarios.

<sup>24</sup> Sobre el desarrollo del concepto de control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana ver: J.C. HITTERS, «Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación»; en *Revista Estudios Constitucionales* año 7, 2009, Núm. 2. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Campus Santiago, Universidad de Talca. pp. 109-128.

Es a partir del examen de la evolución de las jurisprudencias nacionales que la CIDH desarrolla la interpretación evolutiva de la CADH. Ella lo hace teniendo en cuenta los cambios sociales percibidos por los jueces internos en la estructura y concepción de la familia, el matrimonio, el transexualismo, sobre la vida humana, su inicio y su término, para solo señalar algunos de ellos.

La efectividad de las decisiones de la CIDH reposa entre otros aspectos, en la voluntad cooperadora de los jueces nacionales. Aun cuando la decisión no sea en un caso concreto de un Estado-Parte, la jurisprudencia de la CIDH constituye para los jueces de todos los Estados-Parte una fuente de inspiración, como asimismo constituye un argumento de autoridad en que apoyar las decisiones jurisdiccionales nacionales.

### **El control de convencionalidad que deben ejercer los jueces nacionales en cuanto Estado-Juez**

Lo más novedoso del concepto de control de convencionalidad explicitado por la CIDH es que dicho control también corresponde ejercerlo a los jueces y tribunales nacionales, los cuales de acuerdo al art. 2.<sup>º</sup> de la CADH deben adoptar a través «de las medidas ... de otro carácter» que son, entre otras, las resoluciones jurisdiccionales, a través de las cuales debe cumplirse con el objeto de respetar y garantizar los derechos e impedir que el Estado incurra en responsabilidad internacional por violación de derechos humanos en virtud de sus propios actos jurisdiccionales.

El juez nacional es el juez natural de la CADH. Es él el cual, en primer lugar, hace la aplicación y arriesga la interpretación. Es en reacción, positiva o negativa, a sus tomas de posición preliminares que la CIDH construye el derecho interamericano. Se concreta así entre las jurisdicciones de los estados y la CIDH un diálogo y cooperación leal, donde la base de las discusiones ulteriores está constituida por las decisiones de los jueces nacionales.

El juez nacional en tanto que intérprete y aplicador de *corpus iuris* interamericano, es llevado a conocer un contencioso antes que este llegue a manos de la Corte Interamericana, por tanto, respondiendo a los medios

invocados por las partes deberá considerar en lo pertinente la CADH y el corpus iuris interamericano, debiendo realizar una interpretación del mismo, considerando la jurisprudencia de la CIDH, si existe, sobre la materia. El no hacerlo genera el riesgo de la condenación del Estado-Parte por violación de derechos humanos, siendo el acto responsable de tal vulneración el de un tribunal nacional.

El juez nacional debe aplicar el corpus iuris interamericano y la jurisprudencia de la CIDH, y también los métodos de interpretación desarrollados por la CIDH; la interpretación evolutiva, la interpretación dinámica, el principio favor persona; el principio de progresividad; el principio de ponderación; todo lo que constituye una fuente de ampliación de su poder creador de derecho.

El juez nacional puede proponer interpretaciones de la CADH y el corpus iuris interamericano que enriquezcan la visión del mismo, ya que dichas cuestiones no han sido abordadas antes por la CIDH no existiendo pronunciamientos acerca de ellas. En tal sentido el juez nacional puede desarrollar una interpretación innovadora. Él puede iniciar un diálogo en dirección del juez interamericano, el que luego puede ser retomado por este último, como ya señalaba F. Sudre<sup>25</sup>.

El juez nacional debe proceder a esta innovación, estudiando la jurisprudencia interamericana para pronosticar cuál será la solución desarrollada por el juez interamericano en contenciosos inéditos. Si el juez nacional actúa de otra manera arriesga la condenación posterior de parte del la CIDH.

El juez nacional puede también proceder a una interpretación extensiva que lo lleve más allá de la interpretación desarrollada por la CIDH. El juez nacional puede asumir una interpretación de la Convención que favorece una ampliación del campo de aplicación del derecho garantizado y, en consecuencia, sometiendo al respeto de este derecho situaciones que no han sido analizadas ni resueltas por la jurisprudencia de la CIDH.

<sup>25</sup> F. SUDRE, «A propos du “dialogue des juges” et du control de conventionalité», en *Études en l’Honneur de Jean Claude Gautrón. Les dynamiques du droit européen en début du siècle*. Ed. A. Pedone, Paris, 2004, p. 218.

Se inserta en el principio de subsidiariedad el dejar a las instancias nacionales la libertad de garantizar una protección de los derechos superior al estándar conferido por la CIDH. Nada impide al juez nacional ir más allá de las soluciones de San José, desarrollando una tarea más dinámica que la de la CIDH, lo que podría influir en la modificación de la jurisprudencia interamericana.

Esta tarea del juez nacional de anticipación utilizando el *corpus iuris* interamericano, sirve doblemente al justiciable. Por una parte, le evita un recurso largo y fastidioso ante la jurisdicción interamericana, iniciándolo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Por otra, permite el enriquecimiento mutuo de la jurisprudencia interamericana y nacional en favor de una mayor efectividad de los derechos convencionales.

Hay así un intercambio bilateral o multilateral mediante el entrelazamiento de propósitos en un mismo logos o coloquio, que reposa sobre un reforzamiento de cada uno a su convicción de construir soluciones mediante un esfuerzo común.

Las soluciones innovadoras de la judicatura nacional podrán influir a la CIDH, para lo que deberá esperarse que el juez interamericano conozca un caso similar, por lo que el diálogo, mientras ello no ocurra, será solo potencial, o si la CIDH retoma la jurisprudencia nacional en un caso futuro. El diálogo será entonces efectivo.

Los jueces nacionales no deben tener una actitud pasiva o una actitud de autonomía frente a la CIDH, sino una actitud de cooperación y de coordinación voluntaria donde el juez nacional no solamente buscará comprender el espíritu de las soluciones jurisprudenciales emitidas por la CIDH, sino que asume un rol activo de interpretación y aplicación de la Convención en derecho interno.

El concepto de control de convencionalidad fue establecido formalmente por la CIDH, por primera vez, en forma unánime, en la sentencia «Almonacid Arellano y otros vs. Chile», el 26 de septiembre de 2006, señalando que:

«124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jue-

ces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana»<sup>26</sup>.

La obligación por parte de los jueces nacionales de concretar el control de convencionalidad fue reiterada en forma uniforme en diversos fallos de la CIDH, sin mayores variantes<sup>27</sup>, hasta llegar al caso «Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú», donde la CIDH precisó en mejor forma el control de convencionalidad, señalando que:

«128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermando o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también «de convencionalidad» ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes»<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C Núm. 154, párrafo 124.

<sup>27</sup> Los casos «La Cantuta vs. Perú», sentencia del 29 de noviembre de 2006, considerando 173; en el caso «Trabajadores Cesados del Congreso Aguado Alfaro y otros vs. Perú», Serie C Núm. 162, del 24 de noviembre de 2006, párrafo 128.

<sup>28</sup> Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso Aguado Alfaro y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C Núm. 158., párrafo 128.

A su vez, en el Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá de 2008, la CIDH precisó:

«180. La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías<sup>29</sup>. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina «control de convencionalidad», según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos»<sup>30</sup>.

En el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, de 26 de noviembre de 2010<sup>31</sup>, la CIDH, introduce nuevas precisiones al control de convencionalidad que deben desarrollar las jurisdicciones nacionales:

«225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la

<sup>29</sup> Cfr. Caso Castillo Petrucci y otros, supra nota 17, párr. 207; Caso Almonacid Arellano y otros, supra nota 10, párr. 118, y Caso Salvador Chiriboga, supra nota 6, párr. 122.

<sup>30</sup> Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C Núm. 186, párrafo 180.

<sup>31</sup> Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C Núm. 220.

Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un «control de convencionalidad» entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana».

En 2011, en la sentencia del caso Gelman vs. Uruguay, la Corte Interamericana reitera una vez más su jurisprudencia, señalando:

«193. Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un «control de convencionalidad» entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana»<sup>32</sup>.

En el Caso Atala Riff y niñas vs. Chile, de 24 de febrero de 2012, reitera elementos básicos de dicho control de convencionalidad y precisará su carácter de intérprete último de la Convención Americana:

<sup>32</sup> Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C Núm. 221, párrafo 193.

«282. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un «control de convencionalidad» entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana».

«284. En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso»<sup>33</sup>.

Esta perspectiva se ha reiterado uniformemente hasta el presente en muchos casos por la CIDH<sup>34</sup>, con el objeto de que dicha obligación de concretar el control de convencionalidad sea efectivamente desarrollada por las jurisdicciones nacionales, lo que posibilita, asimismo, descargar a la CIDH de un cúmulo de casos que perfectamente pueden ser asumidos por

<sup>33</sup> CIDH. Caso Atala Riff y Niñas vs. Chile., de 24 de febrero de 2012. Serie C Núm. 239, párrafos 282 y 284.

<sup>34</sup> Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C Núm. 186, párrafo 180; Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C Núm. 209, párrafo 339. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C Núm. 213, párrafo 208, nota 307; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C Núm. 214, párrafo. 311; Caso Fernández Ortega y Otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C Núm. 215, párrafo 234; Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010; Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C Núm. 221, párrafo 193. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 fondo, reparaciones y costas, párrafo 226. Caso «Atala Riff y niñas vs. Chile», Sentencia de 24 de febrero de 2012

los jueces nacionales por aplicación de la Convención y de la interpretación de sus enunciados normativos sobre derechos que ya han sido interpretados y aplicados por la CIDH, existiendo claras líneas jurisprudenciales de ésta sobre la materia.

La obligación de aplicar el control de convencionalidad interno por el Estado-Legislador, por el Estado-Administrador y por el Estado-Juez ya existía previamente al caso «Almonacid Arellano vs. Chile». Lo que hace la CIDH en este caso es simplemente bautizar la obligación de los jueces nacionales como «control de convencionalidad», que no tiene nada de original ya que así se llama también este control que se practica desde hace varias décadas en Europa respecto de la Convención Europea de Derechos Humanos.

De las sentencias de la CIDH antes precisadas, pueden determinarse las obligaciones de los jueces nacionales en términos de hacer cumplir en el derecho interno el respeto y garantía de los derechos humanos convencionalmente asegurados contra toda norma interna que los contravenga, dándole a tales derechos un efecto útil.

Pueden sintetizarse los elementos que componen el control de convencionalidad de acuerdo al diseño establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los siguientes contenidos:

1. Todos los órganos del Estado-Parte, incluidos los jueces de todos los niveles están obligados a velar porque los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, concretando un control de convencionalidad de las normas jurídicas internas.
2. Este control de convencionalidad deben realizarlo los jueces nacionales y los demás órganos estatales ex officio, otorgándole un efecto útil que no sea anulado por aplicación de leyes contrarias a objeto y fin.
3. En dicho control debe tenerse en consideración no sólo el tratado sino la interpretación que de éste ha realizado la Corte Interamericana como su intérprete auténtico y final.
4. El control de convencionalidad se ejerce por cada órgano estatal y por los jueces dentro de sus respectivas competencias y las regulaciones procesales vigentes.

5. En base al control de convencionalidad es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos por la Convención Americana de Derechos Humanos.
6. En el control de convencionalidad no se aplica sólo la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino el corpus iuris vinculante para el Estado-Parte, en virtud del art. 29 de la CADH.

Cuando la CIDH se refiere a los jueces nacionales, no se refiere únicamente a los jueces ordinarios que integran el Poder Judicial, como queda clarificado en la sentencia del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, donde se refiere a «todos sus órganos», refiriéndose al Estado-Parte que ha ratificado la Convención Americana, «incluidos sus jueces», deben velar por el efecto útil del Pacto, como asimismo que «los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles» están obligados a ejercer, de oficio, el «control de convencionalidad». Es claro, entonces, que todo órgano que ejerza jurisdicción dentro del Estado, lo que incluye obviamente a los Tribunales Constitucionales, a los órganos que ejerzan jurisdicción electoral, y a todo juez especial que determina el ordenamiento jurídico nacional, además de los jueces ordinarios de todas las instancias, deben ejercer el control de convencionalidad contra normas internas que afecten o vulneren los derechos convencionales. Tales jueces deben asegurar el objeto y fin de la Convención y el respeto y garantía específica de los derechos asegurados convencionalmente. Todos y cada uno de los jueces domésticos deben realizar el control de convencionalidad, integrando en el sistema de toma de decisiones jurisdiccionales los atributos y garantías de los derechos asegurados por la CADH y los convenios complementarios, dando un efecto útil al deber de garantizar tales derechos.

En este velar por el respeto de los estándares mínimos determinados convencionalmente respecto de los atributos y garantías de los derechos, los jueces deben aplicar siempre el principio de progresividad y favor persona<sup>35</sup> que se encuentran en las normas de interpretación de derechos con-

<sup>35</sup> Ver entre otros, M. PINTO, «El principio Pro Homine», en AAVV, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editorial del

tenidas en el art. 29 literal b de la CADH<sup>36</sup>, como asimismo, en el art. 5.<sup>º</sup> del PIDCP<sup>37</sup>, entre otros tratados de derechos humanos.

Por otra parte, a partir de la última década del siglo pasado y los primeros años de la nueva centuria, las Constituciones han empezado a positivar en los textos constitucionales los postulados de interpretación básicos en materia de derechos humanos<sup>38</sup>, como son la interpretación con-

---

Puerto, Buenos Aires, 1997. G. BIDART CAMPOS, «Las Fuentes del Derecho Constitucional y el Principio Pro Homine», en G. BIDART CAMPOS y A. GIL DOMÍNGUEZ, coords., *El Derecho Constitucional del Siglo XXI: Diagnóstico y Perspectivas*. Editorial Ediar, Buenos Aires, 2001. A. VILLAREAL y F. ÁLVARO, «El principio pro homine: interpretación extensiva vs. El consentimiento del Estado», en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, Pontifica Universidad Javeriana, núm. 5, junio, 2005, pp. 337-380.

<sup>36</sup> Art. 29 Literal b CADH, prescribe que ninguna disposición del mismo puede ser interpretada en el sentido de «limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos estados».

<sup>37</sup> Art. 5.<sup>º</sup> PIDCP: «1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado».

<sup>38</sup> La Constitución de Bolivia de 2009, en su art. 13.IV. determina que «los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia». La Constitución de Colombia en su art. 93 determina: «Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia». La Constitución Ecuatoriana de 2008, en su art.

forme con el derecho internacional de los derechos humanos, el principio de progresividad, el principio pro homine o favor persona, entre otras reglas de interpretación de derechos, lo que otorga directrices precisas y seguras de interpretación a los jueces nacionales sobre la materia, aún cuando ellas operan como elementos básicos de toda interpretación de derechos fundamentales, incluso si no se encuentran positivadas en el texto constitucional respectivo, por la necesaria aplicación del art. 29 de la CADH, que en todos los Estados-Parte integra el derecho interno y es de preferente aplicación frente a las fuentes formales generadas internamente.

---

417 prescribe que «en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución». La reforma constitucional de México de 2011 en el art. 1.<sup>º</sup>, incisos 2.<sup>º</sup> y 3.<sup>º</sup> de la Constitución, precisa: «Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley». La Constitución de la República Dominicana de 2010, en su art. 74, numeral 3.<sup>º</sup>, determina: «Los poderes públicos interpretan y aplican las normativas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución». La Constitución del Perú de 1993, en su disposición cuarta transitoria dispone: «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú». La Constitución de Venezuela de 1999, en su art. 23, determina: «Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público».

El control de convencionalidad deben concretarlo todos y cada uno de los jueces cuando lo soliciten las partes, pero si ellas no lo demandan constituye un deber del juez aplicar el control de convencionalidad «ex officio», como se explicita en el caso Trabajadores Cesados del Congreso Aguado Alfaro y otros Vs. Perú, manteniéndose uniformemente dicha línea jurisprudencial hasta la actualidad.

La CIDH entiende que los jueces nacionales conocen y deben aplicar el derecho convencional, *iura novit curia*<sup>39</sup>, por ser no solo derecho internacional ratificado y vigente, de aplicación preferente, sino también derecho interno. Por tanto, cada vez que un juez dentro de sus competencias y de acuerdo a los procedimientos establecidos deja de aplicar el derecho convencional que asegura los derechos fundamentales está generando un acto írrito que carece de valor jurídico, siendo un acto contrario a derecho, un acto que vulnera derechos humanos y genera responsabilidad internacional del Estado (en cuanto el juez es un agente del mismo Estado, es el Estado-Juez) si ello no se corrige en el derecho interno, antes de llegar al sistema interamericano.

En esta tarea de control de convencionalidad, los jueces no solo deben tener en consideración la norma jurídica positiva que se encuentra en el tratado, sino también la interpretación auténtica que ha establecido la CIDH, en el ámbito de su competencia de interpretación y aplicación de la convención, en cuanto interprete último de los derechos asegurados y garantizados en la Convención<sup>40</sup>, según lo dispuesto en ella misma, como lo determina la CIDH desde el caso Almonacid Arellano vs. Chile. La CIDH entiende que su jurisprudencia debe servir de base para la aplicación de la CADH, así lo establece claramente en otras sentencias, entre ellas, «Boyce y otros vs. Barbados», cuando determina que los jueces deben «... tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Conven-

<sup>39</sup> El juez dispone de la facultad y el deber de aplicar las disposiciones convencionales en el litigio, aun cuando las partes no las invoquen.

<sup>40</sup> Sobre este aspecto ver art. 62.1 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,

ción»<sup>41</sup>. Así, la interpretación formulada por la CIDH debe entenderse incorporada a la norma interpretada mientras ella no cambie de posición, de la misma manera que se entiende operativa la interpretación de la Corte Suprema o del Tribunal Constitucional respecto de la norma constitucional interpretada, en aquellos casos en que dicha interpretación es vinculante.

No podemos sino concordar con Ferrer Mac-Gregor en su voto razonado en la sentencia de la CIDH en el Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México cuando afirma que «la jurisprudencia de la Corte IDH adquiere «eficacia directa» en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como «parte material». Lo anterior, debido a los efectos de la norma convencional interpretada, que produce «efectos expansivos» de la jurisprudencia convencional y no sólo eficacia subjetiva para la tutela del derecho y libertad en un caso particular sometido a su competencia»<sup>42</sup>.

El control de convencionalidad implica que todos los jueces de los Estados-Parte de la Convención en cuanto expresión del Estado-Juez se encuentran vinculados por ésta, como asimismo por la interpretación que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos del mencionado instrumento. Ello implica que los Estados-Parte del sistema deben asumir, más allá del Estado específico directamente obligado por la respectiva sentencia de acuerdo al art. 68 numeral 1 de la CADH, la «ratio decidendi» o «holding» de la sentencia, en cuanto interpretación fidedigna y auténtica de la Convención emanada de su intérprete final, lo que constituye un aporte jurisprudencial de la CIDH al desarrollo del sistema interamericano, dando lugar a lo que algunos autores han llamado «interpretación mutativa por

<sup>41</sup> Corte IDH: Caso «Boyce y otros vs. Barbados», párrafo 78; «Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile», párrafo 124.

<sup>42</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, en voto razonado en Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C Núm. 220, párrafo 79.

adicción»<sup>43</sup>. Para facilitar la eficacia general con efectos de norma interpretada, que tienen los fallos de la CIDH, la CADH, en su art. 69, establece que el fallo, además de notificarse al Estado-Parte objeto de la controversia, deba también ser «transmitido a los Estados-Parte de la Convención», con el objeto de que tengan un conocimiento acabado del bloque convencional interpretado por la CIDH, como intérprete final del corpus iuris interamericano.

En este plano, es necesario precisar que, el control de convencionalidad que exige la Corte Interamericana que realicen los tribunales domésticos, es el que debe ejercer todo juez de un Estado-Parte aplicando como estándar mínimo los derechos y garantías contenidos en los derechos asegurados por la CADH, lo que constituye un control diferente y distinto del control de constitucionalidad.

Concordamos con Lucchetti, cuando éste destaca la labor del juez en la protección y garantía de los derechos convencionales, ejerciendo de oficio el control judicial de convencionalidad, «y para cumplir con este mandato el juez del Estado-Parte debe agudizar al máximo su imaginación con el propósito de encontrar el o los caminos a tales fines, tomando como punto de partida la interpretación ya dada a esos derechos y garantías por la Corte Interamericana y, de más está decir, que la interpretación de los jueces de un Estado parte debe estar en estricta consonancia con lo prescrito en el art. 29 de la Convención Americana»<sup>44</sup>.

En el control de convencionalidad interno se concreta una especie de comunicación interjurisdiccional entre la CIDH y los tribunales nacionales de todo orden<sup>45</sup>, una interacción que tiene un carácter más bien vertical

<sup>43</sup> V. THURY CORNEJO, «La revisión del control de convencionalidad difuso y la identidad institucional de la Corte Interamericana». Documento inédito presentado a las *Jornadas Argentino, Chileno, Peruano, Uruguayas de Asociaciones de Derecho Constitucional*. Montevideo, Uruguay, octubre de 2011, p. 4.

<sup>44</sup> A. LUCCHETTI, «Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad» en S. ALBANESE, Coord., *El control de convencionalidad*. Ed. Ediar Buenos Aires, 2008, p. 142.

<sup>45</sup> Ver voto concurrente de Eduardo Ferrer Mac-Gregor en la sentencia de la CIDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fon-

por la posición de control final que desarrolla la CIDH respecto de la aplicación de los derechos efectuada por las jurisdicciones domésticas.

La CIDH busca que los tribunales domésticos implementen la doctrina del seguimiento de la jurisprudencia de la CIDH, con escaso margen de apreciación para los tribunales nacionales. El uso que la CIDH hace de la jurisprudencia de los tribunales domésticos en sus sentencias es la de destacar los fallos nacionales que cumplen con los estándares definidos por ella, como se explicita por la CIDH en el caso «Gelman vs. Uruguay», respecto de los fallos de la Corte Suprema del Uruguay acerca de la Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado, como los fallos de otros tribunales latinoamericanos sobre la misma materia<sup>46</sup>.

A su vez, puede señalarse que la línea jurisprudencial de la CIDH junto con resolver los casos concretos de violación de derechos humanos ha contribuido a que los estados innoven el ordenamiento jurídico retirando normativas inconvenionales, y a que permitan mejorar, como señala Abramovich, «las condiciones estructurales que garantizan la efectividad de los derechos a nivel nacional»<sup>47</sup>.

El desarrollo de este control de convencionalidad interno exige un esfuerzo de capacitación en el adecuado conocimiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana por los jueces nacionales de todos los niveles, jerarquía y materia, como asimismo un cierto manejo de la dinámica de la jurisprudencia convencional.

---

do, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C Núm. 220, párrafo 7.º; ver también, D. GARCÍA-SAYÁN, «Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos», en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos San José, 2005, pp. 323-384.

<sup>46</sup> Corte IDH. Caso Gelman v.s Uruguay. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C Núm. 221, párrafo 232.

<sup>47</sup> V. ABRAMOVICH, «De las violaciones masivas a los patrones estructurales: el nuevo enfoque y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos». *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos*. Vol 6 Núm. 11, p. 10 [www.revistasur.org/esp/conteudos/getArtigo11.php?artigo=11,artigo\\_01.htm](http://www.revistasur.org/esp/conteudos/getArtigo11.php?artigo=11,artigo_01.htm)

### 3. EL DIÁLOGO ASCENDENTE DE LOS TRIBUNALES NACIONALES CON LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Asumiendo el corpus iuris interamericano y los métodos interpretativos de los derechos humanos se pueden establecer las bases de un diálogo, donde el juez interno tiene diversas opciones entre las cuales elegir para concretar este diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por medio de sus resoluciones judiciales que resuelven litigios que podrán o no llegar a San José de Costa Rica.

En este diálogo interjurisdiccional a partir de la judicatura ordinaria o constitucional interna del Estado-Parte con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el juez nacional puede desarrollar diversas hipótesis interpretativas<sup>48</sup>: 1) la interpretación extensiva; 2) la interpretación innovadora; 3) la interpretación correctiva; 4) la interpretación receptiva; 5) la interpretación neutralizadora; y 6) la interpretación discordante.

#### 3.1. La interpretación extensiva

El juez nacional puede desarrollar una interpretación extensiva que pude llevarlo más allá de los alcances de la interpretación desarrollada por la CIDH. El juez nacional puede asumir así una interpretación de la Convención que favorece una ampliación del campo de aplicación del derecho garantizado y, en consecuencia, someter al respeto de este derecho situaciones que han sido analizadas con un alcance menor hasta el presente por la jurisprudencia de la CIDH en aplicación del corpus iuris interamericano<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Ver F. SUDRE, «Avant-Propos», en VV.AA, *Le dialogue des juges*. Institut de Droit des Droits de l'Homme. Cahiers de L'IDEDH Núm. 11. Université de Montpellier I. Faculté de Droit. Montpellier, 2007, p. 8-9.

<sup>49</sup> En un sentido similar para el sistema europeo, ver M. COLOMBINE, «L'anticipation. Manifestation d'un dialogue “vrai” entre juge national et juge européen», en VV.AA. *Le dialogue des juges*. Institut de Droit des Droits de l'Homme. Cahiers de L'IDEDH Núm. 11. Université de Montpellier I. Faculté de Droit. Montpellier, 2007, p. 132.

Se concreta así un intercambio bilateral o multilateral mediante uno o más tribunales nacionales ordinarios o constitucionales en el entrelazamiento de propósitos en un mismo coloquio, que reposa sobre un reforzamiento de cada uno de los tribunales participantes de los Estados-Parte de la Convención y la Corte Interamericana en su convicción de construir soluciones mediante un esfuerzo común dialogado, de fortalecimiento de los derechos fundamentales.

Las soluciones innovadoras de la judicatura nacional podrán influir en la jurisprudencia futura de la CIDH, para lo que deberá esperarse que el juez interamericano conozca un caso similar al resuelto en los planos nacionales, por lo que el diálogo, mientras ello no ocurra, será sólo un diálogo potencial. Si la CIDH considera la jurisprudencia nacional en un caso que ella conoce posteriormente el diálogo será entonces efectivo, ya sea aprobatorio o reprobatorio de la actuación de la judicatura nacional.

### **3.2. La interpretación innovadora**

El juez nacional, mediante la interpretación innovadora puede abordar algunos derechos contenidos en la CADH, sobre los cuales la Corte Interamericana puede no haber emitido pronunciamientos hasta el presente. En tal hipótesis, el juez nacional se enfrenta a problemas en los que deberá crear una solución jurisprudencial inédita considerando el corpus iuris interamericano, en los que puede liberarse de la servidumbre de la ley nacional realizando una interpretación de la norma convencional inédita, con la cual franquea el derecho legislado interno y abre la vía al diálogo con el juez de la CIDH, a través de un diálogo ascendente, el cual queda suspendido hasta que la CIDH conociendo de un caso análogo confirme o revierta la decisión adoptada por el juez nacional.

La emancipación interpretativa del juez nacional llega a su máxima expresión cuando este innova; cuando confrontado al silencio de la jurisprudencia de la CIDH, censura una norma nacional bajo el fundamento directo de la CADH, estableciendo una decisión fundada sobre una interpretación que él propone de la Convención. Así el juez nacional inicia un diálogo con el juez interamericano que puede ser potencial o efectivo con la Corte Interamericana.

El Tribunal Constitucional chileno ha realizado esta interpretación extensiva a partir del derecho al nombre contenido en el art. 18 de la CADH, art. 24.2 del PIDCyP de UN y art. 7 párrafos 1 y 2 de la Convención de Derechos del Niño para desarrollar interpretativamente el derecho a la identidad como derecho esencial, que luego utiliza como parámetro de control de constitucionalidad para enjuiciar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 206 del Código Civil<sup>50</sup>.

Dicha perspectiva también ya ha sido desarrollada por otros tribunales constitucionales de América Latina, como los de Colombia y Costa Rica.

A través de la interpretación convencional que realiza el juez nacional ordinario o constitucional, éste puede en su interpretación otorgar un alcance más amplio a los atributos que integran un derecho garantizado o determinar con mayor precisión el alcance de una limitación restrictiva de un derecho fundamental, así como incorporar métodos y enfoques interpretativos con fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos.

### **3.3. La interpretación correctiva**

La interpretación correctiva hace referencia a aquella jurisprudencia de los jueces nacionales que saca las consecuencias de una condena por la CIDH del Estado-Parte, lo que genera un cambio en la jurisprudencia nacional, practicando una interpretación conforme al derecho convencional.

Más allá de la voluntad que debemos presumir de buena fe que tienen los jueces de asegurar eficazmente el ejercicio de los derechos fundamentales, el alineamiento de los jueces nacionales sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana constituye una garantía para evitar tanto como sea posible una condena de la CIDH, por desarrollar el juez nacional una interpretación que no alcanza el estándar mínimo exigido por ella.

<sup>50</sup> Ver sentencias del Tribunal Constitucional chileno, entre ellas, las sentencias rol Núm. 834 de 2008 y rol Núm. 1.340 de 2009

Ésta es la conducta esperada de los jueces nacionales en virtud del mandato imperativo del art. 5.<sup>º</sup> inciso 2.<sup>º</sup> de la Constitución y el cumplimiento prevalente de los arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además de las normas de interpretación de derechos contenidas en ella en su art. 29, asumiendo el principio interpretativo «*pro homine*» o «*favor persona*», que es la clave básica de interpretación en materia de derechos fundamentales.

La respuesta de los tribunales ordinarios chilenos ha sido aplicar el estándar mínimo fijado por la CIDH después de la Sentencia de «La última tentación de Cristo», no aplicando más censura judicial previa a través de medidas cautelares o sentencias en materia de libertad de expresión, además del acatamiento del Estado en el caso específico, modificando el inciso final del art. 19 Núm. 12 de la Constitución.

Ello se repite en el caso Almonacid Arellano vs. Chile, en virtud de cuya sentencia dictada por la CIDH, la Sala Penal de la Corte Suprema asume el estándar determinado en dicho fallo, estableciendo la no aplicación de amnistía ni prescripción a crímenes desarrollados por agentes del Estado como parte de una política institucional de eliminación física de enemigos políticos, y exigiendo la investigación, determinación de responsables, sanción penal y reparación, línea jurisprudencial que se inaugura por la Sala Penal de la Corte Suprema en sentencia rol Núm. 559-04 de 13 de diciembre de 2006.

A su vez, la sentencia de la CIDH en el caso Almonacid Arellano vs. Chile que determinó que la decisión de la Corte Suprema de transferir la competencia de la jurisdicción penal ordinaria a la jurisdicción militar y la decisión del Segundo Juzgado Militar de Santiago de amnistiar el caso, confirmada por la Corte Marcial, constituyan decisiones írritas, por vulnerar el derecho a un tribunal independiente e imparcial, estándar que no cumplían los tribunales militares de la época, como asimismo, por vulnerar el principio de la imprescriptibilidad e inamnistiableidad de los crímenes contra la humanidad. Dicho fallo de la CIDH implicó que las resoluciones de la Corte Suprema y de los tribunales militares señaladas, careciendo de valor jurídico desde un inicio, generara la devolución de competencia a la jurisdicción penal ordinaria, asumiéndola el Ministro en Visita de la Corte de Apelaciones de Rancagua, Carlos Moreno Vega, quién remite oficio para

que el Segundo Juzgado Militar se inhibía del conocimiento de los hechos, desarchiva los autos y los envíe al Ministro Instructor. El Juez Militar no da lugar a la inhibitoria, quedando trabada contienda de competencia que debe resolver la Corte Suprema, la que ordena remitir los autos al Ministro Instructor, el cual dicta resolución en virtud del art. 68 de la CADH que obliga al Estado a cumplir la sentencia Almonacid Arellano, realizando la tramitación de la causa, siendo acusado y condenado en ella el oficial de Carabineros Raúl Hernán Neveu Cortesi en sentencia de 18 de octubre de 2011, en causa Rol Núm. 40.184, a cinco años de presidio menor en su grado máximo, sentencia que es apelada ante la Corte de Apelaciones de Rancagua. Esta última dicta sentencia el 14 de enero de 2013<sup>51</sup>, confirmando sentencia de primera instancia, haciendo presente la no procedencia de las excepciones de prescripción, amnistía y cosa juzgada en base a la fuerza obligatoria de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así el juez nacional, de cualquier jurisdicción o instancia cuando debe conocer de un litigio o gestión judicial en la cual una sentencia de la Corte Interamericana ha determinado que la ley interna viola la Convención y los derechos humanos, se encuentra confrontado a una decisión, la de aplicar preferentemente el derecho humano y la Convención en virtud de las obligaciones constitucionales del art. 5.<sup>º</sup> inciso 2.<sup>º</sup> y el art. 54 Núm. 1, inciso 5.<sup>º</sup>, de la Constitución en armonía con los arts. 1.1, 2 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, siguiendo los estándares mínimos exigidos por la CIDH, o desafiar a la Corte Interamericana y al propio derecho constitucional chileno, aplicando la ley nacional que se encuentra por debajo de los estándares mínimos del corpus iuris interamericano y que el legislador aún no ha modificado, sabiendo de antemano que ello arriesga una condena del Estado chileno por vulneración de derechos humanos en virtud de la actuación del Estado juez.

Cada vez más la actuación prudente y de buena fe lleva a los jueces y ordenamientos jurídicos y constitucionales a alinearse con los estándares

<sup>51</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol Núm. 103-2011, de 14 de enero de 2013.

mínimos exigidos por el corpus iuris interamericano, sin perjuicio de casos excepcionales y aislados que aún se resisten a aplicar preferentemente este cuerpo jurídico con preferencia al derecho interno, lo que lleva a la senda segura de la condena del respectivo Estado-Parte por la Corte Interamericana, con la consiguiente obligación de reparación en cumplimiento obligatorio de la sentencia de la Corte de San José, de acuerdo al art. 68 de la CADH, salvo que se opte por abandonar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos con todas sus consecuencias jurídicas, políticas y económicas, como ya hizo Barbados y en la senda emprendida por Venezuela.

### 3.4. La interpretación receptiva

La interpretación receptiva de los jueces nacionales es aquella que se conforma a la ratio decidendi de las sentencias de condena de otros Estados-Parte de la CADH por violación de ésta, tomando la iniciativa de cambiar su propia jurisprudencia, sin esperar que el Estado-Parte sea condenado por violación del corpus iuris interamericano para hacerlo, como asimismo ampliando los atributos y garantías de los derechos fundamentales en base a los estándares mínimos fijados por la CIDH, dejando así su huella sobre el derecho interno, completándolo o aplicando preferentemente el derecho convencional, sorteando las situaciones de inconvencialidad o estableciendo estándares de interpretación de derechos no contenidos explícitamente en el derecho interno como el principio favor persona o el principio de progresividad, el de razonabilidad y de proporcionalidad, entre muchos otros.

Puede señalarse que éste es el camino desarrollado por el Tribunal Constitucional chileno cuando aplica el principio *pro homine* o *favor persona*, desarrollado por la Opinión Consultiva Núm. 5/1985 de la CIDH, en aplicación del art. 29 de la CADH, en la sentencia 1361-09:

«Que, por otra parte, en el ejercicio de sus funciones, este Tribunal debe buscar aquella interpretación que se avenga mejor con el respeto de los derechos constitucionales. Así lo ha sostenido: «En tal sentido, parece ineludible tener presente el principio «*pro homine*» o «*favor libertatis*» definido

do en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: «Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido... debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana» Opinión Consultiva 5, 1985»; Rol 740<sup>52</sup>.

En sentencia Rol Núm. 1.484-09 de cinco de octubre de dos mil diez, el Tribunal Constitucional utiliza nuevamente el postulado de interpretación favor persona pro homine aplicándolo en materia de derechos fundamentales en su considerando 25.<sup>º</sup>

En Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Núm. 1881-10 de 3 de noviembre de 2011, sobre la aplicabilidad del art. 102 del Código Civil, el voto concurrente de los Ministros Carmona, Fernández Fredes, García y Viera Gallo, aplica el principio favor homine y favor libertatis, al referirse a las normas convencionales internacionales del PIDCP y la CADH sobre el derecho a contraer matrimonio.

El Tribunal Constitucional en rol Núm. 567 de 2010 acerca de la inconstitucionalidad del Movimiento Patria Nueva Sociedad, asume la jurisprudencia de la CIDH en el considerando 35.<sup>º</sup>, que considera la libertad de expresión como «un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas, por lo que comprende además del derecho a comunicar, el derecho a conocer opiniones, relatos y noticias; señalando que el derecho a conocer la información y opinión ajena tiene tanta importancia como el derecho a difundir la propia», invocando a tal efecto la sentencia de la CIDH en el caso Palamara Iribarne vs. Chile, en su sentencia de 22 de noviembre de 2005.

El Tribunal Constitucional chileno en aplicación de esta interpretación correctiva determinará en su sentencia de 2011 que conforme a la jurisprudencia de la CIDH y el TEDH no puede limitarse la expresión de ideas, «aunque irriten, alarmen, sorprendan o inquieten a las autoridades, como lo han señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos Parti Communiste Unifié de Turquie et autre c. Turquie, p. 43, y Refah Partisi

<sup>52</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1361-09, de trece de mayo de dos mil nueve, considerando 73.<sup>º</sup>.

et autres c. Turquie, p. 89». Luego, el Tribunal Constitucional en el considerando 41.<sup>o</sup> de la misma sentencia, refiriéndose a las normas que sancionen la apología del odio, asumiendo también los estándares de la CIDH fijados en la sentencia Castillo Petrucci y otros vs. Perú, precisa «que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal» Caso Castillo Petrucci y otros, p. 121. Agregando que la ambigüedad de la ley podría «abrir el camino a toda suerte de arbitrariedades por parte de la autoridad, pues, tal como ha razonado este Tribunal, «todos los conceptos que emplea la ley con la excepción de las cifras, fechas, medidas y similares admiten en mayor o menor medida varios significados» considerando 40.<sup>o</sup>.

### 3.5. La interpretación neutralizadora

La interpretación neutralizadora de derecho interno es definida por Sudre como una estrategia de contornear o de evitar, tendiente a neutralizar la interpretación de la norma internacional vinculante, creando, por una interpretación forzada del derecho nacional, por una relectura de la ley, una relación de adecuación entre el derecho interno y la norma interamericana o europea<sup>53</sup>.

La interpretación neutralizante permite al juez nacional, a falta de suscribir realmente la solución determinada por la jurisprudencia de la CIDH, concretar una aplicación puramente formal de la CADH, con una cierta autonomía. Lo que muestra una falta de sinceridad por una de las partes que participa del diálogo, constituyendo como explica el profesor Sudre, una estrategia de evasión o elusión tendiente a neutralizar la interpretación «... creando, por una interpretación un poco forzada del derecho nacional, es decir, por una reescritura de la ley, una relación de adecuación entre el de-

<sup>53</sup> F. SUDRE «A propos du “dialogue des juges” et du control de conventionalité», en *Etudes en l’Honneur de Jean Claude Gautron. Le dynamiques du droit européen*, Pedone, Paris, 2004, p. 210.

recho interno y la norma europea»<sup>54</sup> o, en nuestro caso, interamericana, la que es difícil de determinar en algunos casos, ya que hay una diferencia sutil entre una mala aplicación de buena fe del corpus iuris interamericano, cuando no hay cosa interpretada de la Corte Internacional competente o cuando hay una mala aplicación consciente que simplemente ignora la cosa interpretada de la Corte respectiva, en abierto desafío a la misma cuando no puede ignorar la existencia de la misma.

La interpretación neutralizante busca esconder la reivindicación de un margen de apreciación o constituye una maniobra que permite al juez nacional escaparse de aplicar la jurisprudencia de la CIDH, logrando con ello dos objetivos<sup>55</sup>. El primero, validar la legislación nacional respecto del derecho garantizado convencionalmente tal como es interpretado por el juez nacional. Así, es el contenido o atributos del derecho y sus garantías como estándar mínimo el que es neutralizado, siendo algunos de tales atributos o garantías borrados para permitir preservar artificialmente el derecho nacional. El segundo, es el de pretender, por el juez nacional, el beneficio de un cierto margen de apreciación en una materia que la CIDH no reconoce ni considera margen de apreciación.

El estudio de la interpretación neutralizante nos sitúa en el caso en que la solución desarrollada por el juez nacional, no aplica la solución que se desprende objetivamente de la interpretación auténtica de la disposición convencional efectuada por la CIDH.

El caso más trascendente es la sentencia rol 986 de 2008 o caso Aarón David Vásquez Muñoz, en el cual se analiza la ausencia de un derecho a recurrir del segundo fallo de un tribunal penal oral, después de haberse anulado el primero que había favorecido la posición sostenida por la defensa del acusado a requerimiento de la fiscalía, estableciendo el segundo fallo una condena al acusado como autor del delito de homicidio calificado con

<sup>54</sup> F. SUDRE, 2004. p. 210.

<sup>55</sup> J. DUBOIS, «La neutralisation. Dialogue des juges et interprétation neutralisante. En VV.AA., *Le dialogue des juges*. Institut de Droit des Droits de l'Homme. Cahiers de L'IDEDH Núm. 11. Université de Montpellier I. Faculté de Droit. Montpellier, 2007 pp. 75-76.

el agravante de alevosía, aplicándosele la pena de 7 años de internación en régimen cerrado, sentencia que se considera agravante por el acusado y sobre la cual considera que tiene el derecho fundamental a la revisión de este segundo fallo, formulado una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 387, inciso segundo, del Código Procesal Penal, en virtud de su contraposición con el derecho a la revisión de la sentencia penal asegurado por el art. 8.2 literal h de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el art. 14 del PIDCyP de ONU.

El Tribunal Constitucional asume que el derecho al recurso es parte del debido proceso, aún cuando en este caso no hace alusión explícita a que éste es un atributo de las garantías judiciales expresamente previsto en el art. 8.<sup>º</sup> de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, en su art. 14, que en cuanto derechos esenciales limitan el ejercicio de la soberanía y deben ser respetados y promovidos por todos los órganos estatales, de acuerdo al art. 5.<sup>º</sup>, inciso 2.<sup>º</sup> de la Constitución. El Tribunal Constitucional en su considerando 20.<sup>º</sup> solo hace referencia a que: «... Los requirentes sostienen, en síntesis, que es un componente inseparable de la noción de debido proceso el derecho al recurso del condenado, que desde los orígenes de la Constitución Política integra dicha noción, según lo entiende «la unanimidad de la doctrina», señalando además que se encuentra consagrado en instrumentos internacionales ratificados por Chile, que contemplan el derecho a recurrir».

El Tribunal Constitucional considera que en el caso concreto, la aplicación del art. 387 del Código Procesal Penal no resulta contraria a la Constitución, como explica en el considerando 23.<sup>º</sup>: «Que en tales circunstancias, este Tribunal Constitucional decidirá que en este caso concreto la aplicación del art. 387, inciso segundo, del Código Procesal Penal, no resulta contraria a la Constitución por este capítulo». El Tribunal Constitucional en su sentencia también precisará en los considerandos 38.<sup>º</sup> a 40.<sup>º</sup> que, además, el requirente tiene otros recursos que le franquea el sistema jurídico para impugnar la segunda sentencia, como son los recursos de queja y de revisión de sentencias firmes.

Dicha sentencia tendrá tres votos disidentes, cuya argumentación debemos necesariamente explicitar, ya que estos votos aluden directamente

al derecho al recurso previsto en los tratados internacionales de derechos humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8.2 literal h, y el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, art. 14.2, como asimismo, determinan que el fallo no consideró los estándares sobre derecho al recurso fijados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Herrera Ulloa con Costa Rica. Ellos sostienen que el derecho al recurso debe cumplir con los parámetros de ser un recurso ordinario y un recurso de tendencia general que revise hechos y derecho aplicable, por lo cual la sentencia no habría considerado dichos estándares mínimos.

### **3.6. La interpretación francamente discordante del tribunal nacional de la normativa convencional y la interpretación de aquella realizada por la CIDH**

Un tribunal nacional ordinario o constitucional puede diferir del alcance o interpretación dado por la CIDH en un caso determinado resuelto por ésta. En tal sentido, la jurisdicción interna del Estado sostiene que la resolución de la CIDH constituye una interpretación que considera incorrecta ya que no evaluó adecuadamente la norma de derecho interno u olvidó ponderar adecuadamente otro derecho o un atributo determinado de otro derecho que debe considerarse. El tribunal nacional en un nuevo caso sobre la misma materia, expresa su desacuerdo con la CIDH razonadamente, explicando los motivos del desacuerdo en el respectivo fallo, concretando un diálogo ascendente con la CIDH.

La Corte Interamericana podrá reexaminar la cuestión controvertida si el caso llega a la jurisdicción interamericana o en otro fallo sobre una materia similar, concretándose así un nuevo diálogo franco, leal y de buena fe. Sin embargo, la resolución del caso por la Corte Interamericana vinculará al tribunal nacional en forma obligatoria.

En el ámbito nacional no hay sentencias del Tribunal Constitucional o de los tribunales ordinarios que conozcamos que se encuentren en esta hipótesis.

#### **4. EL FIN DEL DIÁLOGO INTERJURISDICCIONAL ENTRE TRIBUNALES NACIONALES Y CORTE INTERAMERICANA**

Una primera forma en que termina el diálogo entre tribunales nacionales y Corte Interamericana se concreta cuando ésta, en la misma materia en que se ha producido el desacuerdo de interpretación y aplicación de la norma convencional, resuelve el desacuerdo mediante su sentencia que tiene carácter vinculante y generando obligación de resultado para el respectivo Estado-Parte.

Al diálogo interjurisdiccional entre jueces internos y Corte Interamericana se le pone término también cuando el Estado-Parte a través de su poder constituyente o a través del legislador, confrontado a una disposición considerada inconvencional por la CIDH, incluso pudiendo estar ya descartada su fuerza vinculante por una aplicación preferente de la norma convencional o una interpretación favor persona por el juez nacional, elige modificar la norma jurídica interna en el sentido de adecuarla al estándar del corpus iuris interamericano y a la jurisprudencia de la CIDH o mediante la derogación de dicha normativa jurídica, como ocurrió en Chile con la modificación de la Constitución, art. 19 Núm. 12, inciso final, como consecuencia de la sentencia Olmedo Bustos y otros vs. Chile; cuando el legislador modifica la legislación sobre justicia militar como consecuencia de las sentencias «Palamara Iribarne Vs. Chile» y «Almonacid Arellano y otros vs. Chile», o cuando se crea una nueva norma constitucional, nueva legislación e instituciones como el Consejo para la Transparencia en el ámbito del derecho de acceso a la información pública y transparencia, a propósito del caso «Claude Reyes y otros vs. Chile», o cuando se acelera la aprobación de la ley anti discriminación después del fallo «Atala y niñas vs. Chile», para señalar algunos ejemplos en el plano normativo.

El diálogo también culmina cuando la Corte Suprema de Justicia pasando por encima de su propia sentencia con efectos de cosa juzgada interna, sentencia en la cual había ordenado en contienda de competencia planteada por la justicia militar respecto del juez natural, transferir los antecedentes a la justicia militar, la que sobreseé definitivamente la causa sin realizar la investigación aplicando el DL de Amnistía, luego del fallo Almonacid Arellano y otros vs. Chile de la Corte Interamericana, ordena a la justicia

militar remitir el expediente al juez ordinario competente, el cual retoma la investigación, determinando responsables y sancionándolos por homicidio en el caso Almonacid Arellano, lo que es confirmado luego de apelación, en el fallo de la Corte de Apelaciones de Rancagua Rol Núm. 103-2011 de 14 de enero de 2013.

Las modificaciones normativas internas realizadas pueden requerir su puesta al día en virtud de la evolución y carácter dinámico que presenta la jurisprudencia de la CIDH.

## 5. DIFERENCIAS ENTRE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En efecto, el control de convencionalidad tiene como parámetro de control la CADH y los instrumentos complementarios del mismo, como determina el art. 29 de la Convención. A estos efectos, el derecho interno es un mero hecho que se conforma o no a la CADH. Sin embargo, las sentencias que se consideran en este análisis, como señala Sagüés, con quién concordamos, «se expresan en términos más generales, y refieren a la hipótesis de que un Estado haya ratificado “un tratado como la Convención”. La doctrina se aplicaría así en relación a cualquier tratado; el Pacto de San José de Costa Rica sería solamente una muestra o ejemplo de material normativo controlante»<sup>56</sup>, en tal perspectiva, pueden formar parte del parámetro de control de convencionalidad, a manera ejemplar, la Convención sobre Derechos del Niño, el Convenio 169 de la OIT, u otros instrumentos internacionales que aseguran y garantizan derechos humanos.

Sobre el uso de otros instrumentos convencionales internacionales sobre derechos fundamentales la CIDH ya manifestó su perspectiva favorable en la Opinión Consultiva 1/82, utilizando como regla el principio pro homine o favor persona, con sede en el art. 29, literal b de la CADH, sosteniendo al respecto:

<sup>56</sup> N.P. SAGÜES. «El “control de convencionalidad”, en particular sobre las constituciones nacionales», en *La Ley*, Buenos Aires, Jueves 19 de febrero de 2009, p. 2.

«La función que el art. 64 de la Convención atribuye a la Corte forma parte del sistema de protección establecido por dicho instrumento internacional. Por consiguiente, este tribunal interpreta que excluir, a priori, de su competencia consultiva tratados internacionales que obliguen, a estados americanos, en materias concernientes a derechos humanos, constituiría una limitación a la plena garantía de los mismos, en contradicción con las reglas consagradas en el art. 29.b»<sup>57</sup>.

A su vez, la CIDH, en la Opinión Consultiva OC-16/99, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, sobre «El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal»<sup>58</sup>, estableció que:

«El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados tratados, convenios, resoluciones y declaraciones. Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo»<sup>59</sup>.

Más recientemente, la CIDH ha sostenido en el caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, que el objeto de su mandato —dice el propio Tribunal Interamericano en un fallo reciente— «es la aplicación de la Convención Americana y de otros tratados que le otorguen competencia»<sup>60</sup> y,

<sup>57</sup> CIDH, Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982, «otros tratados, objeto de la función consultiva de la Corte, Serie A Núm. 1, párrafo 42.

<sup>58</sup> Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A Núm. 16

<sup>59</sup> OC-16/99, párrafo 115.

<sup>60</sup> Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C Núm. 217, párrafo 199.

por consiguiente, la interpretación de dichos tratados. El parámetro del «control difuso de convencionalidad» comprende la Convención Americana, junto a los «Protocolos» adicionales a ella, como asimismo otros instrumentos internacionales que se han integrado al corpus juris interamericano por parte de la jurisprudencia de la CIDH.

Así, como señala Ferrer Mac-Gregor, «se forma de esta manera un auténtico “bloque de convencionalidad” como parámetro para ejercer el “control difuso de convencionalidad”»<sup>61</sup> por parte de los jueces nacionales.

El control de constitucionalidad es un control diferente al de convencionalidad. Éste tiene como parámetro el texto de la respectiva Carta Fundamental, sin perjuicio de que ciertas constituciones contemplen, como parte de su contenido, los atributos y garantías de los derechos asegurados por los tratados internacionales que versen sobre derechos humanos, como ocurre con el art. 5.<sup>º</sup> inciso 2.<sup>º</sup> de la Constitución chilena, los cuales son considerados expresamente por dicho enunciado constitucional como limitaciones al ejercicio de la soberanía; o que, en otros casos, las constituciones incorporen a los tratados y convenciones de derechos humanos en cuanto tales con jerarquía constitucional, como ocurre entre muchos otros, a manera ejemplar, con las constituciones de Argentina, de Bolivia, de Brasil, Colombia, de Ecuador, de República Dominicana, de México. En estos casos el control de constitucionalidad que realiza la jurisdicción constitucional respectiva, concentrada o difusa, a través de acciones o excepciones, de control abstracto o concreto, en su caso, debe integrar en el parámetro de control de constitucionalidad el bloque constitucional, el cual incluye ya no sólo los atributos y garantías de los derechos asegurados en el texto formal de la Constitución, sino los atributos y garantías que enriquecen tales derechos y que se encuentran contenidos en la fuente convencional de derecho internacional o los atributos y garantías que integran derechos no asegurados por la fuente constitucional, derechos nuevos que se asumen

<sup>61</sup> Ferrer Mac Gregor, Eduardo. voto concurrente en la sentencia de la CIDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C Núm. 220, párrafo 50.<sup>º</sup>

por la vía convencional o de derechos implícitos que se deducen de principios y valores expresamente contenidos en la Constitución.

En esta perspectiva, la jurisdicción constitucional debe concretar simultáneamente el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, asumiendo que una norma interna puede ser conforme a la Constitución pero contraria a la CADH, por vulneración de los estándares mínimos de atributos y garantías de los derechos asegurados por esta última. A su vez, el control de convencionalidad es parte del control de constitucionalidad si los atributos y garantías de los derechos asegurados convencionalmente son parte del bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales.

Como sostiene el distinguido jurista brasileño y ex Presidente de la CIDH, y actual juez de la Corte Internacional de Justicia, Antônio Augusto Cançado Trindade, al analizar el «control de convencionalidad» en su voto razonado con motivo del Caso Trabajadores Cesados del Congreso Aguado Alfaro y otros vs. Perú<sup>62</sup>:

«los órganos del Poder Judicial de cada Estado-Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana».

Así los jueces domésticos ordinarios, especiales y constitucionales deben ejercer control de convencionalidad. En algunos países de América Latina, el control de constitucionalidad y de convencionalidad puede ejercerse por todos los jueces cuando estos establecen en sus ordenamientos jurídicos un control difuso de constitucionalidad. En otros países, el control de constitucionalidad sólo puede ser ejercido en forma concentrada ya sea por una Corte Suprema, como ocurre por ejemplo en Uruguay; por una

<sup>62</sup> Párrafo 3.<sup>º</sup> del voto razonado del juez Antônio Augusto Cançade Trindade.

Sala Constitucional de ella, como ocurre por ejemplo, en Costa Rica, Paraguay o Venezuela; o sólo por una Corte o Tribunal Constitucional, como es el caso de Chile, tanto en control concreto reparador y como abstracto preventivo y reparador de constitucionalidad de preceptos legales.

Cualquiera que sea el órgano judicial que desarrolle control de convencionalidad éste puede concretarse por el tribunal en cualquier momento antes de dictar la sentencia, lo que requiere que si lo ejerce «ex officio» lo notifique a las partes, para que estas puedan argumentar sobre la materia, como elemento indispensable y básico del derecho a un debido proceso.

## **6. LOS EFECTOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD APLICADO POR EL JUEZ NACIONAL**

El control de convencionalidad que deben aplicar los jueces nacionales es una consecuencia necesaria de la aplicación de los principios de derecho internacional general y de derechos humanos, como una concreción de la regla de derecho consuetudinario que determina que el derecho interno no constituye una excusa para el incumplimiento de las obligaciones internacionales, que se encuentra positivada la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados de 1969, en los arts. 26 y 31.1 que determinan el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales, como asimismo, el art. 27 que determina que un Estado no puede oponer obstáculos de derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales. Ello implica necesariamente ajustar el derecho interno para hacerlo compatible con las obligaciones internacionales. La función de los órganos judiciales en este plano es hacer sus mejores esfuerzos para otorgar efecto útil a las normas internacionales, más aún cuando ellas constituyen derechos que emanan de la dignidad humana, los cuales debe ser efectivizados por el Estado-Juez a través de la adopción de las resoluciones jurisdiccionales conforme a las obligaciones generales establecidas por los arts. 1.1 y 2 de la CADH, como asimismo a través de una interpretación favor persona posibilitar el goce más amplio de los derechos de acuerdo con el art. 29 de la misma Convención, evitando así incurrir en responsa-

bilidad internacional por violación de derechos humanos a través de eventuales conductas omisivas.

Si en el control de convencionalidad se determina que una norma jurídica interna, ley, reglamento, decreto, resolución es «inconvencional» se genera siempre el deber jurídico del juez ordinario o especial de inaplicar la norma jurídica interna que colisiona con los atributos o garantías del derecho asegurado por la CADH, constituyendo una situación análoga a la de un control de constitucionalidad concreto que solo inaplica la norma contraria en este caso a la norma convencional, sin que ello signifique anular, derogar o expulsar la norma jurídica interna del ordenamiento jurídico, ya que eventualmente podría tener efectos jurídicos en hipótesis de aplicación distintas que no entraran en conflicto con los derechos asegurados convencionalmente. La inaplicación de la norma legal o reglamentaria por el Estado-Juez en este caso constituye una derivación de la aplicación preferente de los derechos asegurados convencionalmente en sus estándares mínimos respecto de las normas internas que los irrespetan, aplicando los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, adoptando las medidas necesarias para dar eficacia interna a los derechos asegurados convencionalmente y eliminar las prácticas contrarias a ellos, de acuerdo con el art. 2.<sup>º</sup> de la CADH.

Uno de los riesgos correctamente advertidos por Londoño del control de convencionalidad que deben efectuar todos los jueces nacionales, es la fragmentación jurisprudencial<sup>63</sup> en la interpretación local de la convención y sus pactos complementarios, debiendo los tribunales locales aplicar los estándares internacionales ya determinados por la jurisprudencia de la CIDH y como, en el caso de la inexistencia de tales estándares, ellos deben extraídos desarrollarse a través de una interpretación razonable y adecuada de los textos convencionales, lo que podrá ser corregido en sede internacional por la CIDH, si ellos no son los adecuados.

<sup>63</sup> M.C. LONDOÑO LÁZARO, «El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* Núm. 128. México D.F., UNAM, 2010, pp. 761-814.

El control de convencionalidad deposita en sede jurisdiccional nacional un voto de confianza en que los jueces locales interpretarán y aplicarán el derecho de los derechos humanos contribuyendo a generar un derecho público común básico de nivel regional interamericano, reforzando el Estado constitucional democrático en la región, una mejor protección de los derechos fundamentales de las personas, un derecho público regional más integrado al menos en los estándares mínimos de respeto de derechos humanos y jueces más legitimados y empoderados de su función de aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales.

Si el órgano que realiza el control de convencionalidad tiene, además la competencia de ejercer jurisdicción constitucional con competencia anulatoria o derogatoria de normas contrarias a la Constitución, si es que el parámetro de control de constitucionalidad integra los derechos convencionales, dicho órgano jurisdiccional debería expulsar la norma interna contraria a tales derechos que tenga un carácter inconvenencial en todas las hipótesis de aplicación posibles, si ello se analiza en el contexto de un control de constitucionalidad abstracto reparador o preventivo, en su caso. Si el órgano jurisdiccional interno sólo dispone de competencia de control concreto con efectos inter partes sólo inaplicará la norma interna contraria a los derechos asegurados.

En el supuesto de una tensión entre aseguramiento mayor de derechos humanos por parte de la Convención en relación al aseguramiento en el texto formal de la Constitución respectiva, si el Estado debe cumplir con las obligaciones convencionales y no puede alegar su Constitución para incumplir el deber de garantizar los derechos en los estándares mínimos convencionales determinados por la CIDH, sin poder oponer, de acuerdo al art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, obstáculos de derecho interno, al cumplimiento de las obligaciones internacionales, ello obliga al Estado-Juez a la aplicación de una interpretación de los derechos «favor persona», aplicando preferentemente el estándar fijado en la norma de derechos humanos convencional, única opción que posibilita no vulnerar derechos humanos ni incurrir en responsabilidad internacional por violación de ellos, lo que implica reconocer que, en la práctica, los derechos asegurados convencionalmente deben interpretarse y aplicarse teniendo en consideración aquellos atributos y garantías que se encuen-

tran asegurados en la CADH como estándar mínimo, lo que genera la obligación jurídica de aplicar siempre la norma interna o internacional que mejor proteja los derechos o aquella que los limite menos, asegurando que nunca se aplicará un nivel inferior al estándar mínimo exigido al Estado-Parte de respeto y garantía de los derechos humanos por la CADH.

A su vez, si hay una norma constitucional que vulnera la CADH y así ha sido determinado jurisdiccionalmente por la CIDH, al Estado no le queda otra alternativa que ejercer su potestad constituyente, en virtud de la obligación estatuida por el art. 2.<sup>º</sup> de la CADH, con el objeto de modificar el texto constitucional contrario al estándar mínimo de protección de derechos humanos, para asegurar y garantizar adecuadamente los derechos al menos con dicho estándar mínimo. De lo contrario, se genera un estado de cosas «inconvencional» o un ilícito internacional continuado latente, como asimismo una inseguridad jurídica que vulnera el deber de respeto y garantía de los derechos esenciales o fundamentales, mientras no sea eliminada la norma constitucional lesiva para ellos, como ocurrió en el caso «La última tentación de Cristo», con el art. 19 Núm. 12, inciso final de la Constitución.

La perspectiva reseñada en el párrafo anterior implica un reconocimiento concreto de que los derechos esenciales o convencionales de la persona afirmados por la CADH se encuentran sobre el derecho interno, incluido en tal afirmación el Texto Constitucional, cuando éste posee estándares inferiores de protección de derechos que los asegurados por la CADH. En otras palabras, significa reconocer que los atributos y garantías de los derechos asegurados convencionalmente constituyen un estándar mínimo de protección de los derechos que conforman un germen de un orden público común interamericano<sup>64</sup>, que ningún Estado-Parte puede vulnerar.

Ello no es más que una concreción de la limitación del ejercicio de la soberanía estatal cuando ésta afecta a atributos y garantías que forman parte de los derechos esenciales o humanos que, en la Constitución chilena es-

<sup>64</sup> Más bien, debiéramos decir, más concretamente, latinoamericano, ya que ni Canadá, ni Estados Unidos de Norteamérica forman parte del sistema, lo que por otra parte, lo hace más homogéneo desde una perspectiva cultural.

tán expresamente contenidos en el art. 5.<sup>º</sup> inciso 2.<sup>º</sup> de ella. En otras constituciones es una consecuencia de la incorporación y uso del principio pro homine o favor persona, expresamente contenido en los textos constitucionales, como ejemplo en los casos de Ecuador<sup>65</sup>, México<sup>66</sup>, República Dominicana<sup>67</sup>.

A su vez, en otros casos, serán los propios tribunales supremos de cada Estado los que aplicarán la regla pro homine o favor persona como pauta básica de interpretación de derechos, como derivación obligatoria del art. 29 b de la CADH, pudiendo reseñarse sobre la materia algunos ejemplos jurisprudenciales que aplican correctamente tal perspectiva.

## **7. EL ASEGURAMIENTO DE UNA INTERPRETACIÓN CONFORME CON LA CONVENCIÓN POR EL JUEZ CONVENCIONAL INTERNO QUE EJERCE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL**

En la perspectiva asumida por el sistema interamericano y su órgano jurisdiccional, la CIDH, si una norma constitucional de un Estado-Parte

<sup>65</sup> La Constitución Ecuatoriana de 2008, en su art. 417 prescribe que «en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución».

<sup>66</sup> La reforma constitucional de México de 2011 en el art. 1.<sup>º</sup>, incisos 2.<sup>º</sup> y 3.<sup>º</sup> de la Constitución, precisa: «Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad».

<sup>67</sup> La Constitución de República Dominicana de 2010, en su art. 74, numeral 3.<sup>º</sup>, determina: «Los poderes públicos interpretan y aplican las normativas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución».

tiene dos o más interpretaciones posibles, unas contrarias a los derechos asegurados por la Convención y otras conforme con los derechos asegurados convencionalmente, los jueces constitucionales deberían asumir la interpretación conforme con la CADH y desechar las interpretaciones contrarias a la misma, de la misma manera que deben optar por la interpretación conforme con la Constitución y desechar la interpretación contraria a la Carta Fundamental cuando analizan la constitucionalidad de una norma infraconstitucional de derecho interno. Lo antes señalado lleva a la conclusión de que las normas constitucionales deben ser interpretadas y aplicadas de conformidad con los atributos y garantías de los derechos asegurados por la Convención Americana de Derechos Humanos.

Con el control de convencionalidad interno se busca que los jueces nacionales actúen como jueces interamericanos y descarguen a la Corte Interamericana de Derechos Humanos del trabajo de resolver el inmenso trafago de asuntos sobre los cuales ya ha sentado líneas jurisprudenciales claras, que los tribunales nacionales deberían seguir. Como señala el ex juez y Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez:

«Del mismo modo que un tribunal constitucional no podría —ni lo pretende— traer ante sí todos los casos en que se cuestione o se pueda cuestionar la constitucionalidad de actos y normas, un tribunal internacional de derechos humanos no aspira —mucho menos todavía que el órgano nacional— a resolver un gran número de litigios en los que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya ha dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del tratado internacional que invocan los litigantes.

Sería imposible, además de indeseable, tomando en cuenta el carácter subsidiario o complementario de la jurisdicción internacional, que ésta recibiera un gran número de contiendas sobre hechos idénticos o muy semejantes entre sí, para reiterar una y otra vez los criterios sostenidos en litigios precedentes»<sup>68</sup>.

<sup>68</sup> Corte IDH. «Caso Tibi Vs. Ecuador», sentencia de 07/09/2004, voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez, párrafos 4.<sup>º</sup> y 5.<sup>º</sup>

Constituye así un desafío mayor que los jueces nacionales asuman este control de convencionalidad, siempre dentro del ámbito de las competencias y de acuerdo a los procedimientos que determinan los ordenamientos jurídicos nacionales constituyéndose también en jueces convencionales, produciendo sus mejores esfuerzos en la interpretación de los atributos y garantías de los derechos fundamentales asegurados por fuente constitucional e internacional, armonizando dichas fuentes y aplicando los postulados de «progresividad» y «favor persona», contribuyendo a mejorar la calidad de vida de la comunidad nacional, un mayor goce efectivo de los derechos fundamentales, en definitiva, una contribución al bien común y al desarrollo del conjunto de la sociedad, pasando a etapas más humanas y a una mejor calidad de Estado constitucional democrático, que siempre implica una elevación de la calidad de vida del conjunto de la sociedad.

**Resumen:**

*El presente artículo analiza la protección internacional de los Derechos Humanos en el contexto latinoamericano y sistematiza el modo en que la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es acogida por los Estados miembros.*

**Palabras Clave:** Latinoamérica, Tratados Internacionales, Convención Americana sobre Derechos Fundamentales, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Derechos Humanos, protección internacional, interpretación.

**Abstract:**

*This article analyzes the international protection of human rights in the Latin American context and systematizes the way in which the American Convention on Human Rights and the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights is accepted by the Member States*

**Keywords:** Latin America, international treaties, American Convention on Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, Human Rights, International protection, interpretation.

# LA LIBERTAD DE COMUNICACIÓN EN ESTADOS UNIDOS Y EN EUROPA

PEDRO J. TENORIO SÁNCHEZ\*

## SUMARIO:

1. DIFERENTE DENSIDAD DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESTADOS UNIDOS Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
2. DUALIDAD DE MODELOS DERIVADA DE LOS TEXTOS REGULADORES
3. SENTENCIAS CONCRETAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESTADOS UNIDOS Y DEL TEDH QUE SIRVAN PARA CONTRASTAR ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS
4. INCORPORACIÓN DE LA DOCTRINA SULLIVAN Y LINGENS EN ESPAÑA
5. CONSIDERACIONES FINALES

El tema sobre el que versa este trabajo es la libertad de comunicación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos (en adelante, TSEEUU) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH). Nuestra exposición va a intentar incidir especialmente en la comparación entre Estados Unidos y Europa, entre las jurisprudencias del TSEEUU y del TEDH<sup>1</sup>, pero partiendo sobre todo de la jurisprudencia de

\* Catedrático de Derecho Constitucional. UNED.

<sup>1</sup> Acerca de la necesidad de investigar desde el punto de vista empírico los fundamentos del Derecho de la Primera Enmienda, v. R. C. ENTMAN, «Putting the First Amendment in its Place: Enhancing American Democracy through the Press» (1993) *U Chi Legal F* 61; L.A. POWE, Jr., «The Supreme Court, Social Change, and Legal Scholarship» (1992) 44 *Stan L Rev* 1615. Según D. STRAUSS, «Rights and the System of Freedom of Expression» (1993) *U Chi Legal F* 197 y ss., se tiende a formular preguntas acerca de la regulación de la prensa en términos toscos porque carecemos de las herramientas conceptuales y empíricas acerca de cuál de las posibilidades de regulación de la prensa puede ser acertada. Este autor piensa que serían posibles cuatro

Estados Unidos. Más concretamente, desarrollaremos los siguientes puntos: 1) nos referiremos a la diferente densidad de la jurisprudencia de los dos Tribunales; 2) describiremos la dualidad de modelos que se deriva de los textos reguladores, para ver inmediatamente a continuación cómo esa dualidad es relativa; 3) ofreceremos contrastes de sentencias concretas del Tribunal Supremo de Estados Unidos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a lo largo de tres subapartados; concretamente: 3.1. neutralidad vs. democracia beligerante; 3.2. versión madura de la doctrina del «peligro claro e inminente» e inexistencia de la misma en Europa; 3.3. la libertad de prensa como libertad fundamental y la prensa como «perro guardián»; 4) nos referiremos a la incorporación de la doctrina *Sullivan* y *Lingens* en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. 5) Cerraremos el trabajo con unas concisas consideraciones finales.

## 1. DIFERENTE DENSIDAD DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESTADOS UNIDOS Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Comenzamos, pues, con lo que se ha llamado la diferente densidad de la jurisprudencia de los dos Tribunales. Queremos decir con eso que en

---

estudios empíricos. (1) ¿Cuál es la correlación existente entre los puntos de vista expresados en los editoriales y los puntos de vista de propietarios, consumidores y anunciantes? [Véase C.E. BAKER, «Advertising and a Democratic Press» (1992) 140 *U Pa L Rev* 2097]. (2) ¿Hasta qué punto la televisión pública ha sido independiente de la influencia política? [V. en general, Public Television: A Program for Action, The Report and Recommendations of the Carnegie Commission on Educational Television (Bantam Books 1967)]. (3) ¿Cuáles han sido los efectos de la FCC en la regulación de la televisión? V. C. BOOLLINGER, «Freedom of the Press and Public Access: Toward a Theory of Partial Regulation of the Mass Media» (1976) 75 *Mich L Rev* 1, 27. V. asimismo C. Bollinger, *Images of a Free Press* (University of Chicago Press 1991). La comparación entre la prensa (no regulada) y la televisión (regulada) debería proporcionar valiosa información acerca de los riesgos de la regulación.(4) ¿Qué efectos tiene la propiedad del Gobierno o la regulación del contenido en otras sociedades similares?

Estados Unidos el régimen de la libertad de expresión es el que dice el Tribunal Supremo y para toda la federación<sup>2</sup>. No hay diferencias entre California y Ohio. En Europa existen matices diferenciales nacionales. Esto se comprende porque Estados Unidos es una federación y Europa no. El poder del TSEEUU es muy superior al del TEDH, que deja a las autoridades de los Estados miembros un margen de apreciación.

Pero no se piense que esto siempre ha sido así. De hecho, el TSEEUU prácticamente no se había ocupado de la libertad de expresión hasta bien entrado el siglo XX y lo hizo con dos relevantes Sentencias: la *Schenk*<sup>3</sup> y la *Abrams*<sup>4</sup>, ambas de 1919<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Para Strauss (n 1) p. 197 y ss., son posibles dos enfoques de la libertad de expresión. El primero se basa en los derechos del que expresa su opinión. Esta orientación se ha sostenido en una variedad de formas. V. por ejemplo, C. E. BAKER, *Human Liberty And Freedom of Speech* (Oxford University Press 1989); M. REDISH, «The Value of Free Speech» (1982) 130 *U Pa L Rev* 591; D. A. J. RICHARDS, «Free Speech And Obscenity Law: Toward a Moral Theory of the First Amendment» (1974) 123 *U Pa L Rev* 45, 59-70. El Segundo es un enfoque «estructural» o «sistémico»: se basa en el valor de lo expresado para el conjunto del sistema, no para quien expresa su opinión.[V. por ejemplo, C. R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech* (Free Press, 1993); A. MEIKLEJOHN, *Political Freedom* (Harper & Brothers, 1960)]. La distinction puede detectarse en las más antiguas justificaciones de la libertad de expression. [V. J. MILTON, *Areopagitica: A Speech for the Liberty of Unlicensed Printing* (first published 1644, Doves Press 1907)]. Según David A. Strauss, la doctrina actual de la Primera Enmienda es satisfactoria desde el punto de vista del individuo que se expresa, no desde el punto de vista del sistema.

<sup>3</sup> *Schenk v. United States*, 249 US 47, 52 (1919), votada el 3 de marzo de 1919 por unanimidad (nueve votos). Ponente: juez Oliver W. Holmes. Votaron a favor el Chief Justice White y los jueces Van Devanter, Pitney, McKenna, Day, McReynolds, Brandeis y Clarke.

<sup>4</sup> *Abrams v. Estados Unidos*, 250 US 616, 627.

<sup>5</sup> Sobre *Schenck* y *Abrams*: B. SCHWARTZ, *Los poderes del Gobierno. Vol I: Poderes federales y estatales*, UNAM, México D.F., 1966, p. 180; B. NEUBORNE, *El papel de los juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 64 y ss.; P.S. CODERCH - M.T. CASTIÑEIRA PALOU - F. IGARTUA ARREGUI - M. MARTÍN CASÁIS - J. SANTDIUMENGE FARRE, *El mercado de las ideas*, CEC, Madrid, 1990, pp. 26-27 y 31 (en la p. 27 se traduce un fragmento del Voto particular de

El contexto en el que se producen las dos es particularmente importante. Se trataba de un momento en que Estados Unidos vivía un periodo de exaltación del nacionalismo belicista que le llevó a abandonar la doctrina Monroe y a participar en la primera guerra mundial. Para centrar al país en el esfuerzo bélico, se dictaron dos leyes, una ley de espionaje en 1917 y otra de sedición en 1918, que limitaron la libertad de expresión y darían la oportunidad de entrar en liza al Tribunal Supremo. Al mismo tiempo, permitirían al juez Holmes redactar una ponencia y un voto particular que serán un punto de referencia del régimen de esta libertad prácticamente hasta nuestros días.

Los hechos de una y otra Sentencia podrían parecer similares.

En *Schenk v. EEUU*, Charles T. Schenk, Secretario General del Partido Socialista, había imprimido y ordenado distribuir octavillas contrarias a la guerra en las que llegaba a invitar a desobedecer las órdenes de combate. Se le condenó por tres delitos de la Ley de Espionaje. El Tribunal Supremo, con ponencia de Holmes, confirmó la constitucionalidad de la Ley de Espionaje y de las condenas y alumbró la doctrina del «peligro claro e inminente». Tal doctrina, en una primera aproximación, parece querer decir que en tiempos de guerra, en el contexto en que vivía el país, no podían admitirse tales octavillas.

Con las palabras de Holmes:

---

Holmes en *Abrams*); C. WOLFE, *La transformación de la interpretación constitucional*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 250 a 278 (en las pp. 255 y 256 se traducen fragmentos del Voto particular de Holmes en *Abrams*); A.L. MAGALONI KERPEL, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, McGraw-Hill, Madrid, 2001, p. 143; I. VILLAVERDE MENÉNDEZ, *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1994, pp. 94 y ss.; L.M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2004, p. 297; G. MARSHALL, *Teoría constitucional*, Espasa-Calpe, Madrid, 1982, pp. 222 y ss. Un fragmento del Voto particular de Brandeis en *Whitney* se encuentra en R. DWORKIN, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 403. Un fragmento de *Gitlow v. New York* (1925) está traducido en *Documentos constitucionales y textos políticos* (L. Sánchez Agesta ed.), Editora Nacional, Madrid, 1982, pp. 99-100.

«La mayor protección posible de la libertad de expresión no ampararía a quien, en un teatro abarrotado, gritara «¡Fuego!» a sabiendas de que no hay tal fuego. (...)»

Esta teoría suponía un ensanchamiento de la doctrina de la libertad de expresión que venían sosteniendo los tribunales estadounidenses, llamada de la «*bad tendency*». Conforme a ella, cualquier manifestación que pudiera occasionar un mal o perturbación de la paz pública podía ser prohibida o sancionada.

Pero la doctrina no gustó a los excompañeros de Holmes de Harvard, donde éste había sido profesor, que la criticaron con severidad. Hay quien dice que ello influyó en el cambio de Holmes en otro caso que hubo de juzgar el mismo año, *Abrams v. EEUU*.

Este caso puede resultar parecido en cuanto a los hechos al anterior: se trataba de una condena a un ciudadano norteamericano de religión y origen hebreo que había distribuido propaganda —escrita en yiddish— criticando duramente al Gobierno norteamericano por enviar soldados a Rusia.

El Tribunal Supremo confirmó la condena aplicando la doctrina del «peligro claro e inminente». Pero Holmes se apartó del criterio de la mayoría. Quedó claro que no se apartó de la doctrina *Schenk* del «peligro claro e inminente», sino que lo que negó, entre otras cosas, es que en este caso existiera tal peligro. Para Holmes, la envergadura de los hechos no era equiparable.

Pero incluso más que esto, nos interesa que en su voto particular va a formular la noción de «mercado de las ideas», que para muchos sigue siendo la base de la concepción estadounidense de la libertad de expresión.

Holmes argumenta que no concurren en el caso los elementos del tipo y que por tanto se está castigando por profesar unas ideas. Y para justificar que no se puede castigar por profesar ideas, escribe las líneas que lo han inmortalizado:

«Si el hombre es consciente de que el tiempo ha dado al traste con muchas ideas enfrentadas, entonces se dará cuenta, aún más de lo que cree en los cimientos de su propia conducta, de que al ansiado bien supremo se llega mejor a través del libre intercambio de ideas; de que la mejor prueba a que puede someterse la verdad es la capacidad del pensamiento para imponerse en un mercado en el que entre en competencia con pensamientos contrarios...».

Añadiremos muy sintéticamente que el Tribunal Supremo siguió dictando sentencias restrictivas de la libertad de expresión, con la discrepancia de Holmes, por lo menos hasta 1931. Volveremos sobre la doctrina del peligro claro e inminente.

Pero recuperemos el hilo conductor de nuestra exposición. Decíamos que hasta bien entrado el siglo XX, el TSEEUU no se ocupa de esta libertad. Hemos de añadir que bien pronto, a finales de los años treinta, al salir del «New Deal», cuando el Tribunal Supremo pierde el dominio sobre las leyes económicas y acepta un control mínimo sobre las mismas, va a decidir protagonizar, en cambio, el destino de la libertad de expresión.

El régimen que el TSEEUU ha diseñado para la libertad de expresión en el siglo XX es uno de los desarrollos más importantes del Derecho constitucional estadounidense. Se podría decir que le ha dado el poder de modelar las costumbres y cambiar la moral. Pero no podemos olvidar que el Tribunal, más que provocar la evolución social, la acompaña. Probablemente el protagonismo hay que buscarlo en la defensa decidida de sus derechos por parte de minorías como los testigos de Jehová o los negros, o en las inquietudes de una juventud revolucionaria.

## **2. DUALIDAD DE MODELOS DERIVADA DE LOS TEXTOS REGULADORES**

Llegados a este punto, hemos de señalar que el examen de los textos jurídicos que regulan las libertades informativas en Estados Unidos y en Europa inducen a pensar en la existencia de dos modelos: una libertad absoluta e ilimitada en Estados Unidos y una libertad limitada en Europa.

Esto es así ya desde los orígenes.

En efecto, en Estados Unidos, el punto de partida es la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776), cuyo art. 12 decía textualmente que «la libertad de prensa es de los grandes baluartes de la libertad y nunca puede ser restringida por gobiernos despóticos». El texto no habla de límites en absoluto.

Comparémoslo con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (DDHC en lo sucesivo) francesa de 1789, art. 11: se reconoce el

derecho diciendo que «la libre comunicación de las ideas y de las opiniones es uno de los bienes más preciosos del hombre» y continúa diciendo que «todo ciudadano puede por tanto hablar, escribir, imprimir libremente...». Pero añade: «sin perjuicio de la responsabilidad por el abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley». Cabe, por tanto, regulación legal que establezca la responsabilidad por los abusos.

Esto último, en cambio, no lo vamos a encontrar en la I Enmienda de la Constitución de Estados Unidos<sup>6</sup>, Enmienda aprobada en 1791 y que, en lo que aquí nos interesa, va a establecer tajantemente que «el Congreso no hará ninguna ley (...) que restrinja la libertad de palabra o de prensa».

Naturalmente, este texto se ha llenado de diferentes contenidos en cada momento histórico. Pero antes de referirnos a esto, reconoczamos que la comparación entre el art. 11 DDHC y la I Enmienda, harán pensar en una libertad absoluta e ilimitada en Estados Unidos y en cambio limitada en Francia.

Lo que además se confirma con la lectura del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>7</sup> (CEDH en lo sucesivo). Este tiene dos párrafos. El primero, en lo que aquí nos interesa, contiene un reconocimiento amplio de las libertades informativas, diciendo que «toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la de recibir o comunicar informaciones o ideas».

Pero inmediatamente el párrafo segundo establece una serie de posibilidades amplias de limitación. Concretamente, comienza diciendo que el ejercicio de estas libertades conlleva deberes y responsabilidades. Y que por ello puede ser sometido a «determinadas formalidades, condiciones,

<sup>6</sup> Aunque no existiera Primera Enmienda, el debate libre podría inferirse de la existencia del gobierno representativo. V. Charles L. Black, Jr., *Structure and Relationship in Constitutional Law* 35-51 (Ox Bow Press 1985).

<sup>7</sup> Y otros textos internacionales. Puede verse al respecto la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (en adelante DUDH) (arts. 19 y 29.2), el Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP en adelante) (art. 19), la Convención Interamericana de Derechos del Humanos de 1969 (CIDH en adelante), art. 13.

restricciones o sanciones». Eso sí, estas últimas han de cumplir dos requisitos: primero, han de estar previstas por la ley; y segundo, deben ser medidas necesarias en una sociedad democrática para una serie de finalidades bastante amplia, pues incluso agrupando algunas resultan ser nueve, por cierto casi todas de notable amplitud. Son las siguientes: 1.º seguridad nacional; 2.º integridad del territorio o seguridad pública; 3.º defensa del orden y prevención del delito; 4.º protección de la salud; 5.º protección de la moral; 6.º protección de la reputación ajena; 7.º protección de los derechos ajenos; 8.º impedir la divulgación de informaciones confidenciales; y 9.º garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial<sup>8</sup>.

En suma, hay que reconocer que quien se limitara a leer estos textos, concluiría la existencia de dos modelos muy diferentes.

No obstante, la distinción entre los dos modelos ha de relativizarse.

En efecto, dos razones dificultan el intento de establecer una distinción tajante.

La primera es que la libertad de expresión nunca ha sido absoluta en Estados Unidos, ya que conoció los límites nada desdeñables del «common law». En primer lugar, tradicionalmente, por aplicación de los principios seculares del «common law», el Estado, y toda persona pública, era en EEUU un propietario por así decir más poderoso que los demás, que podía

<sup>8</sup> El art. 10 del CEDH, relativo a la libertad de expresión, establece:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda existir ingerencia de las autoridades públicas y sin consideración de frontera. El presente artículo no impide a los estados someter a las empresas de radiodifusión, de cine o de televisión a un régimen de autorización;

2. El ejercicio de estas libertades, al conllevar deberes y responsabilidades, puede ser sometido a determinadas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la integridad del territorio o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del crimen, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o los derechos de los demás, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial»

prohibir al público expresarse en las calles o parques públicos<sup>9</sup>. En segundo lugar, están los límites que afectan al empleado público<sup>10</sup>. En tercer lugar, a finales de los años 1930, el Derecho de los Estados contenía todo tipo de «offences» (tipos penales y civiles) y de hechos delictivos, todos heredados del «common law», pero a menudo agravados por el legislador, que amordazaba la libertad de expresión estableciendo para los autores de afirmaciones o escritos tendenciosos importantes sanciones, bien penales (en caso de alteración del orden público<sup>11</sup> o de sedición difamatoria), bien

<sup>9</sup> No había (y sigue sin haber) distinción entre dominio público y propiedad privada, y todavía menos noción de «dominio afectado al uso público». La autoridad pública tiene por tanto en principio el poder —considerado la quintaesencia del derecho de propiedad— de excluir de ella a los demás, como cualquier otro particular. Este régimen había encontrado una excelente ilustración en el asunto *Commonwealth v. Davis* [167 US 43(1897)] resuelto por el Tribunal Supremo de Massachusetts. El predicador Davis había sido condenado por haber predicado en el terreno municipal de Boston sin permiso del alcalde como exigía una ley aprobada por la cámara de la ciudad. El Tribunal (por boca del Juez Holmes, que todavía no estaba en el TSEEUU) confirmó su condena explicando que: «la cámara legislativa tiene el derecho más absoluto e incondicional de prohibir al público expresarse en las calles o parques públicos y, en el ejercicio de su derecho, no disminuye más los derechos del público que un propietario particular cuando prohíbe al público entrar en su casa» [*Commonwealth v. Davis*, 162 Mass. 510, 39 N.E. 113 (1895)].

<sup>10</sup> Lo que mejor ilustra el extraordinario sometimiento que unía al empleado público a sus superiores en EEUU es el «spoil system». El partido que gana las elecciones ocupa libérrimamente todos los cargos públicos y nombra a los agentes públicos. En este marco, ante todo, ante quien lo ha nombrado, el agente público no tiene ninguna libertad de palabra. Como no sea para alabarla, se debe callar. Las consecuencias de este estado de espíritu o sicológico se hacían sentir mucho más allá de lo que llamamos «los empleos de nombramiento discrecional del Gobierno». Toda la función pública —en el relativo sentido que este término tiene en EEUU— lo padecía, tanto en el nivel federal como en el estatal.

<sup>11</sup> En el «common law», todo acto o hecho que altera, o es susceptible de alterar el orden público es un delito («misdemeanor»). La noción de alteración del orden público era entendida en sentido amplio: el menor hecho o gesto, la menor afirmación, susceptible de amenazar la tranquilidad pública y de perturbar el sentimiento de seguridad que cada ciudadano tiene derecho a esperar de las autoridades, era calificado como

civiles (en caso de difamación). En cuarto lugar, estaba el delito de sedición, ya en germen en una ley inglesa de 1275 que prohibía los cuentos y noticias que condujeran a la discordia entre el Rey y su pueblo, que se definía en la América colonial como «la publicación intencionada, sin excusa legal o justificación, de cualquier escrito crítico de un hombre público, de la Ley, o de cualquier institución pública»<sup>12</sup>. Si bien desde 1735 se estableció la regla de que en América, la verdad de los hechos era siempre causa de exoneración de la responsabilidad por difamación sedicosa<sup>13</sup>. En

---

«breach of the peace», y castigado como tal. Este antiguo concepto del «common law» era de naturaleza general e indefinida; era susceptible de contener cualquier cosa. Cualquier desfile o manifestación no autorizados, por más que fuera puramente pacífica y no hubiera reunido más que a un puñado de individuos, era susceptible de constituir un delito. La más inofensiva incidencia en el orden público podía implicar la cárcel. Las pequeñas ciudades americanas estaban calmas, sumisas, trabajadoras. Los testigos de Jehová encontraban grandes dificultades para predicar sus creencias: de una manera o de otra, hicieran lo que hicieran, se convertían en culpables de alteración del orden público («breach of the peace»). Además de la alteración del orden público, el amplio concepto de «breach of the peace» incluía también el lenguaje vulgar, los tacos [el llamado «improper language»] que, cuando se pronunciaban en público, podían ser susceptibles de sanciones penales.

<sup>12</sup> Citado por G.R. STONE y otros, *Constitutional Law*, 5th ed., Aspen Publishers, 2005, p. 1050.

<sup>13</sup> Los procesos por libelo sedicoso eran frecuentes en Inglaterra, donde no obstante la ausencia de censura previa amordazaba muy eficazmente a la prensa por sus efectos disuasorios, pero eran más bien raros en las colonias. El ejemplo más conocido que suele citarse es el de John Peter Zanger, panfletario de Nueva York, que en 1735 fue juzgado por haber criticado al Gobernador general de la colonia en su publicación semanal. Los abogados de Zanger habían aducido la verdad de los hechos como excusa absolvitoria, pero el juez instruyó al jurado para que no diera crédito a esta argumentación. Rechazando las instrucciones del juez, el jurado absolvió a Zanger. El asunto levantó gran polvareda; estableció la regla de que en América, la verdad de los hechos era siempre causa de exoneración de la responsabilidad por difamación sedicosa. La idea de que no se pudiera criticar al Gobierno no se compadecía con la cultura democrática que se estaba implantando al otro lado del Atlántico. Es cierto que, sin embargo, en 1798, al convertirse las ideas de la Revolución Francesa en demasiado populares a los ojos de los conservadores norteamericanos, el Partido Federalista

quinto lugar, en el «common law», la difamación se fundaba en un régimen que podríamos llamar de responsabilidad por riesgo («strict liability»). Poco importaba la intención que hubiera podido tener el autor de las afirmaciones consideradas difamatorias, bastaba que hubiera publicado escritos tendenciosos teñidos de «mala inclinación», en el sentido de que perjudicaran a la reputación o al honor de un ciudadano lanzando sobre él el oprobio público, exponiéndolo al ridículo, al desprecio, al odio de los demás o de que tendieran a manchar la memoria de los muertos. En todos estos casos, la víctima disponía contra él de una acción judicial por libelo<sup>14</sup>. En el «common law», la razón de ser de la acción por difamación no es en absoluto la protección de un derecho de la persona, la protección de su reputación o de su honor, sino la necesidad de prevenir y de evitar la tendencia de toda afirmación difamatoria a causar una alteración de la paz pública<sup>15</sup>. Asimismo, la difamación era doblemente castigable, desde el punto de vista civil y en el ámbito penal. La acción civil por difamación

---

aprobó en el Congreso una Ley de sedición, pero expiró en 1801. Y el republicano Jefferson, entonces Presidente de EEUU, amnistió a todos los que habían sido condenados y el Congreso aprobó incluso una ley que reembolsó las multas impuestas. L.W. LEVY, «Liberty and First Amendment: 1790-1800», *American Historical Review*, vol. 68, 1962, pp. 27 y ss.

<sup>14</sup> En el «common law» la difamación podía hacerse por «libel» (escrito) o por «slander» (difamación, calumnia). La distinción entre las dos es que el libelo tiene carácter permanente porque es escrito mientras que la injuria tiene un carácter temporal porque es una palabra (oral).

<sup>15</sup> Este punto fue muy subrayado por sir Edward Coke en el informe sobre los libelos que hizo en 1606 para el Tribunal de la Cámara Estrellada (Star Chamber). El Juez inglés explicaba entonces que la difamación de un particular debía ser castigada porque era susceptible de llamar a una venganza que causaría una alteración del orden público y que la difamación de una persona pública merecía aún más ser castigada pues no solamente atentaba contra el orden público, sino que lanzaba descrédito sobre el Gobierno, garante del orden público. Por eso, antes de que el Reino Unido incorporara el CEDH al Derecho Inglés, la libertad de expresión había podido emanciparse y desarrollarse en tanto en cuanto podía, en algunos ámbitos, por ejemplo en materia de acceso a la información, contribuir a un interés público. Véase A. BOYLE, «Freedom of Expression as a Public Interest in English Law», *Public Law*, 1982, pp. 574 y ss.

tenía efectos particularmente enérgicos<sup>16</sup>. Tal y como estaba concebido, el sistema tenía un efecto radicalmente disuasorio sobre la prensa. En teoría, la prensa podía decir todo porque no había censura; en la práctica, no osaba decir nada, sabiendo que uno se exponía a condenas pecuniarias susceptibles de llevarla al borde de la quiebra.

La segunda razón que relativiza la impresión que da la lectura de los textos es el alcance inicial de la I Enmienda. Esta no se aprobó para garantizar la libertad de expresión de los ciudadanos frente al Congreso, sino para distinguir las competencias de la Federación y las de los Estados miembros. Es decir, que prohibía regular la libertad de expresión al Congreso, pero no a las cámaras legislativas de los Estados miembros. Era una atribución de poder a los Estados federados frente a la Federación.

Por eso no se puede decir, con base en la I Enmienda, que la libertad de expresión es más amplia en Estados Unidos que en Europa, al menos hasta 1925, aunque sí a partir de esta última fecha.

Y ello porque en 1925, en la Sentencia *Gitlow v. People of New York*<sup>17</sup>, el Tribunal Supremo decidió configurar este derecho como «derecho fundamental», oponible a los Estados. A partir de esta Sentencia, a pesar de que en otros aspectos la misma supuso un paso atrás (pues acogió la doc-

<sup>16</sup> La responsabilidad del autor de las afirmaciones consideradas difamatorias procedía en caso no sólo de mentiras deliberadas, sino también si sus afirmaciones contenían hechos inexactos, tanto si la inexactitud era involuntaria como si no. Una vez que se había probado que el autor de las afirmaciones las había publicado intencionalmente y que estas afirmaciones eran difamatorias, en el sentido de que tenían a causar un perjuicio a la reputación de la víctima, el autor era automáticamente responsable, a menos que probara la veracidad de los hechos informados o que acrediara un «privilegio» que le autorizara a actuar de tal manera (el «privilegio» podía derivar de las reglas que garantizan la buena administración de justicia o el funcionamiento regular de las asambleas elegidas). A falta de la prueba de la verdad o de la justificación del privilegio, el autor de la difamación era automáticamente condenado, hubiera sido negligente o no. La víctima podía probar el daño, pero no tenía ni siquiera necesidad de hacerlo en la medida en que el Juez de los hechos tenía la facultad de presumir los daños sufridos. Es más, podían ser declarados «daños punitivos» según criterios que variaban en función de los Estados.

<sup>17</sup> *Gitlow v. People of New York*, 268 US 652, 666 (1925).

trina de la «bad tendency»), la libertad de expresión se considera un derecho fundamental<sup>18</sup> igual a los de la Enmienda XIV: vida, libertad y propiedad. Esta consideración de la libertad de expresión como derecho fundamental<sup>19</sup> se confirmaría en los años 1938-1939.

Por tanto, solo a partir de este momento<sup>20</sup>, y merced no solo al tenor literal de la Constitución, sino a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, podríamos afirmar que la libertad de expresión es ilimitada Estados Unidos pero limitada en Europa.

### **3. SENTENCIAS CONCRETAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESTADOS UNIDOS Y DEL TEDH QUE SIRVAN PARA CONTRATAR ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS**

Consideremos algunas razones y ejemplos que mostrarán que en la actualidad la libertad de expresión en Estados Unidos es más amplia que en Europa, aunque no precisamente porque se derive así de los textos regula-

<sup>18</sup> Hemos visto las dos perspectivas que, según Strauss, pueden adoptarse para enfocar la libertad de expresión: D.A. STRAUSS, «Rights and the System of Freedom of Expression» (1993) *U Chi Legal F* 197, 197 y ss. V. también, por ejemplo, O.M. FISS, «Free Speech and Social Structure» (1986) 71 *Iowa L Rev* 1405, 1408-11]. Pero la distinction no debe inducirnos a pensar que el enfoque sistemático ignora o desprecia la autonomía del sujeto: v. T.M. SCANLON, «A Theory of Freedom of Expression» (1972) 1 *Phil & Pub Aff* 204; D. A. STRAUSS, «Persuasion, Autonomy, and Freedom of Expression» (1991) 91 *Colum L Rev* 334. Pero véase T.M. SCANLON, «Freedom of Expression and Categories of Expression» (1979) 40 *U Pitt L Rev* 519, 530-35.

<sup>19</sup> Para determinar si una expresión debe ser protegida desde el enfoque estructural, Alexander Meiklejohn ofrece el siguiente aforismo: «Lo que es esencial no es que todo el mundo hable, sino que toda idea valiosa sea dicha». [A. MEIKLEJOHN, *Free Speech and Its Relation to Self-Government* 25 (Harper & Brothers, 1948)]. En sentido crítico respecto de esta idea, v. por ejemplo K. L. KARST, «Equality as a Central Principle in the First Amendment», (1975) 43 *U Chi L Rev* 20, 39-40].

<sup>20</sup> Algunas vulneraciones de la libertad de expresión no fueron sometidas al control del Tribunal Supremo. Probablemente podríamos considerar en este sentido el caso de la Ley sobre la sedición de 1798 que castigaba con sanciones penales a cualquiera

dores. Esto lo vamos a hacer distinguiendo a su vez tres subapartados: primero señalaremos cómo en un lugar impera el principio de neutralidad, frente al principio de democracia beligerante en el otro. En segundo lugar nos referiremos a la versión madura de la doctrina del «peligro claro e inminente» y a su inexistencia en Europa. A continuación nos referiremos a la libertad de prensa como libertad fundamental y a la prensa como «perro guardián», señalando cómo en Europa entra en concurrencia con otros derechos.

### 3.1. Neutralidad v. democracia beligerante

Consideraremos aquí algunas razones y ejemplos que mostrarán que, en la actualidad, la libertad de expresión en Estados Unidos es más amplia que en Europa.

El Tribunal Supremo, a partir de 1925, no solo convierte la libertad de expresión en un derecho fundamental en sentido técnico, sino en una libertad fundamental en cuanto tiene gran amplitud y constituye una pieza básica del sistema.

Para explicarlo, ante todo, vamos a aludir a dos ideas fuerza y a ilustrarlo con dos ejemplos.

a) En primer lugar, la doctrina del «peligro claro e inminente», que, como vimos, después de *Abrams* (1919) fue utilizada en sentido restrictivo para la libertad de expresión, ha tenido un largo recorrido que la ha acabado dotando de un sentido muy favorable para la referida libertad.

Para empezar, en la Sentencia *Whitney v. California* (1927)<sup>21</sup>, ciertamente se aplica en línea restrictiva (se confirma la condena de la señora

---

que con sus afirmaciones desacreditara al Gobierno Federal, o la resolución llamada «Gag Rule», aprobada por la Cámara de Representantes en 1840 que prohibía a los elegidos —convirtiéndolo en regla permanente del procedimiento parlamentario— debatir innumerables peticiones depositadas en la mesa y referidas al cuestionamiento de la esclavitud; véase Ch.c HAYNES, S. CHALTAIN y S.M. GLISSON, *First Freedoms, A Documentary History of First Amendment Rights in America*, Oxford UP, 2006, pp. 77 y ss.

<sup>21</sup> *Whitney v. California*, 274 US 357, 374 (1927).

Whitney por pertenencia al Partido Comunista de los Trabajadores), pero el Juez Brandeis explica vigorosamente en su voto particular que el valor fundamental de la libertad de expresión obliga a hacer una distinción entre lo que podríamos traducir como la apología de una doctrina política, es decir, la exposición de ideas con el fin de conseguir simpatizantes («*advocacy*») y la provocación a la acción violenta inmediata, la incitación a violar las leyes y a cometer actos ilícitos («*incitement*»).

Con ello, Brandeis trazaba las vías de un Derecho nuevo que maduraría en la segunda mitad del siglo XX.

En efecto, en 1957, la Sentencia *Yates v. Estados Unidos*<sup>22</sup>, distinguirá entre apología del comunismo («*advocacy*») y provocación («*incitement*») a una acción ilegal.

b) La otra línea evolutiva del Derecho estadounidense es la que lleva a fijar como criterio esencial para aceptar la constitucionalidad de una regulación que la misma sea neutral, que haga abstracción del contenido de lo que se regula. Esta idea estaba ya incoada en las palabras del juez Holmes cuando afirmaba que hay que fijarse en los efectos producidos por lo que se expresa, no en el contenido de lo que se expresa. Pero el Tribunal la va a usar ya con claridad en la Sentencia *Estados Unidos v. O'Brien* en 1968<sup>23</sup>

<sup>22</sup> *Yates v. Estados Unidos*, 354 US 298 (1957).

V. LASSALE, J.-P., *La Cour suprême et le problème communiste aux États-Unis*, Paris, Cahiers de la FNSP, A. Colin, 1960.

<sup>23</sup> *EEUU v. O'Brien*, 391 US 367, 377 (1968).

En efecto, el Tribunal descubre la idea de neutralidad de la regulación en el asunto *EEUU v. O'Brien*, 1968.

El 31 de marzo de 1966, O'Brien y tres compañeros suyos habían quemado sus cartillas militares en los escalones del Palacio del Tribunal de Boston-Sud para protestar contra la llamada a filas (por sorteo) que nutría las tropas estadounidenses que combatían en Vietnam. Detenido por el FBI, fue condenado por un Tribunal Federal del Distrito de Massachusetts a 6 años de correccional. Como defensa, invocó su derecho a la libertad de expresión. El asunto llegó al Tribunal Supremo, que rechazó su recurso motivando que la Ley federal que preveía sanciones contra «quien falsifique, altere, modifique, destruya o mutile una cartilla militar» no tenía ninguna «relación con intención alguna de censurar la libertad de expresión» («unrelated on the suppression»).

y la va a formular con nitidez a partir del año siguiente, en la sentencia *Tinker v. Des Moines Scholl District*<sup>24</sup>.

Anunciábamos al principio de este apartado que presentaríamos algún caso que hiciera perceptible de manera clara la diferencia con que se concibe la libertad de expresión en Estados Unidos.

Uno es *Brandenburg v. Ohio* (1969)<sup>25</sup>, Sentencia en la que la doctrina del «peligro claro e inminente» y la de la distinción entre «apología» e «incitación» se emplearon para anular la condena a un miembro del Ku Klux Klan que había pronunciado una arenga claramente racista, insultante, incendiaria y amenazante. Además, el Tribunal Supremo anuló la ley estatal que fundamentó la condena, por falta de taxatividad en la redacción del tipo penal.

La otra Sentencia que vamos a traer a colación también está relacionada con el discurso del odio, se trata de *RAV v. St. Paul*, de 1992<sup>26</sup>, y es relativa a la impugnación de una condena dictada por haber quemado una cruz en el césped del jardín de una familia negra. Conviene recordar que

---

of free expression») [*EEUU v. O'Brien*, 391 US 367, 377 (1968)]; era imparcial y objetiva, por tanto válida o, como dirá en los años 1970, la Ley era neutra («content-neutral») e imparcial («content-based»).

<sup>24</sup> *Tinker v. Des Moines School District* [393 US 503, 509 (1969)].

En *Tinker v. Des Moines School District* [393 US 503, 509 (1969)], el Tribunal reconoció a dos estudiantes de Bachillerato el derecho de llevar en el interior del establecimiento un brazalete negro como señal de protesta contra la Guerra de Vietnam. «Una restricción a la libertad de expresión —dijo el Tribunal— debe estar justificada por algo más que un simple deseo de evitar el malestar y el disgusto que un punto de vista impopular nos suscita siempre». En 2007, el Tribunal Supremo estimó que la jurisprudencia Tinker no se aplica a las expresiones que no contribuyen a un debate político y que no protegen a un alumno que puede ser razonablemente considerado como persona que promueve el uso de la droga. En este sentido, declaró constitucionales las sanciones impuestas a un estudiante de Bachillerato que había desplegado fuera del establecimiento un cartel incomprendible e incoherente (*Bong Hits 4 Jesus*) que parecía, si no estimular, al menos simpatizar con los que fumaban porros [*Morse v. Frederick*, 127 S. Ct. 2618 (2007)].

<sup>25</sup> *Brandenburg v. Ohio* 395 US 444, 449 (1969).

<sup>26</sup> *RAV v. St. Paul*, de 505 U.S. 377 (1992).

aunque este acto sigue siendo amenazante, ya no tiene el significado que tenía antaño, cuando suponía que o la familia abandonaba el barrio inmediatamente o se arriesgaba a afrontar violentas represalias contra ella. El decreto que se había aplicado en este caso, prohibía la colocación «de objetos tales como una cruz encendida o una cruz gamada susceptible de provocar la cólera o el miedo sobre la base de criterios de raza, de fe, o de color».

El Tribunal Supremo revocó la condena. Según el Tribunal, el error cometido por las autoridades consistió en regular los insultos e injurias que incitan a la violencia por razón de la raza, el color de la piel, la religión, las creencias o el sexo. Al legislar solo sobre estos casos particulares, y no sobre toda forma de injurias de manera general, las autoridades habían aprobado un decreto que se basaba en la expresión<sup>27</sup>, violando de esta manera la Constitución. En tanto en cuanto estaba basado en el contenido de la expresión, el reglamento<sup>28</sup> era inconstitucional.

No hemos acabado la exposición de las Sentencias más significativas del TSEEUU, pero sí las suficientes como para ensayar un primer contraste con las del TEDH.

Frente a esta interpretación de la neutralidad de la regulación estadounidense, encontramos en Europa y en el TEDH la idea de «democracia beligerante». Torres del Moral ha señalado de manera concluyente que, en cierto sentido, toda democracia es «militante», lo que compartimos<sup>29</sup>. Lo

<sup>27</sup> Para una explicación detallada de la doctrina de la neutralidad del contenido, v., por ejemplo, G. R. STONE, «Content Regulation and the First Amendment», (1983) 25 *Wm & Mary L Rev* 189, 198-200.

<sup>28</sup> Algunos autores han intentado trasladar las reglas del proceso al debate libre. V. G. R. STONE, «The Rules of Evidence and the Rules of Public Debate», (1993) U Chi Legal F 127. También al debate parlamentario, véase H. KALVEN, Jr., «The Concept of the Public Forum», (1965) 5 *Ct Rev* 1, 12.

<sup>29</sup> La «sociedad democrática» es tolerante pero no inerte. En cuanto «democracia militante» o «democracia que se defiende» debe asegurar la defensa de sus principios esenciales. Por tanto, tiene que luchar contra los abusos en el ejercicio de la libertad de expresión abiertamente dirigidos contra sus valores. Si la libertad de expresión ocupa un lugar privilegiado entre los derechos y libertades garantizados por el Con-

que queremos significar con esta palabra ahora, es que la democracia en Europa no ya permite, sino incluso exige, regular la libertad de expresión para reprimir el discurso «negacionista», el discurso incitando al odio y a la intolerancia y el discurso violento.

a) En cuanto al discurso «negacionista», es considerado delito en Alemania y otros países europeos y tal postura ha sido avalada por la Decisión del Consejo de Europa de 24 de mayo de 2003, asunto *Garaudy c. Francia*. En efecto, como prolongación de la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos<sup>30</sup>, el TEDH ha afirmado la existencia de una categoría de hechos históricos claramente establecidos cuya negación o revisión queda sustraída por el art 17 CEDH a la protección del art. 10 CEDH<sup>31</sup>. Hasta el momento actual se han considerado en este sentido «verdades históricas notorias»: el Holocausto, la persecución de los judíos por el régimen nacionalsocialista alemán, el proceso de Nuremberg, los crímenes contra la humanidad cometidos durante la II Guerra Mundial. La prohibición de discutir estas «verdades históricas notorias» se refiere tanto a la realidad de las mismas como a su amplitud o a su gravedad. Para justificar la aplicación del art. 17 al discurso negacionista o revisionista, el TEDH se apoya no solamente en el motivo de la negación de una «verdad histórica notoria», sino que apela al mismo tiempo al desconocimiento de los valores fundamentales del Convenio<sup>32</sup>.

---

venio, debe no obstante coexistir con derechos y libertades eventualmente concurrentes, y que son susceptibles de entrar en conflicto con ella, A. TORRES DEL MORAL, «Democracia militante», en VV. AA, *Derecho constitucional para el siglo XXI*; Navarra, 2006.

<sup>30</sup> P. WACHSMANN, «La jurisprudente récente de la Commission européenne des droits de l'homme en matière de négationnisme», en Flauss, J.-F., y Salvia, M. de, (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme: développements récents et nouveaux délices*, Nemesis-Bruylant, coll. Droit et justice, n. 19, 1997, pp. 103 y ss.

<sup>31</sup> SSTEDH de 23 de septiembre de 1998, asunto *Lehideux et Isorni c. Francia*; de 29 de junio de 2004, asunto Chauvy y otros c. Francia, n. 64915/01; y Decisión de 24 de mayo de 2003, asunto *Garaudy c. Francia*, n. 65871/01

<sup>32</sup> «Ya que la negación o la revisión de hechos históricos notorios de este tipo (la discusión de crímenes contra la humanidad) cuestiona los valores que fundan la

Nuestro legislador lo incorporó como delito y nuestro Tribunal Constitucional (STC 235/2007, de 7 de noviembre) declaró parcialmente inconstitucional la correspondiente Ley por cuanto estimó que la estricta discusión científica sobre hechos históricos no podía considerarse contraria a la Constitución<sup>33</sup>.

b) Por lo que hace referencia al discurso incitando al odio y a la intolerancia, ha de advertirse la aparente contradicción entre la doctrina que formulan y el fallo. Dicho con otras palabras, no es difícil encontrar sentencias que censuren el lenguaje del odio pero a la poste otorguen por diversos motivos, el amparo del art. 10 de CEDH. Hasta el presente, la no aplicación de la protección del art. 10 no ha sido estadísticamente decidida más que raramente respecto de afirmaciones del discurso de odio<sup>34</sup>. Precisamente por eso las resoluciones del Tribunal en este sentido merecen atención<sup>35</sup>.

---

lucha contra el racismo y el antisemitismo» (Decisión de 24 de mayo de 2003, asunto *Garaudy c. Francia*, n. 65871/01). No obstante, en otras ocasiones el TE se limita a apelar a la existencia de un abuso de la libertad de expresión incompatible con la democracia y los derechos humanos (Decisión de 13 de diciembre de 2005, asunto *Witzsch c. Alemania*, n. 7805/03), pero en todo caso el Tribunal está lejos de toda posible complacencia con el revisionismo, incluso por omisión, que según algunos habría en la STEDH de 23 de septiembre de 1998, asunto *Lehideux et Isorni c. Francia*.

<sup>33</sup> Aunque en España no sea tan fácil entender como en los países que participaron en la segunda guerra mundial, soy favorable a la tipificación del negacionismo. No puede perderse de vista que los hechos sobre los que recaen estos delitos están perfectamente delimitados: son solamente el holocausto, la persecución de los judíos por el régimen nacionalsocialista, el proceso de Nuremberg y los crímenes contra la humanidad cometidos en la Segunda Guerra Mundial. Y hasta donde he alcanzado a ver, la discusión de estas verdades históricas, ya sea en su realidad, ya sea en su amplitud, está relacionada con posturas políticas próximas al nacional socialismo. Lo que ocurre es que esto quizás no se perciba, por circunstancias históricas, en nuestro país, con la obviedad con que se ve en Alemania e incluso en los países que fueron parte en la Segunda Guerra Mundial.

<sup>34</sup> V. al respecto *La liberté d'expression en Europe*, 3.<sup>a</sup> ed., Estrasburgo, Éditions du Conseil de l'Europe, 2006, p. 48.

<sup>35</sup> V. M. OETHEIMER, «La Cour européenne des droits de l'homme face au discours de haine», *RTEDH* 2007, pp. 74-75.

En efecto, ciertamente hay casos, como el del asunto *Norwood c. Reino Unido*, de 2004, en que el TEDH no se limita a proclamar lo censurable del discurso del odio, sino que considera un abuso de la libertad de expresión que un ciudadano británico coloque en una ventana de su domicilio un cartel con el texto «islam fuera de Inglaterra/ protejamos al pueblo británico», acompañado de una fotografía de las Torres Gemelas en llamas. El Tribunal consideró inaceptable criminalizar a todos los islamistas.

Pero en otros casos, la condena del lenguaje de odio puede no ir acompañada de la expulsión del recurrente del ámbito del art. 10 CEDH. Así por ejemplo en el asunto *Giinduz c. Turquía*, 2003<sup>36</sup>, en el que se condenaba la «intolerancia, incluida la intolerancia religiosa». Se trataba de afirmaciones que estigmatizaban y calumniaban a hijos de padres no casados según la Ley del Corán. Pero, teniendo en cuenta que las palabras habían sido pronunciadas en televisión en directo por un dignatario religioso, no se consideró que se hubiera incurrido en abuso de derecho.

c) Por lo que se refiere al discurso violento, considera el TEDH que la incitación a la violencia, al levantamiento, a la resistencia armada, no puede ser tolerada en una sociedad democrática. Ni siquiera cuando hay detrás una minoría nacional que se considera ilegítimamente sojuzgada. En este sentido cabe citar, entre otras, la Sentencia del asunto *Zana c. Turquía*, de 1997<sup>37</sup>, Sentencia en la que unas declaraciones pretendidamente ambiguas («Apoyo al movimiento de liberación nacional del PKK; en cambio, no estoy a favor de los atentados. Todo el mundo comete errores y es por error por lo que el PKK mata a mujeres y a niños») de un independentista kurdo apoyando al partido terrorista kurdo PKK no obtuvieron la protección del Convenio frente a la pena de prisión impuesta por las autoridades turcas.

<sup>36</sup> STEDH de 4 de diciembre de 2003, asunto *Giinduz c. Turquía*, n. 35071/97.

<sup>37</sup> STEDH de 25 de noviembre de 1997, asunto *Zana c. Turquía*, n. 18954/91.

### 3.2. Versión madura de la doctrina del «peligro claro e inminente» e inexistencia de la misma en Europa

Y es que para comprender el talante liberal del TSEEUU y para conocer la versión madura de la doctrina del «peligro claro e inminente» tiene mucho más interés conocer la Sentencia *New York Times Co. v. Estados Unidos* de 1971<sup>38</sup>, el llamado caso de «los papeles del Pentágono», que las sentencias del TSEEUU relacionadas con el discurso del odio, a las que acabamos de hacer referencia.

Los llamados «papeles del Pentágono» eran unas 7000 páginas que escribió por encargo del Secretario de defensa del Presidente Johnson, Robert McNamara, un grupo de expertos, páginas en las que se ponía de manifiesto la estrategia de ocultación que había tenido la Administración demócrata en relación con la guerra de Vietnam. Uno de los autores del documento lo filtró al New York Times y al Washington Post, que iniciaron su publicación. El gobierno acudió a los tribunales solicitando que se prohibiera ésta, pero el Tribunal Supremo recordó que en materia de recurso de urgencia que pretenda de un juez la prohibición de publicación de prensa, le incumbe al demandante la pesada carga de explicar las razones de la mis-

<sup>38</sup> *New York Times Co. v. Estados Unidos*, 403 U.S. 713 (1971).

Votada el 30 de junio de 1971 per curiam. Voto particular concurrente con el fallo de los jueces Black —al que se adhiere Douglas—, Douglas —al que se adhiere Black—, Brennan, Stewart —al que se adhiere White—, White —al que se adhiere Stewart y Marshall. Votos particulares discrepantes del Chief Justice Burger y del juez Harlan —al que se adhieren los jueces Burger y Blackmun. Sigo en este punto la excelente exposición de M. BELTRÁN DE FELIPE Y J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales - BOE, Madrid, 2005, pp. 357 y ss. Véase también M. REVENGA SÁNCHEZ, *El imperio de la política. Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano*, Ariel, Barcelona, 1995, pp. 42 y ss, y Razonamiento judicial, seguridad nacional y secreto de Estado», REDC, núm. 53 (1998), p. 66; I. VILLAVERDE MENÉNDEZ, *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1994, pp. 73 y 94; P. SANTAOLAYA MACHETTI, «El control de los secretos de Estado: la experiencia en Derecho comparado», *Poder Judicial*, n. 40 (1997), p. 69.

ma y aportar la prueba de los perjuicios para la seguridad nacional que teme. Es decir, el «peligro claro e inminente» lo debe justificar y probar quien pide la prohibición. Comoquiera que en aquel caso la Administración no había levantado tal carga, su petición fue desestimada.

Como contrapunto, hemos de traer a colación la Sentencia del TEDH en el asunto *The Observer y The Guardian c. Reino Unido* (1991)<sup>39</sup>. Los jueces británicos habían accedido a prohibir cautelarmente a instancia del gobierno a los diarios referidos publicar informaciones del libro «*Spycatcher*» y otras informaciones procedentes del autor del volumen. El libro contenía las memorias de su autor, que había sido agente en el servicio secreto británico y narraba numerosas ilegalidades y hechos embarazosos para las autoridades británicas.

Pues bien, el TEDH consideró compatible con el Convenio la medida cautelar establecida por los órganos judiciales británicos durante todo el periodo de tiempo en que había tenido efecto útil. Solamente la consideró contraria al CEDH cuando ya había sido publicado el libro en otros países, por lo que la medida no podía considerarse «necesaria en una sociedad democrática», como exige el repetido art. 10 CEDH.

### **3.3. La libertad de prensa como libertad fundamental y la prensa como «perro guardián»**

a) Con esto llegamos a la que para muchos es la Sentencia más importante sobre libertad de expresión que ha dictado el TSEEUU.

En 1964, el Tribunal Supremo da la vuelta al régimen de la difamación que venía establecido por el «common law» y crea un régimen jurídico de la prensa que la convierte, como se llegaría a decir en alguna sentencia, en el «perro guardián» de las libertades.

Los hechos de la Sentencia fueron los siguientes: el New York Times había publicado un anuncio que respaldaba el movimiento de Martin Luther King en el que se aludía a movilizaciones y a respuestas policiales excesi-

<sup>39</sup> STEDH de 26 de noviembre de 1991, caso *Observer y Guardian c. Reino Unido*.

vas; el comisario de Montgomery (Alabama), donde se habían producido los incidentes más graves, se consideró aludido, demandó al periódico y este fue condenado a indemnizar a Sullivan con 500.000 \$, cantidad que resultaba muy elevada en aquel momento.

Pues bien, el Tribunal Supremo revocó la condena por considerar que el Derecho de Alabama (que codificaba el antiguo Derecho) era contrario a la Constitución, por su efecto disuasorio sobre la prensa y fijó una jurisprudencia que podemos sintetizar en los siguientes puntos:

- 1.º) Los errores en la expresión de informaciones son inevitables si lo que queremos es proteger la libertad de expresión, y ello es una garantía para que las libertades puedan respirar.
- 2.º) Ha de probarse la intención de difamar;
- 3.º) El perjudicado ha de probar la falta de veracidad.

Estos cambios, aparentemente sencillos, suponen un vuelco en el régimen de la prensa, que no temerá en lo sucesivo las condenas de los tribunales siempre que actúe con una mínima diligencia.

b) La sentencia Sullivan<sup>40</sup> proyectó su influencia más allá de las fronteras de Estados Unidos.

Se ha dicho que sus ideas se incorporaron a la jurisprudencia del TEDH con el asunto *Handyside*<sup>41</sup>, de 1976. Creo que esto no es sostenible.

<sup>40</sup> *New York Times Co. v. Sullivan* 376 US 254, 270, 279-280 (1964).

<sup>41</sup> En una primera aproximación de carácter general, puede decirse que la filosofía liberal que inspira esta jurisprudencia ha sido seguida por el TEDH en el asunto *Handyside c. Reino Unido*, en el que el TEDH explicó que la sociedad democrática es la que sabe soportar o sufrir todas las expresiones, acoger todas las informaciones, todas las ideas, incluidas «las que golpean, chocan o inquietan al Estado o a una fracción cualquiera de la población», y añade el Tribunal que «así lo quieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura» [STEDH de 7 de diciembre de 1976 (Gran Sala), asunto *Handyside c. Reino Unido*, (Serie A, n. 24), parágrafo 49]. Para una evaluación de la experiencia americana comparada con las experiencias europeas, o con algunas de ellas, como la alemana, la francesa y la del TEDH, véase L. PECH, *La liberté d'expression et sa limitation*, Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, LGDJ, 2003, así como el artículo del mismo autor «El mercado de las ideas. Una metáfora americana», en Kiyindou, A., y Mathien, M. (dir.), *Évolution de l'économie libérale et liberté d'expression*, Bruylant, 2007, pp. 59 y ss. así mismo

Es más bien la STEDH *Lingens*, de 1986<sup>42</sup>, la que recoge la esencia de *Sullivan*.

Los hechos de *Lingens* son difíciles de resumir. Lingens era un periodista que criticó a Peter, líder del partido liberal austriaco, por haber sido miembro de las SS; el canciller Kreisky hizo declaraciones defendiendo a Peter y acusando a Lingens de utilizar métodos mafiosos; entonces Lingens escribió un artículo criticando a Kreisky atribuyéndole el «peor y más odioso oportunismo» y llamándolo «inmoral e indigno»; Kreisky se querelló y los tribunales condenaron a Lingens basándose en que no había probado sus acusaciones, como exigía la ley.

El TEDH sí ofrece aquí una doctrina y jurisprudencia que recuerda a *Sullivan*. En su doctrina, recoge la idea de que quedan protegidas por el

P.-FR. DOCQUIER, *Variables et variations de la liberté d'expression en Europe et aux États-Unis*, Bruylant, coll. Droit et Justice, n. 72, 2007.

La Comisión de Venecia del Consejo de Europa organizó en la serie Science and Technique of Democracy un coloquio en 2003 que abordó la libertad de expresión en Europa y en EEUU.

<sup>42</sup> STEDH *Lingens*, de 8 de julio de 1986.

S. MUÑOZ MACHADO, *Libertad de expresión y procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1988, p. 43; O. M. FISS, *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 18 y todo el capítulo 3 titulado «La misión democrática de la prensa», pp. 71 y ss.; I. VILLAVERDE MENÉNEZ, *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1994, p. 91; P. S. CODERCH - M.T. CASTIÑEIRA PALOU - F. IGARTUA ARREGUI - M. MARTÍN CASÁIS - J. SANTDUMENGE FARRE, *El mercado de las ideas*, CEC, Madrid, 1990, pp. 8 y ss.; P. S. CODERCH, *El derecho de la libertad*, CEC, Madrid, 1993, pp. 64 y ss. (la cita es de p. 67); B. NEUBORNE, *El papel de los juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 76 y 79; A. BOIX PALOP, «Libertad de expresión y pluralismo en la red», *REDC* núm. 65 (2002), p. 153; A. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, «Libertad de expresión y programación especial en derecho norteamericano de los medios audiovisuales», *RAP* núm. 151 (2000), pp. 513 y ss; A. FAYOS GARDÓ, «Reflexiones sobre la jurisprudencia norteamericana en materia de libertad de expresión: de Holmes a la sentencia del caso Internet», *RAP* número 141 (1996), pp. 395 y ss. y «El nuevo mercado de las ideas (Sobre la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano del caso Internet)», *RAP* núm. 144 (1997), pp. 231 y ss.

Convenio también las ideas que «ofenden, hieren o molestan». Y por esta razón, y porque las expresiones utilizadas por Lingens eran juicios de valor y no hechos, y por tanto no eran susceptibles de prueba alguna, se anuló la condena a Lingens.

c) Lo que nos interesa es dilucidar si la libertad de expresión goza de ese estatuto tan favorable en el marco de la jurisprudencia del TEDH. Y en este punto hemos de destacar que en la jurisprudencia europea encontramos resoluciones que nos inducen a hablar, frente a la libertad de expresión, de un derecho concurrente de oponibilidad reforzada, que sería la protección de las convicciones religiosas, y de otros derechos concurrentes con la libertad de expresión, que solo gozarían de una oponibilidad atenuada, que serían el derecho a la fama y el del respeto a la intimidad de la vida privada<sup>43</sup>. En la práctica, el sometimiento puro y simple de la libertad de expresión es rara vez reconocido por el TEDH<sup>44</sup>.

Comenzando con el derecho a la protección de las convicciones religiosas, el Tribunal las ha protegido reconduciéndolas a la «protección de los derechos y libertades de los demás». Así lo hizo en una sentencia importante en la materia, la del asunto *Otto-Preminger-Institute*<sup>45</sup>. Se trataba de la prohibición y confiscación de una película ofensiva para la religión católica por parte de las autoridades judiciales austriacas. La película era claramente blasfema contra Dios Padre, contra Jesucristo y contra la Santísima Virgen. El TEDH se basó en que el 80% de la población tirolesa era católica para confirmar las resoluciones de los órganos judiciales austriacos.

<sup>43</sup> El Tribunal ha de desarrollar su doctrina para la resolución de estos conflictos (Stijn Smet, 'Freedom of expression and the right to reputation: human rights in conflict', 26 Am. U. Int'l L. Rev. 183 2010-2011, p. 186), de modo similar a lo que hizo para otros en *Chassagnou v. France*, App. Nos. 25088/94, 28331/95, & 28443/95 (Eur Ct HR Apr. 29, 1999).

<sup>44</sup> S. van DROOGHENBROECK, «L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable?», RTEDH 2001, n. especial, Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie, pp. 542 y ss.

<sup>45</sup> STEDH de 22 de septiembre de 1994, asunto *Otto-Preminger Institut c. Austria*, serie A, n.13470/87.

En algún otro caso importante el Tribunal se ha basado en la protección del efectivo pluralismo religioso, en la idea de que tolerar ataques muy duros a creencias religiosas puede desembocar en que las personas que las profesan no se atrevan a hacerlo públicamente. Este fue el fundamento con el cual se confirmó la decisión del Reino Unido de denegar la licencia para la distribución y proyección de un video acerca de los éxtasis de Santa Teresa, video en el que estos se venían a confundir con la pasión carnal, llegando a insinuarse correspondencia de Cristo. El TEDH consideró que entraña dentro del margen de apreciación del Estado la medida adoptada en la Sentencia *Wingrove c. Reino Unido* (1996)<sup>46</sup>.

Si intentamos precisar cuáles son los ataques antirreligiosos que se proscriben y cuáles se permiten, cabe señalar, de manera fundamental, la «obligación de evitar las expresiones que son gratuitamente ofensivas» y que «no contribuyen a ninguna forma de debate público capaz de favorecer el progreso en los asuntos del género humano»; estas, al parecer, fueron las razones por las que se consideró que había de ampararse a Paul Giniewsky, periodista que a raíz de la publicación de la encíclica «*Veritatis splendor*» en 1993, publicó un artículo titulado «La oscuridad en el error» en que decía que la Iglesia católica se autoinstituye única detentadora de la verdad divina, en unos términos que formaban el humus en que había «germinado la idea y la culminación de Auschwitz». El director de la publicación y el autor del artículo fueron condenados a multa de 6000 francos, pero el TEDH consideró que la multa vulneraba el art. 10 CEDH, pues no se abría una polémica gratuita, se refería a un texto del Papa y no de toda la cristianidad, y no era gratuitamente ofensivo ni injurioso.

Otro criterio para detectar qué ideas antirreligiosas son contrarias al Convenio, podría ser la de que las ideas hostiles a la fe deben ser toleradas, pero no se puede decir lo mismo de los ataques injuriosos contra símbolos sagrados, como se deriva del asunto *Aydin Tatlav c. Turquía*<sup>47</sup>, Sen-

<sup>46</sup> STEDH de 25 de noviembre de 1996, asunto *Wingrove c. Reino Unido*, serie A, rec. número 17419/90.

<sup>47</sup> STEDH de 2 de mayo de 2006, asunto *Aydin Tatlav c. Turquía*, rec. Número 50692/99.

tencia en la que, por esa razón, se anuló una modesta multa impuesta por Turquía por profanación de la religión al autor de un libro con pretensiones científicas que mantenía que Alá no existía, que había sido creado para engañar al pueblo iletrado, que el Islam es una religión primitiva que engaña a la población con historias sobre el paraíso y el infierno y que sacraliza relaciones de explotación, incluida la esclavitud.

Por otra parte, decíamos que se puede hablar de derechos concurrentes de oponibilidad atenuada. Uno sería la fama o reputación, lo que por cierto constituye una novedad de los últimos años.

Efectivamente, son numerosos los casos que podrían traerse a colación para ilustrar la preferencia del Tribunal por la libertad de expresión sobre la fama<sup>48</sup>, lo que además está justificado si tenemos en cuenta que el CEDH no reconoce tal derecho. Ninguna disposición del Convenio garantiza expresamente un derecho a la fama. Esto explica que esta no haya sido protegida más que cuando constituía una restricción legítima a la libertad de expresión en cuanto componente de «la protección de los derechos de los demás»<sup>49 50</sup>.

<sup>48</sup> Según S. SMET, «Freedom of expression and the right to reputation: human rights in conflict», 26 *American University International Law Review* 183 2010-2011, p. 236), en conjunto, la jurisprudencia del Tribunal en los asuntos de difamación sigue un sistema que se puede llamar de «concordancia práctica» en el que ninguno de los derechos en conflicto puede considerarse predominante.

<sup>49</sup> Un estudio detallado de la jurisprudencia del antiguo y del nuevo Tribunal pondría de manifiesto, estadísticamente al menos, la prevalencia reconocida a la libertad de expresión en caso de conflicto con la salvaguardia de la reputación de los demás. El favor reconocido a la libertad de expresión parece indiferente a la identidad de las personas que reivindiquen la protección de su reputación o su honor. Todos son entregados a la misma suerte tanto si se trata de empleadores (SSTEDH de 29 de febrero de 2000, asunto *Fuentes Bobo c. España*, N. 39293/98; de 21 de enero de 1999, asunto *Fressoz y Roire c. Francia*), de asalariados (en el caso concreto, cazadores de focas) (STEDH de 20 de mayo de 1999, asunto *Bladet Tromso y Stensaas c. Noruega*, N. 27980/93), médicos (en particular, cirujanos: SSTEDH de 2 de mayo de 2000, asunto *Bergens Tidende y otros c. Noruega*, N. 25132/95; de 16 de noviembre de 2004, asunto *Selistö c. Finlandia*, N 57767/00; de 11 de octubre de 2007, asunto *Kanellopoulou c. Grecia*, N 29504/05) de personalidades políticas (STEDH de 29 de septiem-

La sobreprotección conferida de esta manera al derecho a la libertad de expresión en comparación con la protección de la fama de los demás parece corregirse en la jurisprudencia de los últimos años del Tribunal<sup>51 52</sup>.

---

bre de 1999, asunto *Dalban c. Rumanía*, N. 28114/95) o incluso de empresas (Sentencia de la Gran Sala de 15 de febrero de 2005, asunto *Steel y Morris c. Reino Unido*, N. 68416/01). Esta orientación, ha sido a menudo criticada por la doctrina G. COHEN JONATHAN, «Abus de droit et libertés fondamentales» en *Au Carrefour des drotis, Mélanges en l'honneur de L. Dubouis*, Dalloz ,2002, página 538; G. MORANGE, «La protection de la réputation ou des droits d'autrui et la liberté d'expression» en *Libertés, justice, tolérante. Mélanges en hommage au Doyen G. Cohen Jonathan*, Tomo II, Bruylant, 2004, pp 1249 y ss.

Excepcionalmente el Tribunal Europeo ha fundado la ventaja reconocida a la libertad de expresión en la existencia de una jerarquía: en la STEDH de 2 de mayo de 2000, asunto *Bergens Tidende y otros c. Noruega*, (N. 26132/95) el Tribunal dijo que no podía «considerar que el interés evidente del doctor R... en proteger su reputación profesional era suficiente para primar el importante interés público en preservar la libertad de prensa de proporcionar informaciones sobre cuestiones que presentan un interés público legítimo». Pero habitualmente, la prevalencia reconocida a la libertad de expresión resulta de la ponderación de los dos derechos en conflicto: la protección de la reputación de los demás pesa sistemáticamente menos que la defensa del derecho garantizado por el art. 10.1 CEDH. De esta manera, los individuos se han convertido en «rehenes del interés público legítimo» vinculado a todo debate general.

<sup>50</sup> E. BREMS, *Introduction to Conflicts between fundamental rights*, (E. Brems ed., 2008) 1, 4-6, ofrece una clasificación de las formas de razonar de los tribunales y del legislador al resolver conflictos entre derechos.

<sup>51</sup> El cambio de actitud del Tribunal resulta especialmente notable si tenemos en cuenta que se aplica a la salvaguardia de la reputación de un personaje político, particularmente controvertido que ocupaba en el espectro político una posición considerada extremista (STEDH, Gran Sala, de 22 de octubre de 2007, asunto *Lindon Otchakovsky-Laurens y July c. Francia*, N. 21279/02 y 36448/02). La solución adoptada resultó tanto más inesperada por no atender, contrariamente a lo que hubieran querido los jueces discrepantes (Rozakis, Bratza, Tulkens y Sikuta) a la naturaleza de las ideas («buenas» o «malas») para hacer depender de ello la protección de la reputación. La revalorización de la protección de la reputación de los demás constituye además un objetivo claro de muchos jueces, que consideran que no solamente deben luchar contra los abusos de los medios de comunicación de masas, sino también, y quizás sobre todo, hacer entrar en el Derecho del Convenio un verdadero derecho a la fama

Del mismo modo, puede parecer curioso que el Tribunal Europeo, tan proclive al uso de la doctrina del «Derecho vivo» no haya erigido el respeto a la fama en derecho fundamental autónomo derivándolo del propio Convenio<sup>53</sup>. Además, el Tribunal, ha erigido el derecho a la protección de la fama en componente del derecho al respeto a la vida privada: STEDH de 15 de noviembre de 2007, asunto Pfeifer c. Austria, N. 12556/03<sup>54</sup> (con Voto particular discrepante del juez Loucaïdes).

---

que disponga de un estatuto similar al de la libertad de expresión. Es significativo en este sentido el Voto particular concurrente del magistrado Loucaïdes a la STEDH de 22 de octubre de 2007, asunto *Lindon Otchakovsky-Laurens y July c. Francia*. En efecto, puede parecer paradójico que el Convenio proteja explícitamente derechos de importancia menor (como el secreto de la correspondencia) y que margine un elemento principal del valor humano como es en definitiva la dignidad de la persona. Ha de recordarse que el derecho a la fama y al honor está reconocido tanto por el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, como por el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>52</sup> Varios autores piensan que la técnica del TEDH para resolver conflictos es próxima a la de la «concordancia práctica» del Tribunal Constitucional Federal alemán, intentando salvar ambos derechos, pero en muchos casos ha de elegir. Véase O. DE SCHUTTER & F. TULKENS, «Rights in Conflict: The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution», en *Conflicts between fundamental rights*, Eva Brems ed., 2008, p. 203. Y S. SMET, n. 50, pp. 188 y ss.

<sup>53</sup> Es verdad que, textualmente, la protección de la fama no es más que un motivo admisible de limitación de la libertad de expresión, pero esta consideración técnica no parece determinante si tenemos en cuenta la interpretación «manipulativa» (dicho sea sin sentido peyorativo alguno) que ha hecho el Tribunal del art. 4. CEDH para concluir la aplicabilidad del art. 14 (STEDH de 18 de julio de 1994, asunto *Karlheinz Schmidt c. Alemania*, serie A, 291-B). La consagración de un derecho a la protección de la fama es legítima no solamente desde el punto de vista del carácter fundamental de la misma en la sociedad democrática, sino también por la mutación de la prensa, que se ha convertido más que nada en una actividad económica preocupada de obtener la máxima rentabilidad económica y con clara tendencia a considerar que solo tiene que rendir cuentas ante ella misma.

<sup>54</sup> En el asunto *Pfeifer*, este último demandó a un semanario de derechas que le había acusado de haber formado una asociación para cazar a determinada persona por haber banalizado en un artículo los crímenes nazis, persona ésta última que había acabado suicidándose.

Pero la fama y el honor están reconocidos en el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH en lo sucesivo) y en el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP en adelante).

Esto, y acaso la mutación del papel de la prensa, que muchas veces se comporta como mera actividad económica preocupada de obtener la máxima rentabilidad y con tendencia a rendir cuentas solo ante ella misma, parece que vienen induciendo al TEDH a reconocer tal derecho, reconduciéndolo bajo el rótulo «protección de los derechos de los demás».

Dos casos merecen ser traídos a colación en este sentido. En uno de ellos, asunto *Lindon y otros*<sup>55</sup>, se estimó un recurso a un personaje tan indiscutiblemente público y político como Jean-Marie Le Pen.

Los hechos fueron los siguientes. Lindon y su editor habían escrito una novela contra Le Pen y un director de revista se había solidarizado con ellos. La novela, inspirada en hechos reales, concretamente en el asesinato de un joven marroquí por un militante del partido de Le Pen, asimilaba a este último a un «jefe de una banda de asesinos», afirmaba que el asesinato del joven marroquí había sido «recomendado» por Le Pen y calificaba a este último como «vampiro que se alimenta de la acritud de sus electores pero también a veces de su sangre».

---

El TEDH consideró que el semanario había vulnerado el derecho a la fama o reputación, que considera implícito en el art. 8 CEDH.

Los hechos son un poco largos:

P. escribió un artículo en una revista liberal, diciendo que los judíos habían declarado la guerra a Alemania en 1933 y banalizando los crímenes nazis. Pfeifer lo acusó de neonazi. P. se querelló pero perdió el pleito.

El Ministerio Fiscal emprendió un proceso contra P. en virtud de la legislación sobre prohibición del nacional socialismo. P. se suicidó. Un semanario de derechas acusó a Pfeifer y a otros de haber formado una asociación para cazar a P, hasta que lo habían conseguido. Pfeifer demandó al semanario. En la instancia ganó Pfeifer pero perdió en apelación. El TEDH, a pesar de que la crítica fuera política consideró que se había dañado la fama o reputación de Pfeifer.

<sup>55</sup> STEDH de 27 de septiembre de 2007, asunto *Lindon y otros c. Francia*, N. 21279/02 y 36448/02.

Las autoridades francesas habían condenado a multas y a indemnizar daños y perjuicios y el TEDH confirmó este criterio, considerando que la crítica proferida contra Le Pen atizaba la violencia y el odio y no podía quedar protegida bajo el paraguas del art. 10 CEDH.

El otro asunto al que quisiera hacer referencia es uno en que el TEDH explícitamente reconduce el derecho a la fama al derecho al respeto a la vida privada. Es el asunto *Pfeifer*<sup>56</sup>, en el que este último demandó a un semanario de derechas que le había acusado de haber formado una «asociación para cazar» a determinada persona por haber banalizado en un artículo los crímenes nazis, persona ésta última que había acabado suicidándose. El TEDH consideró que el semanario había vulnerado el derecho a la fama o reputación, que considera implícito en el art. 8 CEDH<sup>57</sup>.

El derecho que sí aparece en el Convenio y que podemos considerar de oponibilidad atenuada es el del respeto a la intimidad de la vida privada. La protección concedida por la jurisprudencia europea al respeto a la fama de los demás se inscribe en un movimiento más amplio de reforzamiento de la protección de la vida privada que incide en primer lugar en la intimidad de la vida privada<sup>58</sup>.

La libertad de expresión goza en su conflicto con este derecho de un amplio espacio, pero no de una superioridad jerárquica, sino que ha de ser

<sup>56</sup> STEDH de 15 de noviembre de 2007, asunto *Pfeifer c. Austria*, N. 12556/03.

<sup>57</sup> Artículo 8: Derecho al respeto de la vida privada y familiar:

«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo cuando esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros».

<sup>58</sup> Véase P. WACHSMANN, «Le droit au secret de la vie privée» en Sudre, F. (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention Européenne des droits de l'homme*, Nemesis-Bruylant, coll Droit et justice, N. 63, 2005, p. 151; E. DREYER «Observations sur quelques applications récentes de l'article 10 de la Convention européenne (Janvier 2006-janvier 2007)» *RTEDH* 2007, p. 639.

ponderada. Pues bien, el elemento determinante de la conciliación entre los dos derechos es la contribución de la publicación o del mensaje al debate de interés general o de interés público.

En este sentido puede considerarse de gran relevancia el asunto *Hannover*<sup>59</sup>, de 2004. En él, el TEDH, sin perjuicio de reiterar su conocida doctrina sobre las ideas que chocan y la prensa como «perro guardián», avanza en el reconocimiento de la vida privada cuando una publicación no enriquece el debate público, a pesar de la curiosidad del público y del interés comercial de las revistas.

El asunto versaba sobre la publicación en diferentes momentos de una serie de fotografías de Carolina de Mónaco. La jurisdicción ordinaria ya había estimado su pretensión de prohibir la publicación de algunas en las que aparecía con un amigo al fondo del patio de un restaurante y otras en que aparecía con sus hijos, quedaban otras que no tenían la menor trascendencia pública: montando a caballo, en un restaurante con un amigo, esquiando, saliendo de su domicilio, jugando al tenis y dando un tropezón.

El TEDH aplicó el art. 8 CEDH y la Resolución 1165 (1998) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa sobre el derecho a la vida privada; recordó que había de poner el acento en la eventual contribución que las fotos aportaban al debate de interés general, en que la prensa, como «perro guardián» en una democracia, debe comunicar ideas e informaciones sobre cuestiones de interés público.

Por ello, aunque de acuerdo con la legislación del país, Carolina podía ser calificada como «personalidad absoluta», aunque existía interés del público e interés comercial de las revistas, la publicación de las fotos no contribuía al debate de interés general, se trataba de fotos no tomadas durante actos en el cumplimiento de funciones oficiales y que se referían a detalles de su vida privada.

<sup>59</sup> STEDH de 24 de junio de 2004, asunto *Hannover c. Alemania*, N. 59320/00.

#### 4. INCORPORACIÓN DE LA DOCTRINA *SULLIVAN Y LINGENS* EN ESPAÑA

Según Muñoz Machado, la situación actual de los medios de comunicación, en la que, siempre que se comporten con una mínima diligencia, no tienen que temer condenas a indemnizaciones millonarias, se deriva de la Sentencia *Sullivan* y en particular de la doctrina según la cual: primero, los errores son inevitables para respirar; segundo, ha de probarse la maldad del difamador; tercero, ha de probarse la falta de veracidad del difamador. Esta doctrina le permite jugar a la prensa su papel de «perro guardián» de las libertades.

En España la prensa parece ejercer también ese papel, y esto nos exige preguntarnos si hay o hubo una Sentencia *Sullivan* en España, plantearnos cuál es la situación en cuanto a la carga de la prueba en los procesos por difamación y vulneración de la intimidad. Pues bien, al respecto han de hacerse las siguientes observaciones:

Solemos atribuir la privilegiada posición de la prensa entre nosotros a que el Tribunal Constitucional la ha dotado de posición preferencial sobre los derechos que entran en colisión con ella, como honor, intimidad y propia imagen, y se justifica esa posición preferencial por su conexión con la democracia.

Pues bien, es preciso señalar que ya desde la STC 6/1981, de 16 marzo, nuestro Tribunal Constitucional venía subrayando la importancia de las libertades informativas para la democracia. Y que desde la STC 159/1986, del 16 diciembre, el Tribunal Constitucional venía hablando de posición preferencial de la libertad de expresión.

Sin embargo, la incorporación de la jurisprudencia *Sullivan* a nuestro sistema se produce en la STC 6/1988, de 21 enero, casi 10 años después de la aprobación de la Constitución.

Efectivamente, a partir de este momento, las reglas que rigen en materia de prueba, que entre nosotros serían el 24.2 CE y el 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, serán desplazadas en la materia por los principios que sienta la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

Es fácil encontrar Sentencias en las que la sustancia de la Sentencia *Sullivan* que se incorpora a nuestro ordenamiento en un proceso la-

boral<sup>60</sup>, se extiende al ámbito civil<sup>61</sup> y al ámbito penal<sup>62</sup> e incide no solamente en la libertad de información sino también en la de expresión<sup>63</sup>. Son Sentencias en las que el informante debe acreditar sólo la veracidad, la diligencia en la búsqueda de la información y en las que si el afectado por la información cree que se han hecho públicos datos deshonrosos innecesariamente para la información ha de probar que es así<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> La doctrina se importa con un caso laboral: STC 6/1988, de 21 de enero. El señor Crespo Martínez, tras haber prestado servicios laborales en periódicos dependientes del extinto Organismo Autónomo Medios de Comunicación Social del Estado, pasó en 1981 a prestarlos en la Oficina de Prensa del Ministerio de Justicia, con la categoría profesional de Redactor, adscrito a la Subsecretaría del Ministerio y dependiendo directamente del Jefe de Gabinete de Prensa del mismo. Por Resolución de la citada Subsecretaría de 12 de febrero de 1985 fue despedido por la comisión de una falta muy grave de deslealtad y abuso de confianza y otra leve de ausencia al trabajo, por lo que interpuso demanda. En el FJ 5 se recibe la jurisprudencia *Lingens* e indirectamente la *Sullivan*: 1.) Se protege la información veraz, esto es, la buscada con diligencia, no la absolutamente verdadera. 2.) No se protege la «actual malice», el insulto, la expresión despectiva innecesaria para informar, lo cual es distinto de las operaciones de introspección que requería el «animus iniuriandi». 3.) Además, para que el ejercicio del derecho a la información goce de protección constitucional los hechos deben encerrar trascendencia pública. Se concluye: «El despido, en definitiva, se produjo, en este caso, con daño para la libertad de información de quien recurre, pues ni la sanción recayó por incumplimiento de un deber de secreto, ni se acreditó en juicio la negligencia o el animus nocendi que pudiera haber concurrido en su transmisión, versando la información misma sobre hipotéticas anomalías que habrían de merecer la atención pública».

<sup>61</sup> STC 232/1993, de 12 de julio, una de las dos más importantes. Se recibe la doctrina *Sullivan* del reportaje neutral, pero se explica que: El que se limita a reproducir lo que dice otro ha de probar que se limita a eso. El que genera la noticia que se reproduce ha de ser veraz. Las dos publicaciones deben revestir trascendencia pública. También STC 171/1990, de 12 de noviembre.

<sup>62</sup> STC 105/1990, de 6 de junio: traslación de *Sullivan* al ámbito penal. Se aplica STC 6/1988: veracidad: FJ5. Pero se aprecia que concurrió malicia (ánimo no informativo) y se deniega el amparo solicitado. También SSTC 200/1998, de 14 de octubre y 29/2009, de 26 de enero.

<sup>63</sup> STC 151/2004, de 20 de septiembre.

<sup>64</sup> Otros casos de aplicación de la STC 6/1988 serían los siguientes. En la STC 139/1995, de 26 de septiembre, se invoca doctrina veracidad (FJ 7) y se aplica a

También se puede constatar que, entre nosotros, lo que hace más vulnerable el honor de las personas con relevancia pública es el régimen de la carga de la prueba.

La STC 112/2000, 5 mayo, es muy expresiva al respecto<sup>65</sup>. Se trataba de un artículo publicado por la revista Época titulado «el Falcon Crest español» en el que se incluían datos de la vida privada de una persona sin notoriedad pública de forma que desmerecía a los ojos de los demás. El Tribunal, con citas de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en particular del caso Lingens, recalca que el honor de las personas con notoriedad pública es igual que el de los particulares. Pero estos últimos no tienen la carga de probar que las expresiones deshonrosas son extrañas al discurso informativo, por lo que el propio Tribunal lo examinará de oficio.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

Deliberadamente llamamos consideraciones finales a las que vamos a realizar para concluir nuestra exposición, ya que no se trata de un elenco

---

un reportaje de la revista «Interviú», llegándose a la conclusión de que la información no era veraz y denegando el amparo. También se cita la STC 6/1988, con resultado de negar la veracidad de lo publicado en la STC 28/1996, de 26 de febrero, en la que se indica que las indagaciones deben ser más profundas cuando más grave es la información. En la STC 110/2000, de 5 de mayo, se aplica la STC 6/1988 a un artículo escrito por unos ecologistas contra un Alcalde y se considera dentro del art.20 CE por ser veraz y no malicioso. En la STC 158/2003, de 15 de septiembre se aplica la STC 6/1988 a una información vertida sobre un despacho de abogados y se considera dentro del art. 20 CE por ser veraz y no maliciosa. En la STC 61/2004, de 19 de abril, se recoge una amplia cita de Sentencias que repiten la doctrina de la veracidad de la STC 6/1988 a una noticia publicada sobre acoso sexual y se considera dentro del art.20 CE por ser veraz.

<sup>65</sup> STC 49/2001, de 26 de febrero la confirma. Aquí el actor es un personaje público que ataca a otro que también lo es y justifica en el marco de la dureza de la polémica la dureza de sus palabras. (Ramón Mendoza viene a llamar hijo de chorizo a José María García).

de conclusiones que pretendan dejar cerrado el tema, sino de una invitación a la reflexión y en su caso al diálogo.

1.º) La primera reflexión que suscita el estudio de las sentencias principales que en materia de libertad de expresión han dictado el TSEEUU y el TEDH es que existen muchos regímenes de la libertad de expresión compatibles con la democracia: el de Estados Unidos antes de 1919, el de Estados Unidos antes de la sentencia *Sullivan*, el europeo antes del asunto *Lingens*, el europeo después del asunto *Lingens*, etc. Todos estos sistemas han sido o son democráticos, por lo que no existe, de momento, un modelo jurídico de la prensa que pueda reclamar para sí la coesencialidad a la democracia.

Concretamente, el régimen de la prensa actualmente vigente en Estados Unidos y en Europa tiene pendiente la explicación de por qué han de padecer, como padecen, el honor y la intimidad de las personas públicas.

No obstante, tal vez deba añadirse que unos regímenes de la libertad de expresión podrían considerarse más propios de la democracia que otros.

2.º) Una segunda reflexión que suscita el estudio anteriormente realizado es que los grandes cambios se producen a veces no merced a declaraciones grandilocuentes y solemnes, sino en virtud de la letra pequeña de las cosas. Hemos visto, en este sentido, cómo el cambio de la carga de la prueba en la difamación (*Sullivan*) ha supuesto un terremoto en el régimen jurídico de la prensa.

Como hemos visto, la situación actual de los medios de comunicación, en la que, siempre que se comporten con una mínima diligencia, no tienen que temer condenas a indemnizaciones millonarias, se deriva de la sentencia *Sullivan* y en particular de la doctrina según la cual: primero, los errores son inevitables para respirar; segundo: ha de probarse la malicia del difamador; tercero, ha de probarse la falta de veracidad del difamador. Esta doctrina le permite jugar a la prensa su papel de «perro guardián» de las libertades.

3.º) En nuestro país la prensa parece ejercer también ese papel, y esto nos ha exigido preguntarnos si hay o hubo una Sentencia *Sullivan* en nuestra jurisprudencia, plantearnos cuál es la situación en cuanto a la carga de la prueba en los procesos por difamación y vulneración de la intimidad. Pues bien, al respecto han de hacerse las siguientes observaciones:

Solemos atribuir la privilegiada posición de la prensa entre nosotros a que el Tribunal Constitucional la ha dotado de posición preferencial sobre los derechos que entran en colisión con ella, como honor, intimidad y propia imagen, y se justifica esa posición preferencial por su conexión con la democracia.

Es preciso señalar que ya desde la STC 6/1981, de 16 marzo, nuestro Tribunal Constitucional venía subrayando la importancia de las libertades informativas para la democracia. Y que desde la STC 159/1986, del 16 diciembre, el Tribunal Constitucional venía hablando de posición preferencial de la libertad de expresión.

Sin embargo, la incorporación de la jurisprudencia Sullivan a nuestro sistema se produce en la STC 6/1988, de 21 enero, casi 10 años después de la aprobación de la Constitución.

Efectivamente, a partir de este momento, las reglas que rigen en materia de prueba, que entre nosotros serían el 24.2 CE y el 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, serán desplazadas en la materia por los principios que sienta la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

Es fácil encontrar Sentencias en las que la sustancia de la Sentencia *Sullivan* que se incorpora a nuestro ordenamiento en un proceso laboral, se extiende al ámbito civil y al ámbito penal e incide no solamente en la libertad de información sino también en la de expresión. Son Sentencias en las que el informante debe acreditar sólo la veracidad, la diligencia en la búsqueda de la información y en las que si el afectado por la información cree que se han hecho públicos datos deshonrosos innecesariamente para la información ha de probar que es así.

También se puede constatar que, entre nosotros, lo que hace más vulnerable el honor de las personas con relevancia pública es el régimen de la carga de la prueba. La STC 112/2000, 5 mayo, es muy expresa al respecto.

#### **Resumen:**

*El trabajo compara la libertad de comunicación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero partiendo de la primera de ellas. Existen diferencias, que se especifican. Los textos reguladores invitan a hablar de dualidad de modelos. Pero tal vez sea excesivo. Consideraciones finales: 1) existen muchos regímenes de la libertad de expresión compatibles con la democracia: el generado a partir de la sentencia Sullivan en Esta-*

*dos Unidos, (en Europa, Lingens) no es el único, aunque en la actualidad se considera el más coherente con ella, lo que no se discute. 2) Los grandes cambios se producen a veces en virtud de detalles aparentemente pequeños. El cambio de la carga de la prueba en la difamación (Sullivan) ha supuesto un terremoto en el régimen jurídico de la prensa. La doctrina Sullivan se puede resumir en los siguientes puntos: primero, los errores son inevitables para respirar; segundo: ha de probarse la malicia del difamador; tercero, ha de probarse la falta de veracidad del difamador. Esta doctrina le permite jugar a la prensa su papel de «perro guardián» de las libertades. 3.) En nuestro país la prensa parece ejercer también ese papel, y esto nos exige preguntarnos si hay o hubo una Sentencia Sullivan en nuestra jurisprudencia; solemos atribuir la privilegiada posición de la prensa entre nosotros a que el Tribunal Constitucional la ha dotado de posición preferencial sobre los derechos que entran en colisión con ella, como honor, intimidad y propia imagen, y se justifica esa posición preferencial por su conexión con la democracia; pues bien, ya desde la STC 6/1981, de 16 marzo, nuestro Tribunal Constitucional venía subrayando la importancia de las libertades informativas para la democracia; y desde la STC 159/1986, del 16 diciembre, venía hablando de posición preferencial de la libertad de expresión; sin embargo, la incorporación de la jurisprudencia Sullivan a nuestro sistema se produce en la STC 6/1988, de 21 enero, casi 10 años después de la aprobación de la Constitución.*

**Palabras Clave:** Libertad de expresión; libertad de comunicación; Sullivan; Lingens; posición preferente; carga de la prueba; perro guardián; democracia.

**Abstract:**

*This paper compares the freedom of communication in the jurisprudence of the Supreme Court of the United States and the European Court of Human Rights, departing from the first one. It is noted that there are differences, as specified. Regulatory texts invite to speak of two models, though this may be a far-fetched statement. This paper makes the following concluding remarks: 1) there are many conceptions of freedom of expression that are compatible with democracy: the one derived from the Sullivan judgment in US, (and in Europe from the Lingens judgment) is not the only one, although currently it is considered the most consistent with it, which is not discussed here. 2) Major changes sometimes occur under seemingly small details, but after the fine print. In this sense, the shift of the burden of proof in defamation cases (Sullivan) has been an earthquake in for the legal regime governing the press. The Sullivan doctrine can be summarized as follows: first, errors are inevitable, as freedom of speech needs a «breathing space»; second, the malice of those who defame must be proved; third, it is necessary to prove the lack of veracity of the slanderer. This doctrine allows the press to play its role of «watchdog» of freedom; 3) thirdly, in our country, the press also seems to play that role, and this requires us to ask whether there is, or ever was, a Sullivan judgment in our jurisprudence. We tend to attribute the privileged position of the press among us to the fact that the Constitu-*

*tutional Court has given preferential consideration to freedom of speech when it is in conflict with honor, intimacy privacy and self-image. This preference is justified by its connection to democracy. Since the STC 6/1981 of 16 March, our Constitutional Court had been stressing the importance of freedom of information for democracy, and since the STC 159/1986 of 16 December, the Constitutional Court came to suggest the preferential position of freedom of expression. However, the incorporation of the Sullivan doctrine in the Spanish system takes place through STC 6/1988 of 21 January, almost ten years after the passage of the Constitution.*

**Keywords:** Freedom of expression, freedom of communication, Sullivan, Lingens, preferred position, burden of proof, watchdog, democracy.



**LA REFORMA DEL RECURSO DE AMPARO  
Y LA LEY ORGÁNICA 6/2007 VISTAS DESDE ITALIA.  
EL ALCANCE EXPANSIVO DEL RECURSO INDIVIDUAL DIRECTO  
(COMO ACCESO SUSTANCIALMENTE ALTERNATIVO  
A LA VÍA INCIDENTAL)\***

ANDREA PATRONI GRIFFI \*\*

**SUMARIO:**

1. INTRODUCCIÓN
2. EL RECURSO DE AMPARO EN ESPAÑA COMO MODELO DE MÁXIMA EXTENSIÓN DE LA VÍA DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL
3. ALGUNAS CONTRAINDICACIONES: DESDE LA COOPERACIÓN A LA CONTRAPOSICIÓN ENTRE JUECES ORDINARIOS Y JUEZ CONSTITUCIONAL
4. LA REFORMA DEL AMPARO EN LA LEY ORGÁNICA 6/2007 COMO TENTATIVA DE REEQUILIBRIO DEL SISTEMA ESPAÑOL DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
5. LOS PELIGROS DISTORSIONANTES DEL ACCESO INDIVIDUAL DIRECTO PARA EL CONJUNTO DEL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL: APUNTES PARA ALGUNAS REFLEXIONES TAMBIÉN REFERIDAS A ITALIA

**1. INTRODUCCIÓN**

La reforma más importante, nunca operada en España, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional tiene, como objetivos declarados —desde la propia exposición de motivos de la Ley y entre la mayor parte de la doctrina—, los de desincentivar el recurso de amparo (que, sin embargo, ha asegurado una amplia expansión de la Jurisdicción constitucional) y reforzar las instancias ordinarias de tutela de los derechos fundamentales, para reconducir el sistema español de justicia constitucional hacia un modelo

\* Traducido del italiano por Leonardo Sánchez-Mesa Martínez.

\*\* Profesor de Derecho constitucional. Seconda Università degli Studi di Napoli (Italia).

presidido por un Tribunal Constitucional capaz de cumplir con la totalidad de sus funciones constitucionales en el marco de un diálogo provechoso con el resto de sedes judiciales de garantía, sin guerras entre juez constitucional y jueces ordinarios. Un análisis que también reviste importancia a la luz de recurrentes iniciativas reformadoras, dirigidas hacia la inserción de un acceso individual directo en Italia, que apunta a una supuesta mayor tutela de los derechos fundamentales y amplitud de la Jurisdicción constitucional.

La reforma española de la LOTC contiene importantes elementos de reflexión al respecto. Es cierto que las disposiciones contenidas en la reforma se refieren formalmente sobre todo al amparo y no al conjunto del sistema de justicia constitucional ni, en concreto, a la vía de acceso incidental, que queda formalmente inalterada. Pero también resulta cierto lo contrario. La reforma del amparo, dispuesta en la ley orgánica, se dirige sustancialmente (tal y como pone claramente de manifiesto, incluso antes que los comentaristas, la exposición de motivos de la ley) a «reordenar la dedicación que el Tribunal Constitucional otorga a cada una de sus funciones para cumplir adecuadamente con su misión constitucional». La pretendida objetivación del amparo, a través del requisito de la especial trascendencia constitucional, busca indirectamente hacer más apetecible, incluso en términos de tutela de los derechos, el acceso incidental.

Se reforma en España el recurso individual directo, porque el amparo termina por impedir sustancialmente el cumplimiento de la misión constitucional del Tribunal de tutelar la Constitución «junto» y no «contra» los jueces, a través del acceso incidental.

La colaboración entre jueces ordinarios y Tribunal Constitucional se convierte en un auténtico principio que se quiere garantizar también en un modelo de justicia constitucional basado sobre el recurso individual directo. De aquí la exigencia de poner atención en dicho tema como cierre y casi como contraprueba de la persistente modernidad del mecanismo incidental. Con respecto al mismo, el recurso individual directo puede presentar el riesgo de plantearse como una tutela y vía de acceso sustancialmente alternativa y no realmente adicional frente al acceso incidental.

Emerge con fuerza en España la exigencia de confirmar la centralidad del acceso incidental —verdadera clave de lectura de la reforma del ampa-

ro—, de los beneficios que el mismo conlleva, especialmente, en el marco de las relaciones entre el juez constitucional y el ordinario. Esta exigencia también se manifiesta en Italia, a la luz de los avances hacia la introducción de un recurso individual directo<sup>1</sup>.

En verdad, mediante el acceso incidental y en ausencia de un recurso individual directo, el Tribunal Constitucional no se presenta como un juez de los derechos más débil<sup>2</sup>. La introducción del acceso directo del particular se presenta, por el contrario, como la posible solución para el problema de las zonas oscuras de la justicia constitucional, pero también como una opción capaz de alterar todo equilibrio dentro de un sistema centrado en la incidentalidad del acceso, sobre todo en referencia a la positiva dialéctica que el recurso incidental ha asegurado entre jueces «a quo» y juez constitucional. El peligro es el de un recurso individual que amenace con fagocitar cualquier otra vía de acceso a la jurisdicción constitucional, aunque la misma quede diseñada como alternativa y no concurrente.

## **2. EL RECURSO DE AMPARO EN ESPAÑA COMO MODELO DE MÁXIMA EXTENSIÓN DE LA VÍA DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL**

La previsión de una modalidad directa de acceso individual es entendida prevalentemente como un medio de tutela y reforzamiento ulterior de las libertades y de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Una posible objeción a una línea de investigación basada sobre el análisis de la centralidad y ulteriores potencialidades del recurso incidental y sobre la

<sup>1</sup> R. ROMBOLI, «La reforma del recurso de amparo ante el Tribunal constitucional en España y la introducción de un recurso individual y directo en Italia», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2009, 319 ss.

<sup>2</sup> R. ROMBOLI, «La protezione dei diritti fondamentali dopo la c.d. «oggettivazione» dell’amparo costituzionale in Spagna: un’analisi comparata con l’esperienza italiana», *Relazione al Seminario de Derecho y Jurisprudencia*, organizzato dalla Fundacion colloquio jurídico europeo, Madrid, 12 novembre 2009, su [www.atrid-online.it](http://www.atrid-online.it) e [www.associazionedeicosituzionalisti.it](http://www.associazionedeicosituzionalisti.it). 4.

figura del juez remitente podría referirse precisamente a la introducción del recurso individual directo como verdadera respuesta incluso a la cuestión de las zonas oscuras, sin ninguna necesidad de revisar la noción del juez «*a quo*». Resulta claro que se trata de casos distintos, pero en realidad no son para nada distantes. El cierre del acceso incidental, las rigideces en la valoración de la legitimación para recurrir representan un fuerte presupuesto para la invocación del recurso individual y directo<sup>3</sup>.

La posibilidad, por parte del individuo, de recurrir directamente ante el Tribunal Constitucional en caso de lesión de un derecho fundamental propio, representa un elemento que parece consolidar la efectividad de la tutela, configurándose tales derechos como inmediatamente accionables ante la suprema instancia de garantía constitucional<sup>4</sup>. Un acceso que aseguraría, en dos planos distintos, por un lado, máxima efectividad de tutela de los derechos fundamentales, y que consentiría, por otro, superar por definición todo debate sobre las zonas grises y oscuras, permitiendo ensanchar, por encima de cualquier medida, las puertas de la Jurisdicción constitucional, más allá de cualquier noción —la más amplia imaginable— de juez y juicio, de las contempladas en los requisitos subjetivo y objetivo del recurso incidental. No es casual que, en el debate doctrinal y sobre las reformas en Italia, se recurra con frecuencia la referencia a la introducción en la Jurisdicción constitucional de una vía individual y directa, un intenso anhelo de recurso directo<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Sobre dicho nexo *vid.*, por ejemplo, R. ROMBOLI, «La giustizia e la Corte costituzionale», en *La riforma costituzionale*, Padova 1999, 436 y M. SICLARI, «Il procedimento in via incidentale», en in *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale*, a cura di R. Baldazzi, P. Costanzo, Torino 2007, 19.

<sup>4</sup> A. PIZZORUSSO, «Relazione di sintesi», en *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, R. ROMBOLI (Dir.), Torino 1994, 244 y L. M. DÍEZ-PICAZO, «Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo», *Revista Española de Derecho constitucional*, n. 40, 1994, 18.

<sup>5</sup> R. ROMBOLI, «La protezione dei diritti fondamentali dopo la c.d. «oggettivizzazione» dell'amparo costituzionale in Spagna: un'analisi comparata con l'esperienza italiana», Ponencia presentada en el *Seminario de Derecho y Jurisprudencia*, organizado por la Fundacion colloquio jurídico europeo, Madrid, 12 de noviembre de 2009, accesible en [www.atrid-online.it](http://www.atrid-online.it) y [www.associazionedecostituzionalisti.it](http://www.associazionedecostituzionalisti.it), 4.

Con respecto a dicho aspecto, adquiere una relevancia estratégicamente significativa el análisis del modelo español, diseñado por un Constituyente que, no obstante, en la redacción de la nueva Constitución, también contempló con atención la experiencia italiana. La introducción del recurso de amparo en un sistema de justicia constitucional relativamente reciente y la temprana necesidad de reformar el mismo sistema, culminada con la reforma del amparo, trazada en la Ley Orgánica 6/2007, constituyen puntos importantes para la reflexión. Especialmente, si se considera que la reforma, tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina española y como ha sido declarado expresamente en los objetivos de la ley, se considera precisamente como vía de reequilibrio del conjunto del sistema de la justicia constitucional, del resto de vías de acceso y de las diversas competencias del Tribunal Constitucional<sup>6</sup>.

El amparo, el recurso individual directo para la tutela de los derechos fundamentales representa una de las elecciones más importantes del Constituyente español de 1978<sup>7</sup> y un fruto de la concreta voluntad política, en la España posfranquista, de identificar en el Tribunal Constitucional no a un simple juez de las leyes, sino la sede competente para garantizar, sin necesidad de intermediarios, el respeto de derechos constitucionales frente a cualquier acto lesivo del Gobierno, de la Administración o del orden judicial, no sólo del legislador. Se llega a la configuración del instituto en la Constitución tras un debate marcado también por la presencia de posiciones fuertemente diferenciadas a cerca de la propia previsión del amparo.

En el debate, las posiciones defendidas fueron desde aquellas extremas, partidarias de prever un amparo casi ilimitado, garantía casi única para la tutela de los derechos, para la defensa de todo derecho constitucional y sin amparo judicial, a aquella opuesta de no admitir hipótesis alguna de

<sup>6</sup> En el primer punto de la exposición de motivos se lee ya que: «la presente reforma pretende reordenar la dedicación que el Tribunal Constitucional otorga a cada una de sus funciones para cumplir adecuadamente con su misión constitucional».

<sup>7</sup> Para los precedentes en la historia constitucional española *vid.* S. A. ROURA GÓMEZ, *La defensa de la Constitución en la historia constitucional española*, Madrid 1998.

recurso directo<sup>8</sup>. Se decidió en el sentido de establecer diversas vías de acceso al tribunal Constitucional y, sobre todo, en el recurso individual directo, en el art. 53.2 de la Constitución, se decidió, como es sabido, unir al amparo ordinario, «en su caso», el amparo constitucional<sup>9</sup>. En la Ley orgánica<sup>10</sup>, por tanto, correspondía definir la concreta relación entre amparo ordinario y constitucional, así como el significado de la expresión «en su caso».

El análisis de las dinámicas que han caracterizado el amparo en España resulta un instrumento de interés para la comprensión de los efectos que produce la introducción de un recurso individual directo sobre la organización general del sistema de justicia constitucional.

No hay duda de que la presencia de un recurso individual directo, ampliando enormemente el campo de acción de la jurisdicción constitucional, pone en segundo plano el debate relativo a la ampliación del acceso incidental y a la posible identificación de nuevos jueces «a quo».

Resta por verificar si el éxito del amparo, entendido en función del número de recursos interpuestos y de la correlativa contracción del resto de modalidades de instauración de la jurisdicción constitucional, se halle ligado a la amplitud de los requisitos procesales o, por el contrario, constituya una variable independiente de la disciplina concreta de los mecanis-

<sup>8</sup> Cfr. J. OLIVER ARAUJO, «El recurso de amparo en el último proceso constituyente español», *Revista de las Cortes Generales*, n. 43, 1998, 165 ss, donde se analiza el debate sobre el recurso de amparo y las posturas adoptadas al respecto por los Constituyentes. Entre los más perplejos sobre el amparo en el Constituyente estuvo sin duda Martín Retortillo. El debate afectó después a la identificación de los límites del amparo, los cuales, sin embargo, no llegarían a perjudicar un nivel de tutela que se pretendía fuese amplio en cualquier caso.

<sup>9</sup> Sobre el significado de la expresión «en su caso» y para una reconstrucción de las diversas interpretaciones doctrinales al respecto, especialmente las de P. Pérez Tremps, L. Martín-Retortillo, L. M. Díez-Picazo Giménez, cfr. A. GARRO VARGAS, «El debate sobre la reforma del recurso de amparo en España. Análisis de algunas propuestas a la luz de la Constitución», *Revista Española de Derecho constitucional*, n. 76, 2006, 98 s.

<sup>10</sup> Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC).

mos de funcionamiento del instituto. Es importante que se realice una valoración semejante en el futuro en relación con la Ley Orgánica 6/2007, que representa precisamente un intento de contener al amparo con el fin de un reequilibrio general de las vías de acceso a la jurisdicción constitucional.

El dato empírico, extraordinariamente relevante, que parece impedir que se considere al amparo como remedio meramente adicional dentro del sistema de garantías constitucionales —que se suma, sin por ello suprimir nada, a las restantes vías de acceso al Juez constitucional—, se deriva de la simple comprobación de cómo en España ha resultado tradicionalmente menos usado el recurso de inconstitucionalidad, control de constitucionalidad de las leyes, abstracto y preventivo, promovido por vía directa por parte de los sujetos legitimados, y, sobre todo, la cuestión de inconstitucionalidad, control incidental y concreto a través del reenvío por parte de un Juez «*a quo*»<sup>11</sup>. En cambio, han sido mucho más frecuentes los recursos de amparo, a pesar de que con los mismos se pueda impugnar cualquier acto y no una Ley. El hecho es que, reconocido el acceso individual directo, el resto de atribuciones del Tribunal Constitucional, el propio recurso incidental, parecen adquirir un significado diferente, que deriva precisamente de la centralidad del amparo. En España, la recepción del control incidental se ha transformado desde el principio en una clara crisis de rechazo<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> El recurso incidental presenta una posición apartada, casi ignorada en el sistema de justicia constitucional español. Cfr. S. BAGNI, *La questione incidentale nel controllo di costituzionalità. I sistemi italiano e spagnolo a confronto nel quadro dei modelli elaborati dalla dottrina*, cit., *passim* además, también por los datos estadísticos aportados, J. JIMÉNEZ CAMPO, «Sobre la cuestión de inconstitucionalidad», en *Estudios sobre Jurisdicción constitucional*, F. RUBIO LLORENTE & J. JIMÉNEZ CAMPO (Dirs.), Mc Graw-Hill, Madrid, 1998, esp. 92.

<sup>12</sup> L. PEGORARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino 1998, cit., 36, el cual pone de manifiesto cómo, en España, «las dos principales recepciones operadas —el control incidental (de Italia y Alemania) y el control a priori (de Francia)— han arraigado poco o nada»; el amparo «por el contrario, se ha afirmado hasta tal punto que ha sofocado al menos en parte al resto de técnicas y modos de operar el control de constitucionalidad» (ivi, 39).

Y éste constituye un dato sobre el que es necesario reflexionar, especialmente en relación con los efectos de la introducción de un amplio recurso individual directo en el sistema general de justicia constitucional, también en clave de posibles líneas de reforma en Italia de las vías de acceso a la Corte, y en el estudio de la misma reforma del amparo de 2007, donde incluso se ha intentado, a través de la introducción del requisito de la «especial trascendencia constitucional», equilibrar adecuadamente las vías de acceso a la jurisdicción constitucional<sup>13</sup>.

La opinión difundida entre la doctrina española sobre el amparo, como instrumento de «protección para todos y frente a todos»<sup>14</sup>, deja entrever la amplitud de la vía de acceso y de la correlativa tutela asegurada por la institución<sup>15</sup>.

Además, en la disciplina de la institución ya estaban presentes, incluso en el modelo originario antecedente a la reforma, remedios dirigidos a evitar que el amparo constitucional pudiese llegar a fagocitar las restantes sedes e instrumentos de protección constitucional de los derechos. La limitación de los derechos amparables, cuya defensa puede hacerse valer en sede de amparo, la exclusión de la ley en línea de principio de entre los actos recurribles y el deber de hacer uso de la vía judicial preventiva, constituyen obstáculos dirigidos a delimitar el recurso a la institución, los cuales, sin embargo, no han permitido alcanzar dicho resultado. También porque la identificación de los actos recurribles, realizada en la Ley orgánica, extendida a las decisiones de la autoridad judicial, y el ámbito de la legitimación para recurrir referido a toda persona física y jurídica han representado factores evidentes de clara expansión del alcance operativo de la institución. Y sobre dichos aspectos no incide la reforma.

<sup>13</sup> Sin que pueda identificarse, no obstante, a partir de los datos que se aportarán, un decidido cambio de rumbo sobre la cuestión.

<sup>14</sup> Opinión tan recurrente entre la doctrina española que no resulta fácil identificar la autoría originaria de la expresión.

<sup>15</sup> Si bien después, al altísimo número de recursos propuestos corresponde hoy —pero también antes de la reforma— un reducidísimo número de recurso admitidos.

Todo acto o incluso hecho que represente una expresión de poder público constituye, por definición, un acto contra el cual resulta posible promover un recurso en sede de amparo («Disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las comunidades autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes»)<sup>16</sup>. Constituyen actos recurribles, por previsión expresa en el sucesivo art. 42 LOTC, los propios actos parlamentarios estatales y autonómicos, sin que se produzca, además, el agotamiento de la vía judicial previa, adentrándose aquí en un espacio de tutela directa. Los derechos fundamentales de los particulares, gracias al recurso de amparo, resultan tutelables ante el Tribunal Constitucional incluso en caso de lesión procurada por actos de difícil enjuiciamiento. Los propios actos de Derecho privado pueden ser objeto de enjuiciamiento en sede de amparo si se considera que el particular puede promover el recurso contra la decisión judicial, o incluso la omisión de cualquier autoridad judicial que se considere que no ha tutelado el derecho fundamental lesionado por un acto de sujetos privados<sup>17</sup>.

Aflora, por tanto, el otro dato ya señalado, sin duda positivo, que emerge en un sistema que reconoce el amparo: la reducción —si no la completa eliminación— de los posibles espacios y zonas grises sustraídas a la jurisdicción constitucional precisamente gracias a un mecanismo tan amplio de acceso. Ello es a costa, sin embargo, de un desequilibrio global entre las diversas atribuciones del Tribunal Constitucional.

En relación con el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes, el Tribunal Constitucional queda investido en vía directa en el recurso de incosntitucionalidad y, en vía incidental, en la cuestión de inconstitu-

<sup>16</sup> Tal y como dispone el art. 41.2 LOTC, tras su modificación operada por la Ley Orgánica de reforma de 2007, en la referencia expresa a las omisiones. Una identificación amplísima de actos recurribles, a la que siguen, en los artículos sucesivos, especificaciones ulteriores de actos con respecto a los cuales es posible proponer el recurso de amparo. Cfr. J. M. VERA SANTOS, «El control en amparo de las resoluciones parlamentarias», *Revista de las Cortes Generales*, n. 43, 1998, 27 ss.

<sup>17</sup> En relación con el tema cfr. J. GARCÍA TORRES & A. JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1986.

conalidad. Sin embargo, no resulta infrecuente que, en el ámbito del procedimiento de amparo, el propio Tribunal Constitucional considere la violación del derecho fundamental como la consecuencia de la aplicación al caso concreto de una ley contraria a la Constitución y interponga ante sí mismo la respectiva cuestión de legitimidad de la ley. Ésta es la autocuestión de constitucionalidad que el Tribunal Constitucional efectúa de conformidad con el art. 55.2 LOTC, sobre la cual también se interviene con la reforma de 2007 y que «encuentra su justificación principalmente en la voluntad de superar, aunque sea limitadamente, la ausencia de un amparo frente a la ley»<sup>18</sup>. Resulta evidente que, en un sistema de justicia constitucional estructurado sobre el amparo, en cuyo marco se puede sancionar la violación de derechos fundamentales recurriendo prácticamente contra cualquier tipo de acto, el reconocimiento del instituto de la autocuestión de constitucionalidad sirve más para admitir de hecho el amparo incluso contra la ley<sup>19</sup>, antes que para ampliar el acceso incidental.

El instituto de la autocuestión, a través de dicha vía, se convierte en una suerte de tercera vía de impugnación de las leyes<sup>20</sup>, en la que, en sustancia, siempre es objeto de enjuiciamiento la decisión de la autoridad judicial, que no ha elevado la cuestión de constitucionalidad de la ley objeto de autocuestión en sede de amparo. Y asume, por tanto, un significado totalmente diferente del reconocimiento, en vía jurisprudencial, por parte de la Corte Constitucional italiana, de la posibilidad, como es sabido, de elevar ante sí misma la cuestión de constitucionalidad como juez *«a quo»* en el marco de cualquiera de sus competencias.

La legitimación para recurrir a través de amparo queda reconocida en la Constitución como acceso individual directo de manera bastante amplia a «toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo así como

<sup>18</sup> R. ROMBOLI, R. TARCHI, «La giustizia costituzionale in Spagna», in *Esperienze di giustizia costituzionale*, a cura di J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi, tomo I, Torino 2000, 338.

<sup>19</sup> Conforme a la expresión de I. BORRAJO INIESTA, «El amparo frente a leyes», *Revista de Administración Pública*, 1982, 167 ss.

<sup>20</sup> R. ROMBOLI, R. TARCHI, *La giustizia costituzionale in Spagna*, op. loc. cit.

el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal»<sup>21</sup>. En la práctica, todo individuo se halla legitimado para proponer el amparo<sup>22</sup>.

Como punto de partida, en la redacción originaria de la LOTC, la limitación más importante impuesta al recurso de amparo viene dada por la limitación del amparo a la luz de la violación no de cualquier parámetro constitucional ni de cualquier derecho constitucional, sino sólamente de los derechos fundamentales. La Constitución Española, de hecho, «ex» art. 53.2, circunscribe la posibilidad del recurso de amparo únicamente a la lesión de alguno de los derechos fundamentales<sup>23</sup>, del principio de igualdad y del derecho a la objeción de conciencia. La limitación expresa en la Constitución de los derechos amparables tan sólo a los derechos fundamentales, especificando además expresamente cuáles serán en concreto estos derechos fundamentales amparables<sup>24</sup>, ha impedido un posible frente de ampliación del alcance del instituto en un ordenamiento constitucional que reconoce un amplio abanico de derechos constitucionales<sup>25</sup>. El más relevante frente de contención de los derechos amparables afecta a los dere-

<sup>21</sup> Art. 162.1, b). Sobre la materia cfr. J. ALMAGRO NOSETE, «Cuestiones sobre legitimación en el proceso constitucional de amparo», *El Tribunal Constitucional*, Madrid 1981, vol. I, 371 ss, J. SOLCHAGA LOITEGUI, «La legitimación en el recurso de amparo», *El Tribunal constitucional*, cit., vol. 3, 2585 ss.

<sup>22</sup> La legitimación de los sujetos públicos referidos (el Defensor del Pueblo, en garantía de la buena administración, y el Ministerio Fiscal) no ha transformado al amparo en acción pública, también a la luz del escaso número de recursos, ni tampoco ha ampliado el campo de acción del instituto, que ha permanecido esencialmente anclado a su dimensión acceso individual directo.

<sup>23</sup> Contemplados en los arts. 15-29.

<sup>24</sup> Otra cuestión no sólo teórica es si resulta posible configurar como derecho fundamental incluso un derecho constitucional que no se comprende entre aquellos cuya lesión pueda ser tutelada mediante amparo constitucional. Sobre la relación entre derechos fundamentales y derechos amparables cfr. En particular, J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 1999 además de ÍDEM, «Artículo 53», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dirigido por O. ALZAGA VILLAAMIL, tomo IV, Cortes Generales, Madrid 1996, 443 ss. espec. 493.

<sup>25</sup> La Constitución española contiene un amplio catálogo de derechos, en el que vienen expresamente enunciados derechos que, en otros ordenamientos, han sido, por

chos sociales, cuyo reconocimiento tutelar en el ámbito del amparo habría marcado evidentemente un recurso ulterior al instituto. Además, espacios de tutela por vía de amparo incluso para los derechos sociales vienen en cierto modo reconocidos a través de la igualdad y otros derechos fundamentales<sup>26</sup>. Ciento es que el hecho de que en España algunos derechos constitucionales reciban protección directa ante el Tribunal Constitucional a través del amparo y otros no —en cuanto no comprendidos en el dictado del art. 53— y aunque se quieran considerar dichos derechos en todo caso como fundamentales, supone sin duda un factor de distinción en el ámbito de los derechos.

Por otra parte, confirmando aquella contraposición entre Tribunal Constitucional y Jueces ordinarios, resulta indicativo que una cierta ampliación de hecho de los propios derechos amparables, incluso en el campo social, se haya producido en España no en enfrentamiento con el legislador, sino a través de la «amparabilidad» del derecho de defensa en algunos pronunciamientos, en los cuales la lesión del art. 24 de la Constitución es invocada en realidad precisamente para consentir restaurar la lesión de otros de-

---

el contrario, objeto de elaboración doctrinal y jurisprudencial. Entre los denominados nuevos derechos se recuerdan sólo el derecho a la vida (art. 15), el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, con referencia expresa a limitaciones de la informática (art. 18), el derecho a la defensa, en los dos apartados del art. 24, sobre el que se regresará, el derecho a la objeción de conciencia (art. 30); pero también, más allá de los derechos amparables, el derecho a la salud (art. 43), el derecho al ambiente, entendido como desarrollo sostenible, resarcimiento del daño ambiental, deber de restauración, responsabilidad incluso penal por las violaciones del derecho al ambiente, derecho a la cultura (art. 44), derecho a la vivienda (art. 47), protección de las categorías débiles, como los jóvenes (art. 48), los afectados por discapacidades (art. 49), los ancianos (art. 50) y los consumidores y usuarios (art. 51). V. amplius M. F. MASSÓ GARROTE, «I diritti fondamentali e le libertà pubbliche nella Costituzione spagnola del 1978 e nella giurisprudenza costituzionale», en *I vent'anni della Costituzione spagnola*, dirigido por L. Pegoraro, A. Rinella & R. Scarciglia, Padova 2000, 43 ss.

<sup>26</sup> Tanto que puede considerarse que la limitación constitucional se vincula más que a la voluntad de excluir el amparo para esta categoría de derechos, a la naturaleza íntimamente política del poder de gasto, que se expresa también con la exigencia de fijar prioridades en el desarrollo de las políticas sociales.

rechos que de otro modo no resultarían tutelables en sede de amparo. No solo los generalizados «titubeos interpretativos acerca de la noción y la categoría de los derechos fundamentales»<sup>27</sup>, sino también mediante el natural alcance expansivo del concepto de dignidad de la persona y del art. 10 de la Constitución española y, sobre todo, la tendencia jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia de derecho a la defensa, han consentido progresivamente la ampliación de hecho del ámbito de protección y el catálogo de los derechos tutelables a través del amparo.

Todo ello contribuye a delinejar una absoluta primacía del recurso de amparo<sup>28</sup> en el sistema español de justicia constitucional, fuertemente centrado en la defensa de los derechos a menudo en contraposición con las restantes sedes de tutela judicial ordinaria. Es cierto que el papel de tutela de los derechos fundamentales corresponde al juez constitucional independientemente del acceso directo e individual o sólo incidental a su enjuiciamiento. Con el amparo el juez constitucional, dentro de las formas y límites previstos tal y como fueron reformados en 2007, tiene la posibilidad de tutelar directamente las libertades y los derechos fundamentales incluso en el caso en que la lesión de los mismos y la violación de la Constitución no se produzca en la propia ley, sino en la actuación llevada a cabo en sede administrativa o judicial. Esto, sin embargo, no tiene lugar sin repercusiones sobre las relaciones con los jueces ordinarios ni significa necesariamente que se garantice un mayor nivel de protección de los derechos.

### **3. ALGUNAS CONTRAINDICACIONES: DESDE LA COOPERACIÓN A LA CONTRAPOSICIÓN ENTRE JUECES ORDINARIOS Y JUEZ CONSTITUCIONAL**

Los mismos requisitos procesales de admisibilidad del recurso de amparo han transformado, de hecho, casi naturalmente el acceso individual

<sup>27</sup> En esta línea F. RUBIO LLORENTE, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1993, 625 ss.

<sup>28</sup> F. RUBIO LLORENTE, «Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa», en *Estudios sobre Jurisdicción constitucional*, cit., 170.

directo en España en un instrumento de control de constitucionalidad de la interpretación de los jueces. La confrontación dialéctica entre jueces, presupuesto en la legitimación incidental, se transforma en instrumento de control sobre la actividad judicial en el amparo.

En el plano teórico, la vía judicial previa, es decir, el necesario ejercicio de la protección del derecho fundamental a través de la preliminar exclusión de la «vía judicial» ordinaria hace del amparo un instrumento subsidiario de protección de los derechos constitucionales fundamentales. Cuando el amparo se refiere a una decisión de un juez, la LOTC establece que el Tribunal Constitucional debe conocer únicamente sobre la violación del derecho fundamental<sup>29</sup>. Pero resulta claro que la aceptación del amparo conlleva una cierta censura de la actividad desarrollada por los Jueces precisamente por el propio hecho de que, en el caso en que la violación se derive de una decisión judicial<sup>30</sup>, resulta necesario haber ejercido los diversos remedios jurisdiccionales y que, conforme al art. 44 de la LOTC, que «las violaciones de los derechos y libertades ... tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial», aunque sea «con independencia de los hechos<sup>31</sup> que dieron lugar al proceso»<sup>32</sup>.

El hecho es que la subsidiariedad debería de haber configurado el amparo como instituto de cierre del sistema constitucional de garantía de los derechos, centrado en la vía ordinaria en la tutela jurisdiccional ordinaria. Mientras con frecuencia el amparo parece presentarse casi como demanda de revisión y de implícita censura de la actuación de los jueces ordinarios<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> Sin ninguna «consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales» (art. 54).

<sup>30</sup> Si la lesión se ha producido por obra del Ejecutivo, el recurso de amparo podrá ser puesto en práctica «una vez que se haya agotado la vía judicial procedente» (art. 43 LOTC).

<sup>31</sup> Pero la jurisprudencia, emanada en sede de amparo constitucional, también en materia de derecho de defensa, muestra por el contrario cómo el Tribunal Constitucional reconsidera los propios hechos objeto de enjuiciamiento ordinario.

<sup>32</sup> Además de «que sea formalmente exceptuado en el proceso el derecho constitucional lesionado».

<sup>33</sup> A. PATRONI GRIFFI, «La tutela dei diritti fondamentali in Spagna: esperienze a confronto con l'Italia su alcuni diritti», en E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a

Por esta vía, el amparo constitucional, de instrumento último y extraordinario del sistema de garantías, termina por convertirse, sin embargo, en una vía preferente de protección de los derechos, incluso con el peligro de producir un vaciamiento de las restantes sedes de tutela<sup>34</sup>. Precisamente en virtud de la amplitud de los requisitos procesales y de la configuración concreta del principio de subsidiariedad la primera razón del éxito y de la fuerza del instituto se halla, al mismo tiempo, en la raíz de los males y de ciertas incongruencias que el recurso de amparo ha producido sobre el sistema constitucional español<sup>35</sup>.

Tales peligros no residen solamente en las dificultades de tipo organizativo, debidas a la excesiva carga que ha de soportar el Tribunal Constitucional por la vía del amparo, a la que incluso se ha intentado poner remedio con la reforma de 2007, sino en el hecho de que el órgano de justicia constitucional tienda, a través de dicha vía, a transformarse, de hecho, de un Juez de las leyes a un Juez de Jueces, tal y como se desprende con referencia al parámetro ofrecido por la amplia formulación del derecho de defensa en el art. 24 de la Constitución.

Exponente privilegiado de la progresiva transformación en España del amparo, como medio de censura de las decisiones tomadas por las autoridades judiciales ordinarias y, sobre todo, de control por parte del Tribunal Constitucional de la actividad interpretativa de los Jueces, es el derecho de defensa formulado en el art. 24 de la Constitución, hasta el punto de

---

cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione» Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino 2002, 312. Y es aquí donde reside la razón fundamental de la crisis. V. amplius E. CARMONA CUENCA, *La crisis del recurso de amparo. La protección de los derechos fundamentales entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional*, Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 2005.

<sup>34</sup> Resulta difícil que en España el acceso individual no se presente como «una vía directa ni tampoco, necesariamente, como general y única, sino especial y extraordinaria posterior a la defensa de aquellos derechos y libertades ante los Tribunales ordinarios», como describe el Tribunal Supremo en la Sentencia n. 185/1990.

<sup>35</sup> A. PATRONI GRIFFI, «La tutela dei diritti fondamentali in Spagna: esperienze a confronto con l'Italia su alcuni diritti», cit., 313.

identificarse en el mismo «al gran protagonista en el amparo contra los jueces»<sup>36</sup>.

El enfrentamiento del Tribunal Constitucional con Jueces ordinarios y el propio Tribunal Supremo, que ve puesto en duda, en particular, su papel nomofiláctico, surge a menudo en la jurisprudencia emanada en sede de amparo, sobre todo —aunque no exclusivamente— en materia de derecho de defensa. Ello no depende sólo de la amplitud de los requisitos procesales de admisibilidad del recurso de amparo ni de la formidable extensión que asume el contenido normativo del derecho de defensa en la formulación constitucional del art. 24. Sin embargo, constituye un colorario casi natural de un instrumento que, en definitiva, había sido precisamente ideado, como se ha visto, para confiar al Tribunal Constitucional un claro e intenso papel de garante activo de toda proyección en el conjunto del ordenamiento de las libertades fundamentales con un efecto adjunto de redimensionamiento de los restantes órganos y sedes ordinarias competentes para el enjuiciamiento de la protección de los derechos.

Las tensiones entre Jueces ordinarios, sus vértices funcionales, y el Tribunal Constitucional conviven en el amparo con dialécticas mucho más ásperas y menos dialógicas que aquellas manifestadas —y en los espacios recíprocamente reconocidos— en el ámbito de la vigencia fuerte del principio de incidentalidad, que resulta contener en sí mismo los gérmenes de una natural y no traumática ampliación del juicio de constitucionalidad.

Toda lesión del derecho de defensa, en todos sus aspectos, puede ser objeto de recurso de amparo y conllevar el control de la legitimidad de la decisión de un Juez con la consiguiente e implícita censura de sus actuaciones. Y ello tiene lugar a pesar de la formal y recurrente prohibición de operar una nueva valoración de los hechos en sede de amparo<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> En este sentido, A. GUAITA MARTORELL, «El recurso de amparo contra tribunales», *Revista de Derecho Político*, n. 16, 1982/1983, 65 ss.

<sup>37</sup> Sin embargo, en relación con dicha prohibición, el Tribunal Constitucional ha considerado en su jurisprudencia casi de forma inmediata desde entonces que «la prohibición de «conocer» de los hechos se refiere a la acepción técnico-procesal del término, que alude a la atribución de competencia. No se trata, por el contrario, de

Todo conduce a hacer del derecho de defensa una puerta extremadamente amplia para el acceso al Tribunal Constitucional, ante la cual cualquiera puede en realidad recurrir cualquier decisión judicial relativa a cualquier posición subjetiva invocando alguna lesión del derecho de defensa<sup>38</sup>.

Por otra parte, dicho peligro de distorsión resulta aún más significativo si se considera que, bajo la óptica de los contenidos, el derecho de defensa, como derecho fundamental, se presenta acompañado por una serie de colorarios y garantías formales a través de las cuales la protección de los derechos encuentra en el amparo constitucional la sede de la concreta y orgánica realización del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>39</sup>. A dicha enunciación analítica realizada en la Constitución sobre el derecho de defensa se acompaña además una abundante jurisprudencia constitucional que ha procedido a ampliar aún más el contenido normativo de dicho derecho, extrayendo del art. 24 de la Constitución ulteriores derechos que, en definitiva, permiten al ciudadano ver aún más ampliada la posibilidad de ejercer el recurso de amparo (incluso, de hecho, en el ámbito de derechos formalmente no amparables) y al Tribunal Constitucional, la de censurar de forma aún más penetrante la actuación de los Jueces ordinarios.

La reconstrucción de institutos tales como el deber de los Jueces de proceder a una interpretación racional y no formalista, de garantizar una

---

una prohibición de conocimiento [de los hechos] en el sentido de ilustración o análisis ponderado de los precedentes que puede resultar positivo e incluso necesario para fundamentar la decisión» (En este sentido se pronunciaba el Tribunal Constitucional en la Sentencia n. 46/1982, f. j. 1º).

<sup>38</sup> Se consiente, de hecho, mediante el art. 24, una suerte de «revisión de decisiones relativas a todo tipo de derechos constitucionales y no constitucionales» L. LÓPEZ GUERRA, «Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional», *La aplicación jurisdiccional de la constitución*, Dir. G. RUIZ-RICO RUIZ, Tirant lo Blanch, Valencia 1997, 42.

<sup>39</sup> Art. 24.1 CE; derecho que se expresa como derecho al juez natural predeterminado por ley, derecho de defensa y a la asistencia de un abogado, derecho a no declararse culpable, a la presunción de inocencia y a la prueba, y a ser informado en tiempo y forma de las acusaciones, todo ello en el marco de un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías.

decisión sobre el fondo de la cuestión, de motivar suficientemente las eventuales desviaciones del precedente jurisprudencial, la prohibición del error patente, la paridad de las armas procesales, la correspondencia entre el «*petitum*» y el pronunciamiento judicial comportan todos el reconocimiento de los correspondientes derechos de los ciudadanos frente a las autoridades judiciales, cuya lesión puede ser sancionada directamente por el Tribunal Constitucional en sede de amparo.

En sede de amparo, la violación del derecho de defensa, por ejemplo, se hace derivar también de la consideración de las malas interpretaciones, en cuanto formalistas, o bien de la mala motivación, en cuanto inadecuada o irracional.

La afirmación, en línea de principio, en virtud de la cual «no corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y la aplicación del derecho o controlar la forma y la estructura de la resolución judicial» y que «no existe un derecho fundamental a una determinada extensión de la motivación judicial»<sup>40</sup>, se transforma casi en una cláusula de estilo en una abundante jurisprudencia emanada en sede de amparo, donde de hecho, sin embargo, el Juez constitucional se erige precisamente en juez de la interpretación y de las motivaciones ofrecidas por los Jueces ordinarios.

La actividad intrínseca del Juez de interpretación de la Ley asume una connotación muy particular en un sistema de justicia constitucional que reconoce el acceso individual directo al Tribunal Constitucional, para la tutela de los derechos fundamentales, incluso contra las decisiones de los Jueces ordinarios. El Tribunal Constitucional, especialmente cuando utiliza el parámetro del derecho de defensa para someter a su propio filtro la interpretación y las motivaciones emanadas por los Jueces ordinarios, halla instrumentos para asumir un papel pedagógico<sup>41</sup> de una concreta interpreta-

<sup>40</sup> V. Por ejemplo STC n. 14/1991, f. j. 2.

<sup>41</sup> M. CARRILLO, «Encuesta sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», *Teoría y realidad constitucional*, n. 18, 2006, 14, expresando un concepto compartido en la literatura española, habla acerca del papel de la jurisprudencia constitucional de «un marcado carácter pedagógico para el conjunto de los operadores jurídicos, en especial los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria».

ción (y motivación) conforme a los dictámenes de la Constitución. Se arriesga así, sin embargo, a entrar en trayectoria de colisión con la autonomía de enjuiciamiento reconocida al Juez sobre el caso concreto.

Además, el Tribunal Constitucional, en sede de enjuiciamiento del amparo, a través del parámetro ofrecido por el principio de igualdad referido al ámbito de la aplicación de la Ley, encuentra un ulterior instrumento extraordinario de control sobre la actividad judicial<sup>42</sup>, llegando a enjuiciar los cambios irrationales de las orientaciones jurisprudenciales. De cambio injustificado de criterio interpretativo habla la jurisprudencia constitucional emanada en sede de amparo para censurar las decisiones judiciales que, operando cambios interpretativos injustificados, lesionan el principio de igualdad en la aplicación de la Ley. El razonamiento del Juez es libre, pero ha de saber que los criterios para una correcta interpretación y motivación, también en el caso de cambios de orientación, son sometibles a través del amparo al enjuiciamiento decisivo por parte del tribunal Constitucional<sup>43</sup>.

El derecho de defensa viene a operar, en definitiva, «como una especie de control universal de carácter residual»<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Sobre la igualdad en la aplicación judicial de la ley invocada en sede de amparo y los peligros asociados revelados por la doctrina v. A. GARRO VARGAS, «El debate sobre la reforma del recurso de amparo en España», cit., 107 ss.

<sup>43</sup> Y es que, concretamente, será difícil que el cambio de criterio» sea considerado arbitrario cuando vaya a insertarse en el filón de líneas interpretativas formuladas en otras decisiones por parte del mismo Juez constitucional. A. PATRONI GRIFFI, *La tutela dei diritti fondamentali in Spagna: esperienze a confronto con l'Italia su alcuni diritti*, cit., 321 ss, adonde se reenvía para la reconstrucción de los parámetros de valoración en función de los cuales la jurisprudencia constitucional considera ilegítimo o no el cambio de orientación jurisprudencial.

<sup>44</sup> «No existe ningún ámbito, procesal o sustantivo, de la legalidad ordinaria cuya selección, interpretación y aplicación al caso por parte de los órganos judiciales quede excluido por razón de su materia del control constitucional ejercido por la vía del art. 24.1 CE..., tal y como subraya C. VIVER I PI-SUNYER, citado por A. GARRO VARGAS, «El debate sobre la reforma del recurso de amparo en España», cit., 102, quien pone de manifiesto que «El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre casi todo lo que directa o indirectamente puede desprenderse del texto del art. 24.1 CE». De esta manera, resulta difícil imaginar que el simple autocontrol por parte del

Es evidente, entonces, no sólo que el derecho de defensa sea el más invocado en sede de amparo<sup>45</sup>, sino que también, a través del art. 24, el recurso de amparo concurre de forma decisiva a hacer del acceso individual directo al Tribunal Constitucional un instrumento de control de la actividad judicial, de la interpretación y aplicación del derecho al caso concreto por parte del Juez ordinario. Así es hasta el punto de que este último se coloca bajo tutela, acompañada de sanciones y posibles censuras<sup>46</sup>, de un Juez constitucional que llega a erigirse en una suerte de Casación de la Casación y que alecciona, a través del amparo, a la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>47</sup>.

La violación o falsa aplicación de una norma de Derecho y la motivación insuficiente o contradictoria constituyen típicas expresiones del con-

---

Tribunal, aun siendo invocado (A. GARRO VARGAS, *op. ult. cit.*, 104 ss.), pueda permitir la resolución de «desequilibrios» del sistema de justicia constitucional derivados en particular de la «amparabilidad» del derecho de defensa.

<sup>45</sup> Tal y como resulta evidente a la luz del análisis de los datos estadísticos sobre los recursos y sobre los parámetros invocados.

<sup>46</sup> Hasta llegar a castigar, en una copiosa jurisprudencia, el denominado antiformalismo, con respecto al cual se remite a mi trabajo *La tutela dei diritti fondamentali in Spagna: esperienze a confronto con l'Italia su alcuni diritti*, cit., 315 ss, donde se expone cómo el antiformalismo y el filtro sobre la motivación judicial constituyen dos instrumentos que permiten al Tribunal Constitucional, por un lado, llegar a rozar la valoración de los hechos apreciados por el Juez ordinario, y por otro, extender la tutela —a través de dichos medios reconstruidos a partir de la interpretación amplia del derecho de defensa y del derecho a la tutela judicial efectiva— incluso a derechos excluidos del ámbito de aplicación del amparo.

<sup>47</sup> Cfr. R. SERRA CRISTÓBAL, *La guerra de las Cortes: la revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Tecnos, Madrid 1999. De guerra entre los Tribunales, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, se habla de forma significativamente frecuente y desde hace tiempo en la literatura española. Resultan emblemáticas al respecto las SSTC 7/1994 y 186/2001. Es cierto que la lógica de las relaciones entre Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo en España no es tan sólo aquélla del desencuentro y se pueden identificar fases diferentes, v. amplius G. CAMPANELLI, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, Torino 2005, passim.

trol de legitimidad reconocido a un Tribunal de Casación. Sin embargo, en España, a través de la jurisprudencia constitucional de amparo analizada, dicho enjuiciamiento resulta reconocido en vía suprema precisamente al Tribunal Constitucional y no al Tribunal Supremo.

#### **4. LA REFORMA DEL AMPARO EN LA LEY ORGÁNICA 6/2007 COMO TENTATIVA DE REEQUILIBRIO DEL SISTEMA ESPAÑOL DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL**

La Ley Orgánica 6/2007 constituye la más importante reforma de la LOTC operada hasta el día de hoy en el ordenamiento español no sólo desde el punto de vista meramente cuantitativo de las modificaciones incorporadas<sup>48</sup>, sino también y sobre todo desde el punto de vista cualitativo de las innovaciones introducidas, que afectan a diversas partes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y, de forma específica, a la disciplina del amparo. Más aún, es posible subrayar cómo la reforma del amparo ha sido la llave empleada para reconfigurar de manera más equilibrada la organización del conjunto del sistema español de justicia constitucional. En dicho sentido, la Ley Orgánica, a través de la reforma del amparo, constituye un instrumento de transformación general del «actual sistema español de justicia constitucional»<sup>49</sup>.

Una vez excluida la hipótesis radical por la cual se hacía necesaria una modificación de la Constitución, una abolición del amparo o, al menos una exclusión del art. 24 —sobre cuyo alcance y efectos sobre el propio plano de las relaciones entre Jueces ordinarios y Juez constitucional nos hemos detenido más arriba— del grupo de los derechos amparables, se ha actua-

<sup>48</sup> La ley orgánica 6/2007 reforma exactamente 35 artículos de los 102 con que cuenta la LOTC.

<sup>49</sup> M. ARAGÓN REYES, «La reforma de la ley orgánica del Tribunal constitucional», *Revista Española de Derecho constitucional*, n. 85, 2009, 38 s, que subraya el papel de la reforma para llegar a determinar que «el Tribunal Constitucional ya no será principalmente, como hasta ahora, un Tribunal de amparo, sino un Tribunal de control de las normas y de resolución de los conflictos territoriales».

do de forma tal que se restringe al máximo el amparo a través de las reglas procesales, hasta el punto de transformarlo de «una especie de recurso de uso ordinario a un auténtico recurso excepcional»<sup>50</sup>.

La intención del legislador orgánico resulta evidente y declarada ya desde la exposición de motivos de la propia Ley. La misma, tal y como se avanzaba, se presenta como instancia de reordenación del sistema de justicia constitucional, trazada manifiestamente como tentativa de reequilibrio entre las diversas atribuciones del Tribunal Constitucional. Precisamente el acceso individual directo, el amparo en defensa de los derechos constitucionales, es identificado como el punto crítico que convierte en problemática la materialización de la misión constitucional del Tribunal<sup>51</sup>.

La referencia, en la exposición de motivos de la reforma, a la necesidad de permitir el cumplimiento por parte del tribunal de cada una de sus funciones, en dicho sentido, resulta ilustrativa. De este modo, resulta necesario intervenir tanto sobre la configuración de la disciplina como sobre la concreta práctica del amparo «estando en juego el propio recurso, el ejercicio de las restantes funciones del Tribunal Constitucional y, en última instancia, su propia legitimidad»<sup>52</sup>. En este sentido, las modificaciones aportadas vienen a configurar, a juicio de algunos, «una serie de mecanismos con el fin de reforzar la garantía de la plena soberanía del Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus propias competencias»<sup>53</sup>.

La propuesta de la reforma pretende ser eminentemente pragmática y se dirige a identificar soluciones concretas, de tipo organizativo, sobre el

<sup>50</sup> M. ARAGÓN REYES, *op. ult. cit.*, 17.

<sup>51</sup> «...para cumplir adecuadamente con su misión constitucional» (Exposición de motivos).

<sup>52</sup> «A la vista de lo anterior, es necesario modificar el diseño y la práctica actuales del recurso de amparo. Está en juego la eficacia del recurso mismo, del ejercicio de las demás funciones del Tribunal Constitucional y, en última instancia, su propia legitimidad». A. GARRO VARGAS, «El debate sobre la reforma del recurso de amparo en España. Análisis de algunas propuestas a la luz de la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 76, 2006, 96.

<sup>53</sup> En esta línea, L. BACHMAIER WINTER, «La reforma del recurso de amparo en la Ley orgánica 6/2007, de 24 de mayo», *La Ley*, n. 6775, 2007, 1.

plano procesal y no sólo con el fin de poner remedio al «crecimiento del número de recursos de amparo hasta el punto de ocupar casi todo el tiempo y los medios materiales y personales del Tribunal», sino también a la «lentitud de los procedimientos que se desarrollan ante este Alto Tribunal»<sup>54</sup>. Las intervenciones reformadoras, aun refiriéndose a aspectos diferentes de la actividad del Tribunal Constitucional, se centran de hecho sobre el recurso de amparo, teniendo como estrellas polares, declaradas en la exposición de motivos, precisamente la reducción de recursos de amparo, que ocupan «casi todo el tiempo y los recursos materiales y personales», así como el objetivo de «combatir la lentitud de los procedimientos» ante el Tribunal.

Es la reforma del amparo la que ocupa la posición central y estratégica en el marco de las modificaciones aportadas a la LOTC. En síntesis general, la reforma contiene una nueva disciplina sobre la admisión del amparo y fija el fundamental criterio de la especial trascendencia constitucional y sus relativos colorarios, modifica el incidente de nulidad establecido en el art. 241 de la LOPJ, prevé un papel notablemente reforzado de las Secciones del Tribunal Constitucional, una modificación de la cuestión interna de constitucionalidad, y la posibilidad, en la cuestión de inconstitucionalidad, de intervenciones de las partes del proceso «a quo», así como algunas innovaciones organizativas del Tribunal<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> Tal y como indica el segundo punto de la Exposición de motivos.

<sup>55</sup> Para un comentario general sobre la reforma cfr. al menos: F. BALAGUER CALLEJÓN, *La nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid 2008; *La reforma del Tribunal constitucional. Actas del V congreso de la asociación de constitucionalistas de España*, Dir. P. PÉREZ TREMPS, Tirant lo Blanch, Valencia 2007 (en concreto, M. ARAGÓN, «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», 121 ss., A. BARRERO ORTEGA, «Apuntes sobre el nuevo amparo», 603 ss.; J. J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. GUDE FERNÁNDEZ, «La reforma del trámite de admisión del recurso de amparo», 671 ss.); G. FERNÁNDEZ FARRERES, «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 81, 2007, 11 ss. Así como, en referencia específica a los aspectos relativos al amparo, A. ESPINOSA DÍAZ, «El recurso de amparo: problemas antes, y después, de la reforma», *InDret*, 2/2010; A. GARRO VARGAS, «El debate sobre la reforma del recurso de amparo en España. Análisis de algunas propuestas a la luz de la Constitución», cit., 95 ss.

Los concretos remedios identificados parecen, por su relevancia (al menos en potencia), dispuestos para inaugurar una nueva fase en la actividad del Tribunal Constitucional y, por esta vía, una posible fisionomía diversa del propio sistema de justicia constitucional español. Ciertamente, las novedades introducidas no son de fácil lectura desde el punto de vista de los efectos que las mismas podrán introducir en el conjunto del sistema, al igual que todo juicio de pronóstico que pueda tener en cuenta sólo un intervalo de tiempo relativamente breve de aplicación de la terapia.

Se trata de remedios capaces de producir resultados bastante limitados o, por el contrario, de asumir un alcance tal que podrían trascender la razón misma de su concreta adopción y desatar un proceso de recolocación dinámica del amparo en el conjunto del sistema de justicia constitucional. Ello depende de una pluralidad de factores, entre los cuales se halla, en primer lugar, las propias orientaciones que el Tribunal Constitucional ya ha asumido —y que asumirá en el futuro—en las interpretaciones de las nuevas disposiciones orgánicas<sup>56</sup>, así como las modalidades del concreto desempeño del papel renovado atribuido a los Jueces ordinarios por la Ley Orgánica de 2007.

La partida decisiva del éxito de la reforma se juega pues en «la revisión de las relaciones entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en materia de amparo»<sup>57</sup>, sobre todo sobre las sinergias positivas que se conseguirán producir en la relación entre Jueces, ordinario y constitucional,

<sup>56</sup> «Lo que sea esta reforma en el futuro, su auténtico alcance y su significado real no va a depender sólo del texto que ha sido aprobado por nuestras Cortes Generales. Será el Tribunal Constitucional el que tenga que ir interpretando los términos de su propia Ley a partir de ahora —como ha hecho anteriormente con los textos modificados— para resolver las dudas e incertidumbres que toda modificación legislativa genera y para insertar de manera armónica los nuevos preceptos en nuestro sistema jurídico». Así se expresa F. BALAGUER CALLEJÓN, *La nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., 12.

<sup>57</sup> Pone el acento sobre la renovada relación entre Tribunal Constitucional y orden judicial F. BALAGUER CALLEJÓN, *op. cit.*, 15, quien subraya cómo en la reforma de 2007 existe «una revisión de las relaciones entre el Tribunal constitucional y el poder Judicial en materia de amparo». Manifiesta el objetivo de favorecer que se forme una nueva y distinta relación entre el Tribunal y los Jueces ordinarios R.

rompiendo con las ya comentadas dinámicas de enfrentamiento. La experiencia española parece confirmar, por dicha vía, que la exigencia de colaboración entre Jueces ordinarios y Juez constitucional, presupuesta en el modelo de justicia constitucional, centrada en el acceso incidental, presenta un alcance tal que resulta, en las dinámicas de reforma recientes, un pilar ineludible de los propios modelos de justicia constitucional, fundamentados sobre el recurso directo del particular.

Dicho objetivo, sin embargo, es perseguido en la reforma rediseñando el recurso de amparo en vez de proyectarse directamente sobre el acceso incidental. El punto de partida asumido por el legislador orgánico de 2007 es, hablando metafóricamente, que resulta necesario contener el amparo dentro del dique, para que también los restantes afluentes, en especial la vía de acceso incidental, puedan asumir nueva fuerza y desempeñar su propia función, recorriendo normalmente su propio curso.

Así, el legislador orgánico no aporta importantes modificaciones al acceso incidental, a la cuestión de constitucionalidad. Entre las novedades más relevantes al respecto se señala el hecho de que se permitirá por fin que las partes del proceso «*a quo*» puedan comparecer ante el Tribunal constitucional<sup>58</sup>, consecuencia que también se deriva de una decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>59</sup>. También aquí trasluce la intención de perseguir un efecto de reequilibrio entre las vías de acceso, reforzando la dimensión concreta del control incidental. Pero no se trata

---

ROMBOLI, *La protezione dei diritti fondamentali dopo la c.d. «oggettivizzazione» dell'amparo costituzionale in Spagna: un'analisi comparata con l'esperienza italiana*, cit., 6.

<sup>58</sup> «Las partes del proceso a quo puedan comparecer ante el Tribunal Constitucional para que, a través del procedimiento de la Cuestión, puedan comparecer en éste a fin de aportar también su particular juicio de constitucionalidad acerca de la ley cuestionada» (M. CARRILLO, en *Encuesta sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., 58).

<sup>59</sup> De condena a España por lesión del art. 6.1. del Tratado y del relativo derecho a un proceso justo, tal y como siempre se recuerda en la doctrina. V, por ejemplo, G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La reforma de la ley orgánica del Tribunal constitucional*, cit., 52 s.

de innovaciones importantes, como aquellas previstas en la reforma del amparo. Más precisamente, en la cuestión de inconstitucionalidad se permite a las partes «realizar alegaciones sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, sino que también se permiten alegaciones sobre el fondo de la cuestión. Al tiempo, se introduce la posibilidad de personación de los litigantes del proceso judicial»<sup>60</sup>, introduciendo, ciertamente, un elemento útil para una mayor subjetivización del acceso incidental<sup>61</sup>.

La idea de fondo de la reforma parece ser implícitamente que, para recuperar el papel natural del Tribunal Constitucional en los procesos incidentales, se debe incidir, más que en la cuestión de inconstitucionalidad (tocada, por tanto, tan sólo marginalmente) en el amparo constitucional, identificado como el verdadero factor de desequilibrio del sistema. Las modificaciones siempre se dirigen a rediseñar el recurso de amparo, constituyendo dicha tarea la espina dorsal de la reforma<sup>62</sup>, y entre aquéllas, en concreto, la Ley de reforma opta sobre todo sobre la fase de admisión, facilitando la inadmisión, con el fin de limitar el recurso de amparo y reequilibrar el sistema de los accesos<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Como se establece en el Preámbulo de la Ley Orgánica 6/2007, referido al nuevo tenor de los arts. 35.2 y 37 de la LOTC..

<sup>61</sup> Mientras, como se comprobará, la reforma diseña una mayor objetivización del amparo..

<sup>62</sup> «La nueva configuración del trámite de admisión del recurso de amparo, unido a la habilitación de las Secciones del Tribunal para dictar sentencias y a la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones del art. 241.1 de la LOPJ previo al amparo constitucional, constituya el eje vertebral de la reforma». En esta línea, G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La reforma de la ley orgánica del Tribunal constitucional*, cit., 13, quien recuerda los motivos de la ley de reforma cuando se subraya que «El elevado número de demandas de amparo ha provocado un amplio desarrollo de la función de garantía de los derechos fundamentales en detrimento de otras competencias del Tribunal Constitucional» (ibidem, 18).

<sup>63</sup> M. ARAGÓN, «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», *Revista Derecho del Estado*, 21, 2008, 14: «La otra posibilidad para intentar remediar el problema del amparo es la de operar sobre la fase de admisión, agilizando la inadmisión, por un lado, y limitando fuertemente la admisión, por otro».

El nuevo trámite de admisión constituye el nudo gordiano de la reforma, el instrumento principal de reescritura del amparo y del propio modelo de justicia constitucional<sup>64</sup>. Además, no resulta nada pacífico el juicio sobre los efectos de sustancial disminución del número de recursos de amparo<sup>65</sup>. Aparte de ello, tal y como rápidamente se revela, la reforma del trámite no impide ciertamente que los recursos sean presentados en cualquier caso y que, de todas maneras, deberán atenderse los mismos aunque resulte más sencillo rechazarlos.

En el reformado art. 50 LOTC, y no sólo en el nuevo presupuesto de la especial trascendencia constitucional, emerge con claridad, en la disciplina de la forma y de los requisitos de admisibilidad del recurso (sobre los que nos detendremos ampliamente), la intención de hacer más difícil el amparo constitucional. Así, la transformación del trámite de admisión de negativo en positivo pretende ir en el sentido de una mayor severidad de los requisitos de admisibilidad. Correspondrá al mismo recurrente motivar la admisibilidad del recurso respetando los requisitos fijados por el legislador. Con la reforma, la Sección pronuncia la admisión del recurso solamente cuando se den los presupuestos reforzados. Mientras, en el texto originario, la sección podía acordar la inadmisión del recurso en presencia de los presupuestos. Se realiza en tal sentido un «juicio de admisión formulado en positivo», con el fin mismo de «permitir un mayor margen de acción al Tribunal Constitucional para evaluar la trascendencia constitucional»<sup>66</sup>.

Pasando a tratar otra novedad, el sentido de la reforma, orientado sobre el reforzamiento del carácter subsidiario del recurso de amparo y del

<sup>64</sup> M. HERNANDEZ RAMOS, *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, Editorial Reus, Madrid 2009, que muestra cómo la solución acogida en la ley 6/2007 se presta a críticas e incongruencias (*passim*).

<sup>65</sup> «No es seguro que, más allá de las palabras, esto suponga un cambio radical con respecto a la situación actual», L. M. DÍEZ-PICAZO, en *Encuesta*, cit., 40 s. En el mismo sentido G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La reforma de la ley orgánica del Tribunal constitucional*, cit., 24: «la fuerte presión del recurso de amparo en las tareas del Tribunal probablemente en bien poco se reducirá».

<sup>66</sup> M. CARRILLO, en *Encuesta sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., 39.

papel de los Jueces ordinarios en la tutela de los derechos fundamentales, se halla presente en la misma modificación del art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)<sup>67</sup>. La nueva disciplina del incidente de nulidad resulta funcional, como declara la exposición de motivos<sup>68</sup>, en relación con la efectiva reconstrucción del recurso de amparo como instrumento realmente subsidiario con respecto al reconocimiento de los Tribunales ordinarios como los primeros garantes de los derechos fundamentales también en el ordenamiento español. Ello a fin de que «el refuerzo de la dimensión objetiva del recurso de amparo queda compensado por un nuevo mecanismo de tutela que ha de ejercitarse ante la jurisdicción ordinaria»<sup>69</sup>.

El reformulado art. 241.1 LOPJ permite a los Tribunales ordinarios un ámbito de intervención más amplio para la tutela de los derechos fundamentales, precisamente con el fin de garantizar que la tutela ante el Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria, reforzando la «posición de la jurisdicción ordinaria como garante habitual de los derechos fundamentales»<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> «No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario».

<sup>68</sup> «Así, respecto al mayor desarrollo de la función de garantía de los derechos fundamentales en relación con las demás funciones del Tribunal Constitucional, la ley procede a establecer una nueva regulación de la admisión del recurso de amparo, al tiempo que otorga a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales a través de una nueva regulación de la nulidad de los actos procesales ex art. 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Se trata de medidas encaminadas a lograr que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria».

<sup>69</sup> L. BACHMAIER WINTER, *La reforma del recurso de amparo en la Ley orgánica 6/2007, de 24 de mayo*, cit., 5.

<sup>70</sup> M. CARRILLO, en *Encuesta sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., 28, si bien «la competencia para conocer del incidente co-

Para recorrer dicho camino, de hecho, se obliga al «litigante vencido a plantear previamente el incidente de nulidad», reforzando las responsabilidades del Juez<sup>71</sup>.

En verdad, también el éxito de dicho remedio resulta dudoso porque el incidente de nulidad es resuelto por el mismo Juez que ha emanado la decisión final, con la necesidad de un ejercicio crítico enteramente dado por descontado. Además, el remedio no se presenta como alternativa al amparo sino solo como una etapa ulterior de la vía judicial previa<sup>72</sup>, con los consiguientes riesgos de una posterior ampliación de los plazos y aumento de trabajo ante el Juez ordinario. En este sentido, se pone de manifiesto, sólo «teóricamente, es una vía más para reafirmar el amparo judicial y reforzar el carácter subsidiario del amparo constitucional»<sup>73</sup>.

---

rresponde al mismo juzgado o tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza. Por tanto, es el mismo órgano judicial el que, en su caso, debe reconsiderar una decisión propia porque en ella puedan darse indicios de lesión de derechos fundamentales». V. el propio M. CARRILLO, «La reforma de la jurisdicción constitucional: la necesaria racionalización de un órgano constitucional en crisis», en *Hacia una nueva jurisdicción constitucional. Estudios sobre la ley 6/2007, de 24 de mayo de reforma de la LOTC*, Dir. M. CARRILLO, Tirant Lo Blanch, Valencia 2008, 121 ss. También se expresan dudas por parte de G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La reforma de la ley orgánica del Tribunal constitucional*, cit., 28 s. Criticará en general la misma ley de reforma A. GARRORENA MORALES, «La ley orgánica 6/2007 y la reforma del tribunal constitucional. Notas para una crítica», en *Hacia una nueva jurisdicción constitucional. Estudios sobre la ley 6/2007, de 24 de mayo de reforma de la LOTC*, cit., 231, quien considera la disciplina del incidente de nulidad una elección errónea del legislador.

<sup>71</sup> E. SEGÚ VILLUENDAS, «Tiro de gracia al recurso de amparo. La reforma introducida por la Ley Orgánica 6/2007», *Diario de La Ley*, n. 7041, 2008, 3 «...lo que implica cargar con más responsabilidades al órgano judicial».

<sup>72</sup> Que «hay que agotar para poder acudir al Tribunal Constitucional en amparo». En esta línea, L M. DÍEZ-PICAZO, en *Encuesta sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., 30, una vez subrayado que «el incidente de nulidad de actuaciones se resuelve... por el mismo órgano jurisdiccional que dictó la resolución firme».

<sup>73</sup> M. CARRILLO, en *Encuesta sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., 28. Igualmente críticos con respecto a la efectividad del remedio se hallan otros autores como, por ejemplo, Á. GARRORENA MORALES, *ivi*, 32

Sobre el plano procesal, se introducen en la reforma de 2007 ulteriores innovaciones que, recibiendo las orientaciones ya expresadas por la misma jurisprudencia del Tribunal Constitucional, parecen ampliar más que restringir, como en las modificaciones antes recordadas, el alcance del recurso. Así, se formula de forma expresamente más amplia la referencia al agotamiento previo de la vía judicial, relativo a «...todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto en el ámbito judicial»<sup>74</sup>. Viene elevado de veinte a treinta días el plazo de presentación del recurso<sup>75</sup>. En concesión a las orientaciones jurisprudenciales del Tribunal, se refuerza la tutela cautelar y se reconoce expresamente la posibilidad, en el sentido dispuesto en el reformulado art. 56, de suspender el acto o la sentencia objeto de recurso, así como, según el art. 49.4, de subsanar eventuales defectos de la demanda. Todavía se requiere en el texto reformado «que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional...»<sup>76</sup>. La referencia a la denuncia formal de la violación es ciertamente atemperada por la introducción del inciso «si hubo oportunidad».

---

ss. Sobre la necesidad de reforzar los recursos en la jurisdicción ordinaria para reequilibrar «en entrada» el recurso de amparo v. P. PÉREZ TREMPS, «Tribunal Constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador», *Seminario sulla riforma del ricorso di amparo*, Istituto di diritto pubblico comparato, Università «Carlos III», Madrid, 2003, [www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/semrecamp-ponppt.htm](http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/semrecamp-ponppt.htm), 11.

<sup>74</sup> «...Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial» [art. 44.1 letra. A) LOTC reformada].

<sup>75</sup> Art. 44. 2 LOTC reformada. Sobre el tema y la relación con la ausencia de modificación del término en cuestión por el art. 43.2 v. amplius G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., 24 ss.

<sup>76</sup> «...Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello» [art. 44.1 c) LOTC reformada].

En la Ley de reforma se disponen después remedios organizativos con el objetivo de agilizar la carga del Tribunal Constitucional derivada del amparo<sup>77</sup>.

Se prevé la posibilidad de que las Salas remitan a las secciones la posibilidad de resolver los recursos de amparo referidos al caso en el que para la resolución «resulte aplicable jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional», «ex» art. 52.2 de la Ley Orgánica reformada<sup>78</sup>. Cuando la Sección no decide por unanimidad se remite a la Sala para la resolución de la cuestión (art. 50.2). Tal modificación permite que sean ahora las Secciones las que conozcan mayor número de amparos<sup>79</sup>, con el objeto de intentar una resolución más rápida de los recursos.

Las perplejidades sobre el art. 52 afectan especialmente a la relación discutible entre trascendencia constitucional y doctrina consolidada en la jurisprudencia constitucional con respecto a la manifiesta dificultad de que en presencia de trascendencia constitucional exista doctrina consolidada<sup>80</sup>. Además, la modificación presenta el riesgo de traducirse en un peligro de petrificación de la jurisprudencia constitucional<sup>81</sup>, pero también de confu-

<sup>77</sup> Remedios organizativos que, en general aunque con algunos matices, son contemplados como útiles. Contra sin embargo en A. GARRORENA MORALES, *Encuesta sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., 71 s.

<sup>78</sup> «Presentadas las alegaciones o transcurrido el plazo otorgado para efectuarlas, la Sala podrá deferir la resolución del recurso, cuando para su resolución sea aplicable doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, a una de sus Secciones o señalar día para la vista, en su caso, o deliberación y votación».

<sup>79</sup> «Sean las Secciones —y no las Salas, como hasta ahora— quienes conozcan de la mayor parte de los amparos» (L. M. DÍEZ-PICAZO, en *Encuesta*, cit., 40).

<sup>80</sup> G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La reforma de la ley orgánica del Tribunal constitucional*, cit., 26 s.

<sup>81</sup> En dicho sentido, «la especial relevancia constitucional de la demanda de amparo supone de alguna forma la incorporación a la jurisdicción constitucional española de una cierta regla de actuación jurisdiccional próxima al «writ certiorari» de la cultura jurídica anglosajona» (M. CARRILLO, *Encuesta*..., 38). La referencia, a decir verdad no exacta, al certiorari, resulta recurrente: por ejemplo, v. J. C. CABANAS GARCÍA, «El recurso de amparo que queremos (reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal

sión ligada a la multiplicación de los órganos de decisión, con la necesidad de que la Sala valore de forma muy atenta y a resultas de un estudio profundo, lo que supone, sin embargo, un elemento de complicación y no de simplificación del proceso<sup>82</sup>. También la disciplina de la autocuestión de inconstitucionalidad, esperada desde hace tiempo, no parece, sin embargo, orientarse en el sentido de una resolución más rápida del recurso de amparo<sup>83</sup>.

#### 4.1. El amparo: entre tutela subjetiva y objetivación

La fundamental intervención reformadora que persigue la reducción de la carga del Tribunal Constitucional, debida al alto número de recursos de amparo y que merece ulteriores consideraciones dado que parece incidir sobre su propia naturaleza (delineando para algunos un nuevo amparo constitucional) afecta a la referida faceta de la admisibilidad y genera una tensión sustancial para una tendencial objetivación del recurso.

La Ley Orgánica requiere, «ex art. 50.1.b), que «el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales».

---

Constitucional)», *Revista Española de Derecho constitucional*, n. 88, 2010, 45 («al modo del writ of certiorari») o bien A. ESPINOSA DÍAZ, *El recurso de amparo: problemas antes, y después, de la reforma*, cit., 13 («regulación que se aproxima a la fórmula del “certiorari”»). Desde hace tiempo, la idea de adoptar en España un sistema similar al «writ of certiorari» ha sido debatida y autorizadamente criticada. V. por ejemplo F. RUBIO LLORENTE, «Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa», en *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, cit., 169.

<sup>82</sup> Dichos riesgos son expresados por F. BALAGUER CALLEJÓN, *La nueva ley orgánica del Tribunal constitucional*, cit., 84.

<sup>83</sup> Amplius, F. BALAGUER CALLEJÓN, *La nueva ley orgánica del Tribunal constitucional*, cit., 20; G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La reforma de la ley orgánica del Tribunal constitucional*, cit., 31.

Incluso antes de la reforma, el Tribunal Constitucional mismo había subrayado la coexistencia de elementos de tutela objetiva, aun en ausencia del requisito de la especial trascendencia, con aquellos de la tutela subjetiva: «la finalidad esencial del recurso de amparo es la protección, en sede constitucional, de los derechos y de las libertades», pero, sobre el plano objetivo del ordenamiento, «unido a dicho diseño..., se añade, al mismo tiempo, la garantía objetiva de la Constitución, desempeñando de dicha manera la acción de amparo un fin que trasciende al particular» mismo que ha promovido la acción<sup>84</sup>. En dicho enfoque, ya antes de la reforma, el Tribunal Constitucional había rechazado recursos de amparo, aun en presencia de supuestos de lesión del derecho, por escasa entidad de la lesión constitucional o por una carencia de contenido constitucional de la demanda, si bien ello no sólo se había producido en número bastante limitado de casos, sino también, en relación con supuestos<sup>85</sup> que no parecen en ningún caso equivalentes en significado a aquel introducido en la reforma con la especial trascendencia constitucional en cuanto requisito sustancial de admisión de los recursos. Con la reforma, la faceta objetiva de la tutela a través del amparo resulta exaltada, declinándose la trascendencia expresamente como especial trascendencia constitucional.

El fin de objetivación del recurso es ampliamente compartido y no halla obstáculos decisivos en el modelo constitucional del amparo<sup>86</sup>. Se trata

<sup>84</sup> Así, de forma emblemática, STC n. 1/1981. En la decisión se continua leyendo que «para ello el Tribunal Constitucional actúa como intérprete supremo (art. 1 LOTC), de manera que la interpretación de los preceptos constitucionales, es decir, la definición de la norma, se impone a todos los poderes públicos. Corresponde, por ello, al Tribunal Constitucional, en el ámbito general de sus atribuciones, el afirmar el principio de constitucionalidad, entendido como vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos» (f. j. 2).

<sup>85</sup> L. BACHMAIER WINTER, *La reforma del recurso de amparo en la Ley orgánica 6/2007, de 24 de mayo*, cit., 3, que se refiere, por ejemplo a los AATC 289/1994 y 182/1997.

<sup>86</sup> Ello responde a una valoración difusa en la doctrina. Cfr. A. GARRO VARGAS, «El debate sobre la reforma del recurso de amparo en España. Análisis de algunas propuestas a la luz de la Constitución», cit., 124 y otra doctrina allí comprendida en las notas.

de un propósito que se mueve en el enfoque de un redimensionamiento del uso del mismo y de un reequilibrio con las restantes atribuciones del Tribunal Constitucional. Parecen surgir con respecto al mismo «dudas de constitucionalidad» dado que la «Constitución no predefine un modelo de recurso de amparo específico, basado en la tutela de intereses subjetivos». Por el contrario, «el modelo constitucional es abierto», debiendo poner de manifiesto sobre todo ante el Juez ordinario «los intereses subjetivos»; mientras «la acción jurisdiccional en defensa de la Constitución que corresponde al Tribunal Constitucional se sitúa en un ámbito distinto, en el que la tutela de los derechos fundamentales... es también un bien jurídico de interés objetivo que interesa al conjunto de la sociedad»<sup>87</sup>.

Sin embargo, resulta necesario explicarnos bien en relación con esta cuestión: elementos de tutela subjetiva y objetiva continúan coexistiendo aún en el amparo. Es verdad que no basta la mera dimensión subjetiva de la lesión del derecho fundamental y que es necesario demostrar también, a la luz de la reforma, que la lesión subjetiva trascienda la misma lesión subjetiva adquiriendo una dimensión, una trascendencia objetivamente constitucional. Pero resulta también claro que, allí donde se demuestre la existencia de dicho requisito trascendente, incluso tras la reforma, de todos modos continúa siendo tutelado en amparo el derecho fundamental concretamente lesionado. Esto para decir que también con la modificación operada sobre este punto de la reforma y la persecución del fin de garantizar una mayor objetivación del amparo como remedio para el excesivo recurso al mismo, el recurso permanece como un elemento de tutela subjetiva de los derechos<sup>88</sup>. Mientras tanto, el acceso incidental, la cuestión de inconstitucionalidad, sobre cuyas relaciones de sistema con la presencia del recurso directo es necesario razonar, continúa teniendo sustancialmente una «configuración —legal y jurisprudencial, que no necesariamente constitu-

<sup>87</sup> M. CARRILLO, Encuesta, cit., 39 ss. Subraya, sin embargo, que la «concepción subjetiva del recurso de amparo es la única que se corresponde con el espíritu de la vigente Constitución española». Á. GARRORENA MORALES, Encuesta, cit., 46.

<sup>88</sup> V, por ejemplo, M. ARAGÓN REYES, *La reforma de la ley orgánica del Tribunal constitucional*, cit., 40 ss.

cional— como un proceso puramente objetivo», determinando así «un especial interés para los litigantes»<sup>89</sup>.

La especial trascendencia representa la novedad más importante en la reforma del amparo delineada por la LOTC 6/2007. En el nuevo amparo, no es relevante, o bien no resulta suficiente la mera lesión del derecho fundamental del recurrente en la medida en que la admisión del recurso presupone que el caso tenga una especial trascendencia constitucional, que permita trascender el mero caso concreto. Para alguno, «se sacrifica el amparo de los derechos del recurrente por la defensa objetiva de la parte dogmática de la Constitución»<sup>90</sup>.

La declinación en la Ley<sup>91</sup> de la trascendencia —explicitada en el tríptico de colorarios de la importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación y su eficacia general, para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales— constituye expresión de una instancia de reforzamiento de «parámetros de interpretación que presentan con fuerza el recurso de amparo como garantía extraordinaria y no subsidiaria de los derechos fundamentales»<sup>92</sup>, sin impedir en cualquier caso el resurgir de los mismos intereses subjetivos lesionados, de los cuales, en cualquier caso, nace el recurso.

<sup>89</sup> «Y, por tanto, que la presión sobre los jueces y tribunales para que la planTEAM haya sido ligera», L. M. DÍEZ-PICAZO, *Encuesta*, cit., 58. Y sobre el punto, como se ha visto, la ley orgánica 6/2007 se limita a incidir sobre la posibilidad de constitución de las partes del proceso «a quo» ante el Tribunal.

<sup>90</sup> A. BARRERO ORTEGA, *Apuntes sobre el nuevo amparo*, cit., 607, revelando como «paradoja» —y ello resulta significativo de en qué se ha convertido el amparo en el sistema español de justicia constitucional— «que una demanda se funde suficientemente sobre la violación de un derecho fundamental y que, a pesar de ello, sea rechazada en la medida en que no aporte nada al conocimiento y a la interpretación de tal derecho».

<sup>91</sup> Ex art. 51.1 b). Sobre el nuevo requisito de la especial trascendencia constitucional v. M. NOGUEIRA GUASTAVINO, «La trascendencia constitucional de la demanda de amparo tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional por la LO 6/2007», *Revista de derecho social*, n. 51/2010, 165 ss.

<sup>92</sup> M. CARRILLO, en *Encuesta*..., cit., 38.

Aparte de la doble dimensión subjetiva-objetiva del amparo, puede hablarse, para indicar la importancia de la novedad y la transformación radical operada, de una transición desde un anterior amparo-tutela, con referencia a la exclusiva importancia de la lesión de los derechos fundamentales, hacia un amparo-control, que se podrá ejercitar sólo en presencia del nuevo requisito objetivo de admisibilidad de la especial trascendencia<sup>93</sup>. Dicha transición aproxima aún más la tutela de los derechos en el acceso individual directo al control en vía incidental de la constitucionalidad de las leyes. En ambos se pueden vislumbrar, al mismo tiempo, elementos de tutela subjetiva y objetiva, abstracta y concreta.

Además, el fin de la objetivación, de hecho, se persigue poniendo a cargo del recurrente la carga de justificar la presencia del nuevo requisito de la admisibilidad del recurso de amparo. De este modo, viene a recaer sobre el recurrente la carga no sólo de indicar la violación del derecho constitucional amparable, sino también de ofrecer argumentos en relación con la presencia del nuevo requisito: «El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado» y, sobre todo, «en todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso»<sup>94</sup>. La especial trascendencia constitucional, como fácilmente se comprende, de requisito de la demanda pasa a presentarse como una obligación de motivación a cargo del recurrente.

#### **4.2. La especial trascendencia: significado de una fórmula polivalente**

La referencia a la especial trascendencia constitucional constituye una disposición tan innovadora como de no fácil lectura en cuanto a su preciso contenido normativo, cuando de la indicación de principio se pasa a anali-

<sup>93</sup> M. ARAGÓN REYES, «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», cit., 34 s.

<sup>94</sup> Ex art. 49.1, tal y como fue reformado.

zar el alcance concreto de las fórmulas contenidas en la disposición, a la luz de la amplia y polivalente expresión utilizada. En tal sentido, el nuevo requisito parece traducirse rápidamente en una efectiva posibilidad de elección —por parte del mismo Tribunal Constitucional, en esencia— de los casos sobre los que pronunciarse.

La especial trascendencia constitucional —con sus citados corolarios de la importancia para la interpretación de la Constitución, para la aplicación y para su eficacia general, además de para la determinación del contenido y ámbito de los derechos fundamentales— se caracteriza, también a la luz de las amplias formulaciones lingüísticas usadas, por el intenso margen de apreciación reconocido al intérprete, que no podrá sino ser colmado en la praxis por el significado reconocido a tales expresiones por el propio Tribunal Constitucional. Así, el efecto concreto de reducir el trabajo del Tribunal a través de tales cargas impuestas al recurrente, la capacidad concreta del requisito para servir de filtro, dependerá al máximo, precisamente, del concreto uso dado por el Tribunal Constitucional, cuyo margen de apreciación a la hora de determinar que una cuestión presente o no verdaderamente especial trascendencia constitucional resulta muy amplio: «un margen de libertad prácticamente ilimitado» para algunos<sup>95</sup>.

En verdad, puede considerarse incluso un dato positivo que el legislador haya recurrido a un concepto jurídico amplio, dejando a la jurisprudencia constitucional la tarea de delimitar a posteriori, caso por caso, especificando en el supuesto concreto. No es el legislador quien define en general y para cada supuesto el límite fundamental de la especial trascendencia constitucional, de forma que su significado normativo no podrá sino ser elaborado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>96</sup>.

<sup>95</sup> «Un margen de libertad prácticamente ilimitado a la hora de interpretar qué ha de entenderse por especial trascendencia constitucional», según J. GARBERÍ LLOREGAT, «Réquiem por el recurso de amparo constitucional», *La Ley*, n. 41629, 2008, 2. Idéntico juicio tajante en sentido crítico a la reforma se encuentra en E. SEGÚN VILLUENDAS, *Tiro de gracia al recurso de amparo*, cit., *passim*.

<sup>96</sup> Y «del “self restraint” que operará el Tribunal en el momento de seleccionar el amparo dependerá el resultado de la objetivación». En este sentido, A. BARRERO ORTEGA, *Apuntes sobre el nuevo amparo*, cit., 608.

El Tribunal, por tanto, se ha enfrentado pronto con la nueva disciplina de los requisitos de admisión previstos en la Ley Orgánica 6/2007, procediendo a delinear mejor el significado y el alcance normativo concreto de la especial trascendencia constitucional.

Sobre esta cuestión resultaban posibles dos posicionamientos. El Tribunal podía limitarse a rechazar el recurso considerando inexistente o insuficiente la concreta argumentación de la especial trascendencia; o, por el contrario, podía fijar en su propia jurisprudencia, incluso de forma ejemplificativa y no taxativa, los cánones generales a los que se habría ajustado en la valoración del nuevo requisito de admisión. En 2008 parece preverse la primera posición; con la fundamental sentencia 155/2009, sin embargo, el Tribunal pretende delinear un decálogo de índices reveladores de la especial trascendencia, también para evitar posibles críticas derivadas del hecho de que, en relación con los requisitos de admisión, «en principio se trata de admitir o no a trámite, no de seleccionar»<sup>97</sup>.

En las decisiones de 2008<sup>98</sup>, por tanto, el Tribunal se limita a ratificar cuanto expresamente se contiene en la Ley de reforma: no basta ya, para admitir el amparo, la alegada y motivada lesión del derecho constitucional, cuando la misma no revista también una especial trascendencia constitucional, como nueva exigencia de fondo del recurso, que debe ser fundamentada en el propio recurso expresamente y de forma autónoma con respecto a la lesión<sup>99</sup>. La especial trascendencia constitucional no se vincula con la mayor lesión del derecho constitucional, sino que es autónoma con respecto a la misma y requiere un orden diferente de argumentación específica<sup>100</sup>.

<sup>97</sup> G. FERNÁNDEZ FARRERES, «La reforma de la ley orgánica del Tribunal constitucional (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 81, 2007, 678.

<sup>98</sup> ATC 188/2008 (Sala I) y ATC 289/2008 (Sala II).

<sup>99</sup> El Tribunal Constitucional lo subraya claramente: para la admisión del amparo debe «concurrir, además de la lesión de un derecho fundamental del recurrente tutelable en amparo..., una especial trascendencia constitucional del asunto».

<sup>100</sup> Subraya que «la especial trascendencia debe vivir totalmente al margen de la lesión del derecho en el caso concreto» como un requisito autónomo si bien «en

De dicho requisito se ofrece una concepción severa a la luz de la verdadera finalidad de la reforma: redimensionar el recuso de amparo en el sistema español de justicia constitucional. De este modo, la especial trascendencia se presenta como una nueva condición sustancial del recurso, cuya ausencia no puede ser subsanada.

Se produce una suerte de inversión de la carga de la prueba. Una inversión del juicio de admisibilidad, que requiere la demostración en las argumentaciones del recurrente de la existencia de la relevancia constitucional en el recurso, operando de otra forma una presunción sustancial de inadmisibilidad. La falta de motivación sobre la cuestión constituye, en efecto, un vicio insubsanable, que conlleva necesariamente inadmisión, faltando un requisito no meramente formal. No basta argumentar la lesión del derecho fundamental: es necesario, en cierta manera, convencer al Tribunal de que el caso trasciende la vertiente subjetiva del derecho lesionado<sup>101</sup>, porque —se llega a afirmar— las violaciones de los derechos fundamentales, con la reforma, no pueden constituir objeto de amparo si no son constitucionalmente interesantes<sup>102</sup>. La concreta tutela de los derechos permite acceder al tribunal Constitucional en amparo sólo cuando se registre en un plano que trascienda la mera dimensión, en el sentido especificado, subjetiva.

Un requisito de admisibilidad, por tanto, que desempeña una nueva y antes desconocida función de filtro en el recurso de amparo en manos del Tribunal Constitucional, sin que el Tribunal Constitucional mismo delineen aún con claridad los términos en presencia de los cuales deba considerarse subsistente la especial trascendencia. En el voto particular del Juez Gay

---

realidad existe una cierta zona de confluencia entre ambas». J. C. CABANAS GARCÍA, *El recurso de amparo que queremos (reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, cit., 57.

<sup>101</sup> Para M. PULIDO QUECEDO, «Requisitos de la demanda de amparo tras la LO 6/2007: a propósito de la imposible subsanación de la falta de argumentación de la “especial trascendencia constitucional”», *Repertorio Aranzadi del Trib. Const.* 14/2008, 9, así «se tecnifica el recurso de amparo».

<sup>102</sup> En esta línea, A. DE LA OLIVA SANTOS, «La perversión jurídica del amparo constitucional en España», en [www.ucm.es/info/procesal/Revistaista/perversion.htm](http://www.ucm.es/info/procesal/Revistaista/perversion.htm), 19.

Montalvo en la Sentencia de 2008, insistiendo en que «la finalidad fundamental del recurso de amparo es la tutela, a escala constitucional, de derechos y libertades... cuando las vías ordinarias han resultado insatisfactorias», se subraya la contrariedad no hacia la Ley, «sino hacia la interpretación dada que tiene como consecuencia el desplazamiento hacia el recurrente de la obligación formal (sin vía posible de subsanación) de argumentar (justificar) la existencia de la especial trascendencia constitucional de su demanda», lamentando la falta de pronunciamiento del Pleno sobre dicho requisito<sup>103</sup>.

El Tribunal, en las decisiones de 2008, se limita, en definitiva, a citar los corolarios de la especial trascendencia indicados por la Ley, sin detallar mejor qué ha de entenderse por interpretación de la Constitución, «u aplicación o para su general eficacia, y determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales. El Tribunal parece, hasta aquí, querer proceder caso por caso en las decisiones sobre la admisión sin especificar con detalle, de una vez por todas, qué va a configurar la especial trascendencia, evitando fijar límites demasiado estrechos a una clave de valoración que el legislador, conscientemente, no ha perfilado precisamente para dejar dicha tarea, con el tiempo, a la jurisprudencia constitucional que se podrá generar.

#### 4.3. La STC 155/2009

En las sentencias de 2009<sup>104</sup>, el Tribunal Constitucional ofrece mayores indicaciones relativas a la especial trascendencia constitucional, aunque insistiendo en «el carácter notoriamente abierto e indeterminado»<sup>105</sup> de la misma.

Ya en la Sentencia 70/2009 se hace una alusión más precisa a la definición de la especial trascendencia constitucional, refiriéndose la misma al

<sup>103</sup> Voto particular del Magistrado Eugeni GAY MONTALVO al ATC 289/2008.

<sup>104</sup> STC n. 70/2009 y, sobre todo, STC n. 155/2009.

<sup>105</sup> En el fundamento jurídico n. 2 de la STC n. 155/2009.

hecho de que sobre la cuestión promovida «este Tribunal no ha sentado doctrina». La ausencia de precedentes constituye, en este enfoque, un índice revelador de la especial trascendencia constitucional. Pero es con la Sentencia 155/2009 cuando el marco relativo al modo de entender el requisito de la especial trascendencia por parte del Tribunal Constitucional se torna más claro o, al menos, es expuesto de forma articulada y analítica con referencias apropiadas para dar mayores indicaciones a quienes recurrían en amparo una vez producida la reforma.

El Tribunal, en efecto, considera ya conveniente, visto el tiempo transcurrido desde la reforma, avanzar en la interpretación del requisito. Y en la decisión figuran especificados en sustancia siete presupuestos diferentes reveladores de la especial trascendencia<sup>106</sup>.

La especial trascendencia constitucional se identifica cuando el recurso se refiera a una pluralidad de casos, que el Tribunal fija de forma ejemplificativa, clasificándolos en las letras a) a g), respondiendo así a aquella exigencia de mayor certeza en los presupuestos de admisión que incluso cierta doctrina había subrayado con ocasión de los precedentes, recordando las sentencias de 2008.

A juicio del Tribunal, siguiendo el orden de la decisión, concurre especial trascendencia, en primer lugar, ante (a) una cuestión nueva, en el sentido de que se refiera a un aspecto de un derecho fundamental sobre el cual el Tribunal Constitucional no haya tenido ocasión de pronunciarse ( criterio éste ya elaborado en la citada STC 70/2009 y que parece poder entenderse en sentido amplio)<sup>107</sup>. De nuevo, (b) cuando el pronunciamiento constitucional constituya una ocasión para ampliar, aclarar o formular de forma distinta la propia jurisprudencia. Ello por cuatro ordenes diferentes de razones: por una evolución interna de la misma jurisprudencia del Tri-

<sup>106</sup> Contenidos en el punto n. 2 del fundamento jurídico y examinados por D. ORTEGA GUTIÉRREZ, «La especial trascendencia constitucional como concepto jurídico indeterminado. De la reforma de 2007 de la LOTC a la STC155/2009, de 25 de junio», *Teoría y realidad constitucional*, n. 25, 2010, 506 ss.

<sup>107</sup> J. C. CABANAS GARCÍA, *El recurso de amparo que queremos (reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, cit., 62.

bunal, por cambios sociales o por modificaciones normativas relevantes para el contenido del derecho, por una evolución de la interpretación que al respecto realice el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Nos hallamos también ante una especial trascendencia en el caso c), cercano a aquel de la autocuestión, cuando la violación del derecho fundamental haya sido causada por un acto en estrecha aplicación de una Ley lesiva del derecho; cuando (d) la lesión del derecho derive de una consolidada interpretación jurisprudencial de la Ley considerada lesiva del derecho fundamental por el Tribunal Constitucional; en el caso e), en el supuesto en que la interpretación ofrecida por el Tribunal sea desatendida de forma general y reiterada por la Jurisdicción ordinaria o existan enfrentamientos jurisprudenciales sobre el derecho fundamental y sus relativas interpretaciones. También cuando (f) el Juez ordinario incurra análogamente en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional, aunque sea de forma ocasional y no reiterada, tal y como requiere el apartado precedente.

Igualmente, casi como una cláusula de cierre general de tales indicios reveladores de la especial trascendencia constitucional, el Tribunal, por último, considera satisfecho el nuevo requisito (g) cuando, aun no dándose expresamente las condiciones expuestas en los restantes apartados, exista en cualquier caso una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o que presente alguna consecuencia política general<sup>108</sup>.

<sup>108</sup> Fundamento jurídico n. 2: «Tales casos serán los siguientes: a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo; b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE; c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada

La presente constituye una jurisprudencia muy importante que muestra, además, cómo más allá de la forma que presente el acceso, es siempre el Juez constitucional el que llena de significado los requisitos fijados por el legislador. Esta Sentencia pretende restringir las vías de la puerta de acceso individual directo en amparo en España, interpretando los requisitos de admisión fijados por el legislador orgánico. El significado concreto de los requisitos de admisión no puede dejar de provenir del mismo Juez constitucional. Y el Tribunal se reserva en sustancia la posibilidad de intervenir sólo en casos límite, en vía auténticamente extraordinaria, para casos de verdadero interés general, dejando al Juez ordinario el papel de juez garante de los derechos.

Resulta difícil valorar los efectos de las intervenciones reformadoras de 2007 sobre el sistema español de justicia constitucional. El hecho es que el amparo, que no es un derecho ilimitado del particular al recurso constitucional y que, sin embargo, se clasifica, tal y como se ha visto, desde sus orígenes, como un instrumento extraordinario y excepcional (subsidiario y por tanto residual, en principio, previsto para casos que deberían resultar extremos, en cierto modo anómalos, en los que no se ha obtenido justicia ante las autoridades judiciales competentes) ha mostrado en el pasado una tendencia a fagocitar todo el sistema de justicia constitucional.

---

interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros; f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ); g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios».

La conciencia en torno al riesgo de transformar un recurso subsidiario en un recurso ordinario y general de última instancia con respecto a toda violación en los procesos ordinarios que generan una indefensión siempre ha estado presente en la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y ha sido imputado, sobre todo, a la ausencia de intervención del legislador para dar efectividad a la extraordinariedad del recurso a dicho instrumento (en su caso, subrayado en el art. 53.2 de la Constitución española<sup>109</sup>. Pues bien: la Ley de reforma de 2007 ha pretendido llevar a cabo el invocado desarrollo legislativo de la Constitución, pero las consideraciones desarrolladas hacen dudar de que las mismas sean suficientes para un reequilibrio global consistente.

Algunas críticas pronunciadas precisamente contra el requisito de la especial trascendencia<sup>110</sup> —que ciertamente incide de forma importante sobre la naturaleza del amparo y que precisamente por ello representa el único requisito capaz de asumir una relevancia decisiva en esta obra de reescritura del amparo— muestran cuan difusa es aún la percepción del acceso individual directo como instrumento ineludible, y que se quiere sea irreductible, de tutela subjetiva —cuya objetivización no es fácilmente aceptada— de los derechos fundamentales frente a Jueces, más que frente al legislador<sup>111</sup>.

<sup>109</sup> STC n. 185/1990.

<sup>110</sup> Se subraya, en un estudio monográfico dedicado al nuevo requisito, que «con la nueva reforma de la LOTC de 2007 se produce una seria descoordinación entre la naturaleza constitucional del recurso de amparo, instrumento para tutelar principalmente los derechos subjetivos de los ciudadanos y el trámite de admisión configurado a partir de la reforma de 2007 en términos objetivos» (M. HERNÁNDEZ RAMOS, *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, cit., 358 s.). L. BACHMAIER WINTER, *La reforma del recurso de amparo en la Ley orgánica 6/2007, de 24 de mayo*, cit., 4, retiene, por ejemplo, que a través de la especial trascendencia y la consiguiente objetivación del amparo, se «rompe la función que ha venido asumiendo hasta ahora el Tribunal constitucional como garante de los derechos fundamentales».

<sup>111</sup> Se hace referencia a la perspectiva crítica con la que se aborda el nuevo requisito fundada sobre el hecho de que el mismo obstaculice en exceso el amparo, representando incluso su réquiem, mientras se hace evidente que tal limitación conllevará nuevas y mayores condenas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considerando así, en definitiva, inadecuadamente tutelados los derechos fundamen-

En definitiva, la importante tentativa emprendida para objetivar el amparo, desplazando el momento tópico de la tutela subjetiva de los derechos ante el Juez ordinario<sup>112</sup> constituye un proceso no fácil y de éxito no asegurado por el papel invasivo asumido a lo largo del tiempo por el amparo, que mientras mantiene su carácter de concreción para el recurrente, se vuelve al contrario abstracto para el TC<sup>113</sup>. En la comparación con la cuestión de inconstitucionalidad, tocada tan sólo marginalmente por la reforma de 2007 tal y como se ha visto, se da un desequilibrio de fondo porque el amparo continua siendo, más que el supuesto concreto en el que toma origen el acceso incidental, el momento fundamental de la tutela subjetiva de los derechos.

## 5. LOS PELIGROS DISTORSIONANTES DEL ACCESO INDIVIDUAL DIRECTO PARA EL CONJUNTO DEL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL: APUNTES PARA ALGUNAS REFLEXIONES TAMBIÉN REFERIDAS A ITALIA

El marco descrito reviste una importancia extraordinaria con respecto a aquel anhelo de recurso directo del que se entrevén síntomas en Italia

---

tales ante los Jueces ordinarios. J. GARBERÍ LLOBREGAT, «Réquiem por el recurso de amparo constitucional», *Diario de La Ley*, n.º 7088, 2009, 6 s, que recoge cómo en España el legislador constituyente «a diferencia de otros modelos próximos de justicia constitucional, decidió allá por el año 1978 instituir un Tribunal Constitucional que no sólo velara por la constitucionalidad de las leyes sino también por la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales» (*ibidem*, 8). En dicho enfoque casi se considera implícitamente que sólo mediante el amparo resulta posible obtener tutela jurisdiccional de derechos fundamentales.

<sup>112</sup> S. GARCÍA COUSO, «El nuevo modelo de protección de los derechos fundamentales tras la aprobación de la LO 6/2007: la objetivación del amparo constitucional y la tutela subjetiva de los derechos por la Jurisdicción ordinaria y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista europea de derechos fundamentales*, n.º 15, 2010, 137 ss, que pone de manifiesto la relación de la modificación con la vertiente adoptada por los Tribunales supranacionales.

<sup>113</sup> R. ROMBOLI, «La protezione dei diritti fondamentali dopo la c.d. «oggettivizzazione» dell'amparo costituzionale in Spagna: un'analisi comparata con l'esperienza italiana», cit., 9.

tanto en el plano del debate y de algunos diseños de reforma como en un impropio y reciente recurso al conflicto entre poderes<sup>114</sup>.

El elemento de clara distinción entre los sistemas español e italiano de justicia constitucional reside precisamente en la previsión del amparo, del acceso individual que en España permite al particular acudir directamente al Juez constitucional. No se trata tanto de prever un mero instrumento añadido de tutela de los derechos y acceso al Juez constitucional como de diseñar un modo diferente de impartir en concreto, en un sistema dado, la justicia constitucional. La diferencia ligada a la presencia o ausencia de un modo de acceso, como el amparo en España, incide de manera profunda sobre el conjunto del sistema de justicia constitucional, sobre todo con referencia a la relación entre Juez ordinario y Juez constitucional, más allá de las dificultades organizativas, que requieren la adopción de remedios y filtros idóneos para limitar la consiguiente sobrecarga. Sin olvidar que los instrumentos de limitación de los recursos individuales directos que se traducen en un poder de elección, aun siendo necesarios, presentan el peligro de asumir una fuerte e inevitable dimensión política del poder de selección de los recursos<sup>115</sup>.

La cuestión resulta compleja, como se desprende precisamente del análisis del amparo, e incide tanto sobre la inevitable traducción del acceso individual directo como instrumento de control y de limitación de la interpretación judicial de las Leyes como sobre la organización y los equilibrios entre las diversas competencias de un Tribunal Constitucional, sobre todo con respecto a la cuestión de constitucionalidad elevada por vía incidental. El amparo conserva, en vía quizás impropia pero de forma casi inevitable, el papel de filtro del Juez «a quo» en el acceso incidental, prefiriéndose de hecho el recurso directo individual a la muy distinta, y como tal en teoría no concurrente, cuestión de inconstitucionalidad.

<sup>114</sup> R. ROMBOLI, *op. ult. cit.*, 4. V. anche P. PASSAGLIA, «Sull'inopportunità di introdurre il ricorso diretto individuale: qualche riflessione (ed una provocazione)», en [http://joomla.ddp.unipi.it/documenti/persdoc/contributi/Ricorso\\_diretto\\_individuale.pdf](http://joomla.ddp.unipi.it/documenti/persdoc/contributi/Ricorso_diretto_individuale.pdf).

<sup>115</sup> G. AZZARITI, «Osservazioni sull'accesso e sull'estensione del sindacato della Corte costituzionale», in *Prospettive di acceso alla giustizia costituzionale*, cit., 429.

Por otro lado, el mismo amparo pone de manifiesto la preocupación fundamental —que genera y, en cierta medida, justifica el instituto del recurso del particular— de disponer un instrumento «ad hoc» de garantía de los derechos fundamentales directamente en las manos de los particulares, legitimados para dirigirse, sin intermediarios, ante el Tribunal Constitucional, de modo que reciban protección cierta de sus propios derechos y libertades en sede de Jurisdicción constitucional. Derechos y libertades constitucionales puestos en peligro, en dicho orden de razones, no tanto por las elecciones operadas por el legislador como por las concretas actuaciones y aplicaciones de la Ley por parte de los aparatos del Gobierno, políticos y administrativos, así como, en definitiva y en última instancia, por parte de los Jueces, encargados de tutelar en concreto el respeto de la Constitución y de los derechos allí contenidos de los actos eventualmente lesivos de los poderes públicos. En esta configuración, el acceso individual directo se presenta como instrumento de protección de los derechos fundamentales, como recurso de amparo «contra los jueces»<sup>116</sup>, sobre el que no resulta fácil incidir incluso con las notables reformas aportadas en 2007.

La jurisprudencia emanada por el Tribunal Constitucional, que aquí ha sido examinada a título ejemplificativo, y las censuras contenidas en la misma incluso mediante el uso de fuertes expresiones de crítica y desaprobación frente a la actividad de interpretación y motivación, desempeñada por los Jueces, ha supuesto el doble efecto de favorecer una cierta desconfianza hacia el sistema judicial y, en consecuencia, un aumento exponencial de los recursos de amparo contra las decisiones judiciales<sup>117</sup>, convirtiéndose así, de hecho, en la vía prevalente de protección de los derechos fundamentales, aun a pesar de su carácter extraordinario y subsidiario. Por el contrario, no sólo la tutela en amparo del derecho de defensa ha generado dicha contraposición entre Tribunal Constitucional y Jueces ordinarios, sino que también en el análisis de las decisiones en amparo sobre el mismo de-

<sup>116</sup> A. GUAITA, «El recurso de amparo contra tribunales», en *El poder judicial, Instituto de Estudios Fiscales*, vol. II, Madrid 1983, 1567 ss.

<sup>117</sup> A. PATRONI GRIFFI, «La tutela dei diritti fondamentali in Spagna: esperienze a confronto con l'Italia su alcuni diritti», cit., 327.

recho a la vida y sobre las cuestiones delicadas ligadas al inicio y fin de la vida, no surge, como quizás podría imaginarse, un Juez constitucional crítico frente a las decisiones de la política (al menos no tanto como lo es con respecto a los Jueces y las aplicaciones realizadas en vía jurisprudencial) <sup>118</sup>.

Esto cuenta inicialmente con una razón histórica profunda en un ordenamiento marcado por el advenimiento del Estado constitucional tras un pasado autoritario, que ya ha forjado la «forma mentis» de los vértices funcionales de la Jurisdicción ordinaria; en una lógica de enfrentamiento entre Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, con respecto a la cual las jurisdicciones más jóvenes ven indudablemente reforzadas las posibilidades de elaborar lecturas constitucionalmente orientadas por la legislación, sin tener que temer el juicio del Tribunal Supremo. Pero con el transcurrir del tiempo y con la maduración de una conciencia constitucional en todas las sedes y grados de la jurisdicción, el aspecto didáctico del recurso de amparo se transforma en «un instrumento de control del poder judicial» <sup>119</sup>, que radicaliza un peligroso enfrentamiento entre Jueces (el constitucional

<sup>118</sup> Se reenvía amplius a A. PATRONI GRIFFI, *op. ult. cit.*, 323 ss, donde se pone de manifiesto cómo no sólo en la jurisprudencia emanada en relación con el art. 24 de la Constitución, que constituye el parámetro invocado en la mayor parte de los recursos de amparo, sino también en relación con otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, se concreta una contraposición tendencial entre Tribunal Constitucional y Jueces ordinarios, sobre todo con el Tribunal Supremo. Allí es analizada la jurisprudencia relativa a algunos aspectos del derecho a la vida, en relación con casos con respecto a los cuales se ha asistido en España a fuertes enfrentamientos entre Tribunales, como en el caso del debate sobre la disponibilidad jurídica de la vida, en materia de huelga de hambre hasta sus últimas consecuencias; de la jurisprudencia sobre el «turismo abortivo» y sobre todo en materia de prueba biológica en la investigación de la paternidad, donde se llaga a hablar abiertamente de guerra entre los Tribunales (M. CARRILLO) y de guerra de las togas (J. DE ESTEBAN).

<sup>119</sup> F. RUBIO LLORENTE, *El recurso de amparo*, cit., 47, subraya cómo en el recurso de amparo el Tribunal Constitucional «ha visto sobre todo un instrumento de control del Poder Judicial».

y los ordinarios)<sup>120</sup>, capaz, por otra parte, de vaciar de significado la vía de acceso incidental al juicio de legitimidad.

Mientras en Italia<sup>121</sup>, la lógica de diálogo entre Jueces, ordinario y constitucional —instaurado a través de aquel puente extraordinario, representado por la ordenanza de remisión en el juicio incidental— ha permitido que se dé lugar a una dialéctica comprensión primero, y a una tendencial sintonía después. También a través de institutos y factores como las sentencias interpretativas, la doctrina del Derecho viviente, la materialización posterior, con el paso del tiempo, de instancias de difusión del juicio de constitucionalidad con el aval de la jurisprudencia constitucional, sin que la «Corte costituzionale» haya por ello redimensionado su propio papel de juez «ad hoc» de las Leyes.

En España, por el contrario, se desarrolla en el pasado una acepción errada del amparo «como ulterior instancia procesal del procedimiento ordinario más que una vía especial de protección»<sup>122</sup>. Y es éste un efecto que ha venido a marcar progresivamente el instituto del amparo de una manera que parece irreversible, así como el conjunto del sistema de justicia constitucional. Se ha puesto de manifiesto con autoridad la conexión de una cierta crisis del amparo precisamente con respecto a la invocación de la lesión del derecho de defensa, en cuanto «las dificultades no proceden tanto del recurso de amparo, como del recurso de amparo por invoca-

<sup>120</sup> No es casual que la solución a la guerra venga identificada por muchos des de hace tiempo precisamente en la reforma del amparo. V. Por ejemplo J. E. SORIA-NO GARCÍA, «La guerra de los dos tribunales: una propuesta de paz. (La necesaria reforma del recurso de amparo)», Civitas, *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 123, 2004, 457 ss.

<sup>121</sup> Sobre la cuestión de la evolución comparada de las relaciones entre juez constitucional y ordinario, en particular con el Supremo, en Italia y España, v. amplius G. CAMPANELLI, *op. loc. cit.*

<sup>122</sup> M. CARRILLO, «La reforma de la jurisdicción constitucional: la necesaria racionalización de un órgano constitucional en crisis», en *Hacia una nueva jurisdicción constitucional. Estudios sobre la ley 6/2007, de 24 de mayo de reforma de la LOTC*, cit., 101.

ción del art. 24 de la Constitución»<sup>123</sup>. De aquí surge la indicación de eliminar de entre los derechos amparables el derecho de defensa, o al menos de limitar su invocación<sup>124</sup>, precisamente para reducir el enfrentamiento entre Jueces ordinarios y Tribunal Constitucional<sup>125</sup>, al menos auspiciando un mayor autocontrol en la aplicación del parámetro por parte del Tribunal<sup>126</sup>. Por el contrario, se apunta con autoridad que del analizado famoso inciso «en su caso», se deduce una especie de mandato implícito al legislador para excluir del amparo los derechos de naturaleza procesal»<sup>127</sup>.

<sup>123</sup> L. M. DÍEZ-PICAZO, en *Encuesta sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., 51. En modo aún más explícito, D. PALOMO VÉLEZ, «Amparo constitucional en España: Estudio sobre una experiencia de dulce y agraz», *Estudios Constitucionales*, 1/2007, 444 identifica, en particular, el analizado derecho a la tutela judicial efectiva como «la principal fuente de problemas».

<sup>124</sup> Por ejemplo, para F. J. MATÍA PORTILLA, «La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 86, 2009, 348, limitando la impugnación sólo a las decisiones de algunos órganos supremos (Tribunal Supremo, Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia), de forma que se garantiza una fuerte disminución del número de recursos de amparo interpuestos.

<sup>125</sup> Incluso manifestándose una posible y consecuente disminución de la tutela de los derechos de los ciudadanos: «si no estuviese prevista la inclusión de este derecho [de defensa] entre los susceptibles de recurrir en amparo, no habría ninguna vía de subsanación a favor del ciudadano que viese motivado su caso de forma contraria a la jurisprudencia constitucional». En esta línea, A. ESPINOSA DÍAZ, *El recurso de amparo: problemas antes, y después, de la reforma*, cit., 6, que cita A. GARRO VARGAS, «El debate sobre la reforma del recurso de amparo en España. Análisis de algunas propuestas a la luz de la Constitución», cit., que analiza las tesis sobre la «exclusión del art. 24 CE del ámbito de protección del recurso de amparo», 110 ss, y sobre las propuestas de «excluir del objeto impugnable del recurso de amparo los actos u omisiones» del poder judicial, 120 ss.

<sup>126</sup> M. HERNÁNDEZ RAMOS, *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, cit., 68 ss.

<sup>127</sup> F. RUBIO LLORENTE, *El recurso de amparo*, cit., 35, el cual pone de manifiesto que el inciso para los proponentes se recogía precisamente para evitar «la conflictividad presumiblemente derivable de la identidad de materias de dos jurisdicciones que debe mantenerse como corresponde a su distinta naturaleza... [y para]

Dicho supuesto mandato no ha sido ejercitado a la luz de una evidente preocupación, en la lógica de ordenamientos que se afirman tras previos regímenes totalitarios y autoritarios, como en los casos del «Reich» alemán y de la España franquista, donde los aparatos burocrático-administrativos y los órganos jurisdiccionales son contemplados casi con sospecha<sup>128</sup> como posibles sedes e instrumentos de inaplicación o, al menos, redimensionamiento de la carga extraordinariamente innovadora de las normas constitucionales y del nuevo catálogo de los derechos en particular.

También en Italia, tras la entrada en vigor de la Constitución y antes de la creación de la «Corte costituzionale», cierta jurisprudencia autorizada reconstruyó, como es sabido, la categoría de las disposiciones denominadas programáticas, buscando potenciar la carga normativa fuertemente innovadora de principios y reglas constitucionales. Hasta el punto de aceptarse en el pasado la opinión de que «la “Corte di Cassazione”, a menudo respaldada por el Consejo de Estado, ha usado su habilidad hermenéutica tanto más en el sentido de la inaplicación que de la aplicación de la norma

---

evitar que se desnaturalice ...por excesos de casos a resolver la importante función que corresponderá al Tribunal Constitucional» (ibídem, 34). En el sentido de excluir, o mejor, limitar el derecho a la tutela judicial efectiva como derecho susceptible de amparo, cfr. E. ÁLVAREZ CONDE, *Algunas reflexiones en torno a las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional*, cit., 1344 s.; P. LÓPEZ PIETSCH, «Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español», *Revista Española de Derecho constitucional*, n. 53, 1998, 115 ss. y J. MUÑOZ CAMPOS, «Recurso de amparo frente a resoluciones judiciales. ¿Ante el Tribunal Constitucional o ante el Tribunal Supremo?», *La Ley*, n. 639, 1983, 1239 ss.

<sup>128</sup> Cfr, por ejemplo, M. CARRILLO, *op. ult. loc. cit.*, 14, que considera el amparo «como expresión de una cierta desconfianza ante el juez ordinario como único baluarte para la garantía de los derechos y libertades». Y resulta recurrente, en la literatura española, la referencia al vínculo entre la introducción del amparo y la difundida desconfianza originaria frente a la Magistratura durante el período Constituyente. Desconfianza que, ciertamente, no encuentra hoy razón de ser. Y éste es un juicio bastante compartido, por ejemplo v. M. ARAGÓN REYES, «La reforma de la ley orgánica del Tribunal constitucional», cit., 36.

constitucional»<sup>129</sup>. Un juicio éste revelador de una situación perteneciente al pasado, de lejanía, incluso generacional, de cierta alta magistratura respecto de los valores de la Constitución, pero que, por el contrario, no encuentra ningún reflejo real en la actualidad dentro de las interpretaciones judiciales<sup>130</sup>. A día de hoy, dentro de una opinión cada vez más compartida, los Jueces ordinarios se presentan también como garantes difusos de la Constitución<sup>131</sup>.

En definitiva, el reconocimiento del recurso individual directo de constitucionalidad, cuya previsión en los ordenamientos constitucionales español y alemán encuentra origen y fundamento en precisas razones históricas, se enfoca como un instrumento de tutela de derechos fundamentales, cuya introducción sucedánea, por el contrario, en un ordenamiento dado y en un sistema de justicia constitucional que ya ha tenido ocasión de encontrar su propio punto de equilibrio de conjunto, no conlleva un efecto de elevación del nivel de tutela de los derechos fundamentales y genera el peligro de colocar sobre planos antagónicos las diversas sedes de garantía de los derechos.

No sorprende que, en España, tras más de treinta años de la aprobación de la Constitución y de actividad de un Tribunal Constitucional, que ha desempeñado un «papel clave en el proceso de constitucionalización y, por tanto, de democratización del sistema político y del ordenamiento jurí-

<sup>129</sup> M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968, 77. y será, como es sabido, mérito de la Corte Constitucional reconocer el contenido plenamente normativo de la Constitución en todas y cada una de sus disposiciones (Corte cost, sent. n. 1/1956).

<sup>130</sup> El mismo M. CAPPELLETTI, que había lamentado antes (La giurisdizione costituzionale delle libertà, Milano 1955), la falta en nuestro país de un instituto análogo al recurso individual directo, cambia abiertamente de parecer al respecto, tal y como él mismo subraya en Ídem, «Questioni nuove (e vecchie) sulla giustizia costituzionale», en *Corte costituzionale, Giudizio «a quo» e promovimento del processo costituzionale*, cit., 31 ss.

<sup>131</sup> V, en concreto, las actas del Congreso dedicado al tema del «Gruppo di Pisa», Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione». Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?, cit.

dico español»<sup>132</sup>, se haya considerado ya oportuno incluir instrumentos de limitación del recurso de amparo, con el fin de hacer efectivo el carácter extraordinario del recurso. Y ello hasta el punto de llegar a evocar, sobre todo en caso de reforma de la Jurisdicción ordinaria, la posibilidad de «supresión del amparo ante el TC»<sup>133</sup>, también porque es la «elefantasis del amparo constitucional la que pone en peligro la salud del resto del cuerpo de la jurisdicción constitucional»<sup>134</sup>. Debe decirse, sin embargo, que la posición de quien considera que «el único medio para poner solución a la insostenible situación de la justicia constitucional es la eliminación del amparo ante el Tribunal Constitucional»<sup>135</sup> se presenta como una posición en cualquier caso minoritaria en España, confirmando también el significado que el mismo ha asumido hoy en día en el plano del sentir común acerca de la defensa de los derechos.

En este escenario se ha analizado la Ley Orgánica de 24 de mayo de 2007 que ha modificado la postura originaria de la LOTC, con el fin específico de hacer menos frecuente el recurso al amparo y de reforzar las restantes sedes de tutela de los derechos fundamentales<sup>136</sup>. Pero la Ley Or-

<sup>132</sup> P. PÉREZ TREMPS, «Presentación», en *La reforma del Tribunal constitucional. Actas del V congreso de la asociación de constitucionalistas de España*, cit., 11. Cfr. ivi amplius J. GARCÍA ROCA, *La experiencia de veinticinco años de jurisdicción en España*, 17 ss.

<sup>133</sup> J. GONZÁLEZ PÉREZ, en *Encuesta*, cit., 35.

<sup>134</sup> F. J. GARCÍA ROCA, en *Encuesta*, 41. confirmando cómo la reforma del amparo no afecta sólo al amparo en sí, sino al pleno cumplimiento de los diversos deberes asignados a la Jurisdicción constitucional.

<sup>135</sup> J. GONZÁLEZ PÉREZ, en *Encuesta*, cit., 48. Sobre el tema de la «eliminación» del amparo v. M. HERNÁNDEZ RAMOS, *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, cit., 72 ss.

<sup>136</sup> La reforma del amparo, con el fin de reducir el recurso al mismo, como instrumento de reequilibrio del conjunto del sistema de justicia constitucional español, surge como criterio compartido en la muy citada Encuesta sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Por ejemplo, L. M. DÍEZ-PICAZO subraya que «todos los demás procesos constitucionales juntos no representan ni el 10% de los asuntos que le llegan. Cualquier solución que haya de adoptarse pasa, así, necesariamente, por reformar el recurso de amparo», ibidem, 16. Mientras tanto, F. J. GARCÍA

gánica no podía adoptar la solución más radical de abolir o excluir el derecho de defensa de entre los derechos amparables. Tales innovaciones requieren, de hecho, una revisión de la Constitución.

El fin de la reforma, en un sistema de justicia constitucional que se ha basado sobre el amparo hasta dejar marginadas las restantes atribuciones del Juez constitucional, reside esencialmente en la tentativa de «trasladar a la Jurisdicción ordinaria buena parte de la carga que hasta ahora soporta el Tribunal Constitucional en materia de amparo»<sup>137</sup>, precisamente porque, como se ha visto, en nuestros días este último ha venido transformándose cada vez más en un Tribunal de amparo, con sacrificio de aquellas que deben considerarse, por el contrario, como las funciones más propias de un Juez constitucional<sup>138</sup>. En dicho sentido, la reforma de la Jurisdicción cons-

---

ROCA llega a reconocer que «Nuestro Tribunal Constitucional es un Tribunal de amparo», *ibidem*, 18, destacando cómo el «cierre del grifo de los amparos» está ligado y puede incorporarse a una reforma de las cuestiones de inconstitucionalidad, haciendo referencia precisamente al acceso incidental en Italia, *ibidem*, 21. También Á. GARRORENA MORALES destaca la relación entre reducción de la vía del amparo y otras vías de acceso («La cuestión, por tanto, es saber si existe otro tipo de planteamiento que, sin causar tal desprotección subjetiva de nuestras libertades fundamentales, nos permita alcanzar idéntico o similar resultado a la hora de liberar al Tribunal Constitucional de su imposible carga presente» (*ibidem*, 23). En dicho sentido, «adoptar medidas para reducir el número de recursos de amparo es una necesidad objetiva del propio sistema de protección de los derechos fundamentales» (P. L. MURILLO DE LA CUEVA, *ibidem*, 27).

<sup>137</sup> Intento visto como «única solución sensatamente explorable». Á. GARRORENA MORALES, *op. cit.*, 32.

<sup>138</sup> «...(control de las leyes y resoluciones de conflictos), que son competencia exclusiva de estos y que constituyen, como es sabido, la base de su propia existencia». Así, con toda claridad, se reconduce el tema del recurso individual directo al de las citadas exigencias de equilibrio entre las diversas atribuciones de un Tribunal Constitucional por R. ROMBOLI, *La protezione dei diritti fondamentali dopo la c.d. «oggettivizzazione» dell'amparo costituzionale in Spagna: un'analisi comparata con l'esperienza italiana*, *cit.*, 5 s, quien destaca al respecto «el grito de alarma acerca de la pérdida, por parte del Tribunal, de su propio papel constitucional». De una conversión de hecho del Tribunal Constitucional en Tribunal de amparo habla expresamente también M. ARAGÓN REYES, «La reforma de la ley orgánica del Tribunal constitucional», *cit.*, 13.

titucional debe entenderse como «necesaria racionalización de un órgano constitucional en crisis»<sup>139</sup>. La Ley Orgánica de 2007 intenta acentuar el status del Tribunal como órgano constitucional más que como órgano judicial<sup>140</sup>. Una exigencia exactamente contraria a aquella que se ha visto conduce a la introducción de la cuestión prioritaria de constitucionalidad en Francia (si bien en la base resulta fuerte la instancia de reconducir a una senda adecuada las relaciones entre Jueces, los ordinarios y el constitucional).

La valoración sobre la reforma del amparo en España y sobre la capacidad de la misma para volver a colocar al Tribunal Constitucional en el espacio constitucional que le es propio se halla aún abierta. Alguna reducción de los recursos comienza a percibirse<sup>141</sup>, mientras aún queda por ver qué incidencia podrá tener la analizada Sentencia sobre la trascendencia constitucional emanada por el Tribunal Constitucional en 2009. Es cierto que si la reforma hubiera aspirado a contar tan sólo con una quincena de amparos al año, entonces, la valoración debería de ser negativa<sup>142</sup>.

En verdad, a pesar de las reformas y del «self restraint» de su Juez constitucional, considerando el papel asumido por el amparo en el sistema

<sup>139</sup> M. CARRILLO, «La reforma de la jurisdicción constitucional: la necesaria racionalización de un órgano constitucional en crisis», cit., 63 ss.

<sup>140</sup> M. ARAGÓN REYES, «La reforma de la ley orgánica del Tribunal constitucional», cit., 15.

<sup>141</sup> Con referencia a los datos anteriores e inmediatamente posteriores a la reforma, no parece resultar fácil, sin embargo, emitir un juicio claro y definitivo sobre los efectos de la reforma. En 2005 hubo 9476 recursos propuestos y fueron resueltos en conjunto (Pleno, Sala, Sección) con Sentencia 303. En 2006, se proponen 11471 por 327 resueltos en sentencia. En 2007, 9840 por 231. En 2008, 165 fueron decididos en Sentencia. En 2009, propuestos 10972, decididos con sentencia 177. Se trata de datos de los que se deriva, en todo caso, el elemento significativo del aumento de providencias de inadmisión: 2005 (5293), 2006 (7370), 2007 (10884), 2008 (12396), 2009 (13008), 2010 (8964), 2011 (5865), 2012 (7292). Los datos se contienen en la Memoria 2012 del Tribunal Constitucional, Cuadro n. 16, 242 ss.

<sup>142</sup> Es M. CARRILLO, en *Encuesta*, cit., 39, quien subraya que tras la reforma «no ha de ser extraño que el Tribunal juzgue al año no más de una quincena de recursos de amparo».

de justicia constitucional así como la propia percepción del mismo por parte de los ciudadanos (y no sólo en el plano de la tutela efectiva de los derechos fundamentales), parece muy dudoso que en España pueda llegar a convertirse en una mera válvula de seguridad, verdaderamente excepcional, que logre reducirse a pocas unidades de recursos admitidos al año. Por otra parte, incluso en el caso de que ello llegara a suceder, resulta aún más difícil imaginar, por el momento, que en España se propongan en amparo tan sólo alguna decena de recursos y no más de un millar al año. Resulta claro que, a pesar de las indudables simplificaciones organizativas practicadas con la reforma, sobre todo en el plano analizado del trámite de admisión, tener que pronunciarse, aunque sea en Secciones, sobre la admisibilidad de un número tan alto de recursos representa, de todos modos, una sobrecarga desproporcionada, con respecto a la distribución global de las competencias reconocidas a un Tribunal Constitucional, aunque sólo sea para un cierto número de componentes del mismo.

El problema no es sólo aquel afrontado en la reforma de facilitar y agilizar, si así puede decirse, los pronunciamientos sobre la admisibilidad de los recursos, sino sobre todo aquel de limitar la posibilidad de presentar el recurso. Semejante objetivo resulta sin duda más difícil de alcanzar porque requiere un cambio cultural sobre la percepción del recurso de amparo como impropia última instancia de justicia para la tutela de los derechos<sup>143</sup> más que como un remedio verdaderamente subsidiario y, sobre todo, completamente extraordinario. Se necesitan, además, instrumentos de reforma, incluso constitucionales, más drásticos, con respecto a los cuales parece faltar un acuerdo (tales como la ya apuntada exclusión del derecho de defensa, en su amplísimo contenido normativo, de entre los derechos

<sup>143</sup> «Una especie de tercera instancia judicial ordinaria», escribe significativamente J. C. CABANAS GARCÍA, *El recurso de amparo que queremos (reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, cit., 40. «El recurso en amparo, en sustancia, se ha convertido en la práctica en un juicio normal de cuarto grado, presentado cuando se han terminado los diferentes grados existentes ante la jurisdicción ordinaria». En esta línea R. ROMBOLI, *op. ult. cit.*, 5. Pero es un juicio de crítica compartido incluso por otros, tal y como se ha visto supra.

amparables o formas de limitación de la legitimación subjetiva para presentar recurso). Se trata ciertamente de intervenciones que incidirían sobre la actual concepción del amparo como vía de acceso individual abierta a todos<sup>144</sup>.

En Italia, el peligro concreto de introducir formas de acceso individual directo siguiendo el ejemplo del amparo español es el de complicar un sistema verificado de justicia constitucional con el paradójico efecto de generar conflictos y tensiones entre Jueces constitucionales y ordinarios mediante la introducción de un instrumento que se transforma inevitablemente —como muestra la experiencia española— en un medio de control y de enfrentamiento con los Jueces con un predecible redimensionamiento y perjuicio del recurso incidental.

El hecho es que el amparo no ha desempeñado tanto una función de extender el juicio de constitucionalidad a zonas grises, problema éste advertido intensamente en Italia. En España, sustancialmente, el «recurso de amparo cumple una función de garantía de la efectividad de la jurisprudencia constitucional frente a los tribunales ordinarios»<sup>145</sup>. El amparo es «el instrumento que permite al Tribunal ejercitar un control efectivo acerca del modo en que los Tribunales ordinarios aplican el sistema de fuentes... para obtener una interpretación uniforme de la Constitución»<sup>146</sup>. Pero dichos objetivos son alcanzados ya en nuestro sistema de justicia constitucional gracias a la centralidad y a las dinámicas desarrolladas precisamente mediante la legitimación incidental del Juez «a quo».

La diferencia fundamental entre los dos sistemas de justicia constitucional, el italiano y el español, se vincula al hecho de que en Italia son realmente los Jueces ordinarios la sede de tutela de los derechos constitucionales, precisamente gracias a la centralidad del acceso incidental y a la fructífera relación con la «Corte costituzionale» que la centralidad de di-

<sup>144</sup> O formas de desincentivación incluso económica para la presentación de recursos. Sobre tales cuestiones cfr. A. ESPINOSA DÍAZ, *El recurso de amparo: problemas antes, y después, de la reforma*, cit., 8 ss.

<sup>145</sup> L. M. DÍEZ-PICAZO, *Encuesta*, cit., 41.

<sup>146</sup> L. M. DÍEZ-PICAZO, *Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo*, cit., 34 s.

cha forma de acceso ha garantizado. En España, por el contrario, el sistema se ha fundamentado sobre la tutela de los derechos en amparo, que ha dejado del todo en un segundo plano la vía de acceso incidental de la cuestión de constitucionalidad (aun contando ésta con una previsión constitucional sustancialmente similar a la existente en Italia). Y el Tribunal Constitucional —y no la Jurisdicción ordinaria— ha sido contemplado, en definitiva, como sede donde hacer valer en última instancia las lesiones de los derechos fundamentales.

Todo esto, además, no parece haberse traducido en un mayor nivel de tutela de los derechos fundamentales en España. La vía preferencial otorgada al acceso incidental y la ausencia de un acceso individual directo han garantizado en Italia, con el paso del tiempo —tras algunas inevitables tensiones iniciales—, una buena sinergia entre el Juez constitucional y los Jueces ordinarios incluso en la tutela constitucional de los derechos, espacios cada vez más amplios de inmediata y directa interpretación conforme por parte de los Jueces.

La ausencia del amparo, o de una figura equivalente de acceso individual directo no parece conllevar, por tanto, ni que el nivel de tutela de los derechos constitucionales resulte debilitado en un sistema concreto ni, sobre todo, que el específico órgano de justicia constitucional no desempeñe un papel de juez de los derechos<sup>147</sup>. Dicha tarea, en un sistema centrado

<sup>147</sup> La fotografía de cuanto se ha hecho en este plano en nuestro sistema de justicia constitucional resulta clara en las palabras de R. ROMBOLI, «La protezione dei diritti fondamentali dopo la c.d. «oggettivizzazione» dell’amparo costituzionale in Spagna: un’analisi comparata con l’esperienza italiana», cit., 4: «Una valutazione su come concretamente si è realizzato il controllo incidentale sulle leggi in Italia e sulla natura che ha quindi assunto il modello «vivente» di giustizia costituzionale, mostra infatti inequivocabilmente come la Corte abbia tendenzialmente assunto, in stretta correlazione e cooperazione con il giudice comune, sempre più il ruolo di giudice dei diritti e sempre meno quello di giudice delle norme e come non si possa disconoscere che la effettiva consistenza e fisionomia dei diversi diritti fondamentali, ed in particolare l’individuazione dei limiti cui gli stessi possono ritenersi soggetti, è essenzialmente il frutto della giurisprudenza costituzionale, dal momento che il terreno su cui più proficuamente si è svolta l’opera della Corte di concretizzazione dei valori costituzionali è stata proprio quella dei diritti».

sobre la incidentalidad, es cumplida, sin embargo, sin llegar a menoscabar la instancia natural y basilar de garantía de los derechos asegurada por la Jurisdicción ordinaria, que halla en la legitimación incidental un extraordinario instrumento de diálogo con la Corte.

Queda abierto, sin embargo, en un plano distinto, el interrogante ligado a la posibilidad de garantizar en sede de amparo un espacio más amplio para el juicio de constitucionalidad con respecto a los ámbitos no cubiertos, a las denominadas zonas grises.

Sobre esta diferente perspectiva, el acceso individual directo, sin duda, parece poder expandir el juicio de constitucionalidad. En dicho sentido, como se ha visto, el amparo constituye verdaderamente el paradigma de la máxima extensión del acceso al juicio de constitucionalidad, capaz de abarcar sustancialmente todo acto lesivo de derechos fundamentales. Una exigencia de ampliación del juicio de constitucionalidad que se advierte sobre todo con respecto a las problemáticas zonas grises, como la materia electoral, sobre la cual inciden derechos fundamentales difícilmente tutelables en el marco vigente<sup>148</sup>.

La cuestión de la introducción del recurso individual directo en Italia podría, por tanto, conectarse no a una falsa perspectiva de reforzamiento de los derechos, sino a la exigencia de iluminar las zonas de sombra de la justicia constitucional. Pero siempre se trata, incluso desde dicha perspectiva, de verificar los costes de dicha extensión, que surgen precisamente en el análisis del sistema español<sup>149</sup>. La tesis —indiscutible— de que el recurso individual directo, aun oscilando en su significado de garantía subjetiva de los derechos de los particulares y de tutela objetiva de la legalidad constitucional en el ordenamiento, constituye un instrumento fundamental de tutela de los derechos fundamentales no conlleva como corolario necesario que la introducción de semejante amplísima vía de acceso al con-

<sup>148</sup> V. Le zone d'ombra della giustizia costituzionale, a cura di R. Balduzzi, P. Costanzo, Torino 2007, *passim*.

<sup>149</sup> También deriva de aquí la preferencia dada a la verificación de las posibilidades de ulterior ampliación de la vía incidental.

trol de constitucionalidad tenga como efecto lógico y necesario reforzar el sistema de garantías.

El recurso directo, repetimos, no se traduce en un mayor nivel de tutela de los derechos fundamentales. La mayor o menor fuerza del catálogo de los derechos fundamentales deriva de dinámicas mucho más amplias relativas a la misma organización general de las formas de Estado y de gobierno y, sobre todo, del sistema global de garantías, tal y como demuestra el mismo ordenamiento francés donde, aun habiendo estado en presencia en el pasado de un sistema de justicia constitucional sin duda más inmaduro, limitado al control preventivo y abstracto, no podía por ello considerarse más débil el catálogo de las libertades fundamentales, incluso antes de la propia introducción de la cuestión prioritaria de constitucionalidad<sup>150</sup>. La efectividad de los derechos fundamentales está en relación de fuerte conexión con el sistema general de las garantías<sup>151</sup>, con respecto al cual, en el moderno estado constitucional, el Juez de las leyes representa la más alta sede institucional a escala nacional, pero no la única; debiendo, por el contrario, reencontrar una relación de delicado equilibrio con las restantes sedes políticas y, sobre todo, judiciales, a las cuales la misma Constitución confía, a través de las reservas de ley y de jurisdicción, la posibilidad de influir en vía ordinaria sobre el alcance concreto de los derechos.

La disciplina de las vías de acceso, como se ha comprobado, viene a diseñar el sistema de justicia constitucional y la posición del Juez de las Leyes en el sistema global de garantía de la Constitución. Y en dicho sentido, no cabe duda de que en el sistema español el recurso de amparo viene realmente a tipificar<sup>152</sup>, en vía prevalente —si no lo es además en exclusiva, y no sólo por el dato meramente cuantitativo del número de recursos—, la actividad del Tribunal Constitucional. Un Tribunal Constitucional que pierde, por esta vía, el papel preeminente de Juez de las Le-

<sup>150</sup> V. El análisis desarrollado en el capítulo precedente.

<sup>151</sup> H. L. A. HART, *The concept of law*, Clarendon Press, Oxford 1975, esp. 176.

<sup>152</sup> F. RUBIO LLORENTE y M. ARAGÓN REYES, «La jurisdicción constitucional», en *La Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid 1980, 109.

yes para convertirse, progresivamente y de hecho, en instancia suprema de tutela jurisdiccional frente a todo acto público potencialmente lesivo de derechos fundamentales, en concurrencia si no en abierto enfrentamiento con las sedes judiciales ordinarias. Por otra parte, en España todo ello surge de modo significativo, tal y como se ha visto, no sólo en el caso paradigmático en el que el objeto de tutela es el derecho de defensa, en su amplio y anteriormente reconstruido significado conforme al art. 24 CE, sino también en la tutela de los derechos fundamentales como es el caso del referido a la vida, que, por el contrario, podría haber dejado imaginar un enfrentamiento del Tribunal Constitucional con la política, con el legislador, con respecto a las no sencillas ponderaciones que han de realizarse. En Italia, el recurso directo del particular, allí donde se introdujera generaría el peligro no sólo de crear un frente de conflicto con los Jueces —que, precisamente a través del acceso incidental y los relativos ajustes, en el diálogo de las Cortes, se ha evitado, o mejor, se ha superado rápidamente—, sino de conducir también a un mayor y más peligroso enfrentamiento, no intermediado por la pantalla del Juez «*a quo*», con la política y el legislador, arrastrando en dicho caso a la «Corte costituzionale» a la propia actualidad del debate político y partidista<sup>153</sup>.

La previsión del recurso individual directo no es sólamente una vía ulterior de extensión del control de constitucionalidad. Antes bien, puede suponer el riesgo de alcanzar una dimensión tal que podría hacer problemático el equilibrio del sistema global de las garantías constitucionales, tanto dentro del órgano investido, en un sistema centralizado, de la función de control de la constitucionalidad de las Leyes, como fuera del mismo, en las relaciones con las restantes sedes de tutela de los derechos fundamentales. El acceso del particular, de hecho, partiendo de ser elemento de cierre del sistema de las garantías... «ultima ratio» para la protección de los derechos fundamentales, tiende casi inevitablemente a asumir una natural capacidad de condicionar de forma consistente el modelo de justicia cons-

<sup>153</sup> Imagínese, a título de ejemplo —aunque emblemático—, un recurso individual que afecte a la aplicación de nuevas leyes en temas delicados, como aquellos referidos al inicio y final de la vida.

titucional adoptado<sup>154</sup>, sin que se logren encontrar fácilmente correctivos adecuados, incidiendo sobre el papel institucional de la propia Corte<sup>155</sup>.

En España, en definitiva, dentro del sistema que se ha tratado de ilustrar bajo el prisma de los efectos del amparo sobre el equilibrio de conjunto del sistema, se impone la consideración del acceso incidental como clave ineludible del sistema de accesos a la justicia constitucional. El dato real de importancia ligado a la introducción del amparo en un concreto sistema de justicia constitucional no se refiere a la elevación del nivel de tutela de los derechos, sino a la extensión del control de constitucionalidad. El Juez de las Leyes es también el garante de los derechos fundamentales en un sistema de justicia constitucional fundamentado en el mecanismo incidental del acceso y que no preveía formas de acceso individual directo.

El análisis del sistema español de justicia constitucional, con respecto a la reforma introducida en 2007 y a la atención prestada por aquélla a los efectos de rediseñar en dicho sistema el recurso de amparo para reducir su uso y reequilibrar la organización de conjunto de las vías de acceso, es, en dicho sentido, iluminador. No es casualidad si en España los constitucionalistas evidencian que «el problema fundamental del Tribunal Constitucional es que, como consecuencia del excesivo número de amparos, ha descuidado su función central de ser el juez de la ley»<sup>156</sup>. Un Tribunal de amparo, según la expresión recordada, que se encuentra con grandes dificultades a la hora de cumplir las funciones típicas del Juez constitucional. De forma que resulta consecuente el auspicio de que la reforma de la jurisdicción constitucional vaya precisamente a reforzar la función esencial de todo Tribunal Constitucional: el control de constitucionalidad de las Leyes, precisamente transformando el acceso incidental, «la cuestión de inconstitucionalidad en el proceso constitucional central del siste-

<sup>154</sup> «...también por la neta prevalencia cuantitativa con respecto a las restantes competencias y vías de acceso al Juez constitucional». S. PANIZZA, «Il ricorso diretto dei singoli» e *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, cit., 81 e 116.

<sup>155</sup> M. VILLONE, «Considerazioni sul tema», in *Corte costituzionale, Giudizio «a quo» e promovimento del processo costituzionale*, cit., 55.

<sup>156</sup> L. M. DÍEZ-PICAZO, *Encuesta*, cit., 59.

ma»<sup>157</sup>. Éste es un dato, por el contrario, inequívocamente ya consolidado en Italia que, con la introducción de un recurso individual directo, se pondría en situación de riesgo.

**Resumen:**

*Este artículo analiza críticamente la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal constitucional realizada a través de la Ley Orgánica 6/2007. En concreto observa la reforma del recurso de amparo desde la perspectiva de un constitucionalista italiano. Concluye manteniendo que la introducción de un recurso de este tipo en el ordenamiento italiano desestabilizaría un modelo que tiene como centro el recurso incidental y que ha demostrado su eficacia.*

**Palabras Clave:** Constitución, Ley orgánica del Tribunal Constitucional, Reforma, Recurso de Amparo, justicia constitucional.

**Abstract:**

*This article analyzes the reform of the Organic Law of the Constitutional Court made through Organic Law 6/2007, specifically focussing on the «amparo» reform from the perspective of an italian scholar of constitutional law. It maintains that the introduction of an appeal of this type in the Italian system can upset a model that has at its center the question of unconstitutionality, an effective model.*

**Keywords:** Constitution, Organic Law of the Constitutional Court, reform, «Recurso de Amparo», constitutional justice.

<sup>157</sup> L. M. DÍEZ-PICAZO, *op. ult. loc. cit.*: «La jurisdicción constitucional debería reformarse en el sentido de reforzar esa función central, lo que, por lo demás, no debería suponer una disminución de la protección de los derechos fundamentales, pues ésta debería concentrarse en el control de la ley. En otras palabras, en la medida en que las leyes sean auténticamente respetuosas de los derechos fundamentales —y, se entiende, siempre que los tribunales ordinarios apliquen escrupulosamente esas leyes—, no debería haber muchos casos de falta de tutela de los derechos en la vía judicial y, por consiguiente, el recurso de amparo podría ser recuperar su significado subsidiario. Pues bien, esta visión del Tribunal Constitucional pasa por transformar la cuestión de inconstitucionalidad en el proceso constitucional central del sistema». Y con dicho fin, resulta crucial para el autor «reducir la discrecionalidad del juez “a quo”, agilizar la tramitación y resolución y, desde luego, dar voz a los litigantes».



## Perfiles/Noticias



## **«LAUDATIO» DE CARLOS DE CABO MARTÍN \***

**JOSÉ ASENSI SABATER \*\***

Me corresponde el honor de proclamar la «laudatio» del Profesor Carlos de Cabo Martín en el acto de su investidura como doctor «honoris causa» por la Universidad de Alicante, a propuesta, por unanimidad, de la Facultad de Derecho.

Toda «laudatio» es también, en alguna medida, un discurso sobre la amistad. Difícilmente podemos librarnos de la retórica del tiempo pasado, del tiempo compartido, en lo que tiene de balance de una vida y de su recorrido. Los grandes ejemplos de Michel de Montaigne y de Blanchot están ahí para recordarnos que tal retórica es inesquivable.

Yo querría, sin embargo, que la «laudatio» que dirijo al profesor Carlos de Cabo fuera ante todo el reconocimiento de los méritos del maestro, cuyo impulso intelectual y vital está lejos de haber concluido, y cuya producción científica se actualiza día a día.

Tal empeño encierra algunas dificultades, en la medida en que el reconocimiento a la persona está inevitablemente traspasado, en el caso del profesor Carlos de Cabo, por la implicación de su magisterio con la Teoría Política y el Derecho Constitucional, los temas centrales a los que ha dedicado gran parte de su tiempo. Trataré, pues, de hacer compatible el viejo

\* «Laudatio» pronunciada con motivo de la investidura «honoris causa» por la Universidad de Alicante, el 28 de septiembre de 2012.

\*\* Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Alicante.

concepto de «eudoxia» (que nos habla de la virtud como reputación, de la aprobación general, del consenso público) con el hecho de que la obra del profesor De Cabo es polémica, provocadora y comprometida, tanto dentro como fuera de la Academia.

La clave de esta aparente paradoja es fácil de descubrir. La ciencia y el pensamiento no avanzan inicialmente por consenso, sino mediante la crítica y la controversia, para alcanzar si acaso, en un plano superior, la general aceptación. Nos encontramos, pues, ante el intelectual que hace valer la crítica, aunque ésta no sea del gusto del poder. Y debo decir al respecto que el profesor Carlos de Cabo representa, probablemente, el exponente más eminente del pensamiento crítico en el ámbito del constitucionalismo español.

No quisiera, por otro lado, eludir otro aspecto de la cuestión. Porque si conforme a la ética griega de la «*philia*» habría que dar testimonio de una obra más bien que de una persona —pues toda obra hay que estudiarla, meditarla, y no tanto alabar a su autor— en el caso del profesor De Cabo su vida y el quehacer académico van de la mano, como corresponde a un intelectual que se compromete con lo que dice y que da testimonio de que ambas dimensiones —vida y obra— pueden ser llevadas adelante coherentemente.

La Universidad acoge hoy entre los Doctores a quienes otorga la máxima dignidad académica, no a la persona de éxito en ciertos círculos sociales, lo que a menudo se identifica con el éxito económico o mediático. Aco ge simplemente al profesor universitario, al investigador esforzado y lúcido que nos ofrece su pensamiento, sus escritos y su dedicación.

En momentos como los presentes, en que la Universidad Pública se pone en cuestión, en beneficio de la esfera de los negocios, reivindicar la figura del profesor Carlos de Cabo supone restaurar la dignidad del trabajo universitario en el cumplimiento de la misión que la sociedad ha puesto en sus manos.

Carlos de Cabo nació en Alba de Yaltes, partida de Ciudad Rodrigo, un pueblecito de la Provincia de Salamanca. Su padre, maestro nacional, fue trasladado allí mediante el procedimiento expedito de ser hallado sospechoso de desafección. Por aquél entonces, la escuela pública ocupaba un lugar marginal, apenas visible en la comunidad y se sostenía gracias al

esfuerzo de maestros formados en la República, a quienes, por cierto, no se ha rendido el homenaje que merecen. En este ambiente, Carlos de Cabo cursó el Bachiller en su condición de estudiante «libre», lo que significa que periódicamente debía examinarse en el Instituto de Salamanca.

La Universidad de Salamanca, donde Carlos de Cabo realizó sus estudios universitarios, era por aquellos años un crisol de ideas. A pesar del control político a que la Universidad estaba sometida, personas de la talla intelectual de D. Enrique Tierno Galván, de José Antón Oneca, gran penalista —que padeció años de trabajos forzados en el Valle de los Caídos— o de Joaquín Ruiz Jiménez, iban ocupando poco a poco cátedras universitarias.

Todo estudiante es hijo de su generación. En ella se forma y establece los vínculos que duran toda una vida. Aquella generación de estudiantes de Salamanca, —entre los que cabe mencionar a Elías Díaz, Pedro de Vega, Alfredo Calonge, Raúl Morodo y el propio Carlos de Cabo— encontró un terreno fértil en el magisterio de D. Enrique Tierno. Bajo su dirección, se puso en marcha el mítico «Boletín del Seminario de Derecho Político», una publicación periódica, verdadero vivero de ideas y germen de trabajos posteriores. Cuando D. Enrique Tierno fue separado de la cátedra por orden de la dictadura, fue el profesor Carlos Ollero quien se ocupó de mantener ese espíritu de debate intelectual, al que se sumaron jóvenes talentos, tales como Julián Santamaría y José Luis Cascajo, entre otros.

En este ambiente concluyó Carlos de Cabo sus estudios de doctorado, dando comienzo a su carrera académica. Desde entonces ha ocupado Cátedra en las Universidades de Santiago de Compostela, Alicante, Alcalá de Henares y, finalmente, en la Universidad Complutense de Madrid. Su estancia en la Universidad de Alicante dejó, como se pueden imaginar, una huella profunda. Quienes tuvimos la fortuna de recibir su magisterio lo podemos testimoniar y —por qué no decirlo— sentimos añoranza de aquellos años, luminosos en la memoria, en que nuestra Universidad vibraba con un impulso pionero y creador.

A mediados de los años setenta, cuando la dictadura se encaminaba a su fin, la atención de los constitucionalistas se centraba, lógicamente, en cómo resolver el Nudo Gordiano de la Transición; una tarea a la que no era ajeno el profesor De Cabo, como muestran los numerosos trabajos que publicó en aquel periodo turbulento y esperanzador. Sin embargo, sus pre-

ocupaciones iban más lejos, pues no ignoraba el hecho de que el fin de la dictadura era el comienzo del proceso que llevaba a España a integrarse en el esquema económico y político que se venía configurando en Europa.

Su primer gran libro, «La República y el Estado Liberal», publicado en 1977, sentó las bases de su método de trabajo, método que nunca abandonaría. Su objetivo no era, por supuesto, hacer un canto abstracto a la «virtud» republicana, de amplias resonancias en el pensamiento aristotélico y platónico, sino constatar —histórica y dialécticamente— que la República es la forma de Estado que más coherentemente corona el modo de producción capitalista —o si se quiere, el proceso de la Modernidad— que arranca en John Locke y que da sus últimos frutos, hoy exhaustos, con las constituciones liberales de fines del XVIII.

Su manera de tratar el fenómeno constitucional se concreta años más tarde, en 1988, cuando Carlos de Cabo publica otro de sus títulos más sobresalientes, «Teoría Histórica del Estado y del Derecho Constitucional», un estudio vasto y ambicioso, donde junto a un caudal de inestimable saber histórico, concreta el punto clave de su pensamiento, que consiste en señalar, precisamente, que el empeño por construir una Teoría de la Constitución resulta imposible, desde el momento en que la Constitución se encuentra subsumida y determinada por el Modo de Producción.

La Constitución de 1978 abrió una etapa nueva en la Historia de España y, por ende, en los estudios constitucionales. Si bien toda Constitución puede ser leída y estudiada desde varios planos —jurídico, político, ético— la Constitución de 1978 iba a desarrollarse y a explicarse en las aulas a partir de una metodología casi exclusivamente jurídica, debido tal vez a la creencia de que la institucionalidad que se deriva del Derecho era condición necesaria para lograr el fortalecimiento de la democracia.

Debo decir que el profesor Carlos de Cabo no ha desdeñado nunca el saber jurídico. Es más, él siempre ha insistido en la importancia, teórica y práctica, del manejo técnicamente coherente de las categorías jurídicas, en cuanto que reglas sobre la organización del Estado, límite del poder y garantía de los derechos fundamentales. Su dominio de esta dimensión ha quedado esclarecido en buena parte de su producción científica, de la que cabe citar el fundamental trabajo «Sobre el concepto de Ley» (2001), de gran repercusión en medios académicos.

Carlos de Cabo ha subrayado, sin embargo, que la dimensión jurídica es insuficiente, por sí sola, para la comprensión cabal de la Constitución. Él fue el primero en explorar hasta sus últimas consecuencias la sustancia de la Constitución vigente, en cuanto que inscrita en el modelo tardío de Estado Social de la Europa de aquellos años. Su libro «La Crisis del Estado Social» (1986) es, probablemente, la obra de la especialidad más citada y de mayor influencia entre las publicadas en España.

Fruto de un debate con constitucionalistas e intelectuales europeos, en el que participó en primera fila, sus análisis determinaron dos importantes conclusiones: por una parte, que la Constitución de 1978 añadía a los elementos clásicos de toda Constitución el reconocimiento explícito del conflicto Capital-Trabajo, bajo la garantía de que tal conflicto debía resolverse por procedimientos pacíficos. Por otra parte, advirtió claramente que la dinámica del Capital estaba desbordando el modelo de Estado Social, hasta el punto de provocar su crisis, arrastrando consigo tanto a las instituciones de la democracia como a los derechos de los ciudadanos. Sus tesis, minoritarias entonces, se han visto confirmadas bastantes años después, a la vista de los efectos devastadores que la Gran Recesión, que hoy padecemos, está causando en la estructura constitucional.

La temática del Derecho Constitucional ha experimentado un cambio sin precedentes en las últimas décadas. Desde la dirección del Instituto de Estudios Jurídicos Críticos de la Universidad Complutense, Carlos de Cabo ha llevado adelante un trabajo sistemático al respecto, alentando el desarrollo de grupos de investigación y espoleando el debate académico.

Entre sus preocupaciones destaca el análisis de la estructura de la Unión Europea, a la que ha dedicado especial atención en diferentes publicaciones, en colaboración con el grupo de investigadores de la Universidad de Granada que lideran los profesores Balaguer Callejón y Cámara Villar, reunidos en torno a la Revista de Derecho Constitucional Europeo, probablemente la publicación más acreditada en la materia de nuestro país.

A los ojos de un constitucionalista como Carlos de Cabo, la UE carece de una estructura constitucional. La UE se nutre de la voluntad política de los Estados, organizados en torno a un modelo de Estado Social, pero devuelve a cambio un espacio de libre mercado cuya lógica conspira para liquidar los perfiles del modelo social europeo. Tal vez estas reflexiones

resulten hoy bastante evidentes, pero no lo eran tanto en el momento en que el Profesor Carlos de Cabo analizaba en sus publicaciones la lógica de la globalización así como los antecedentes que venían allanando el camino para el establecimiento del ordoliberalismo en Europa.

Por otro lado, Carlos De Cabo ha proseguido sus investigaciones sobre el constitucionalismo en el contexto de la globalización, esta vez en colaboración con el grupo de profesores de la Universidad Pública del País Vasco, dirigidos por investigadores como García Herrera, Maestro Huelga y Javier Corcueras, entre otros.

La globalización se explica de diversas maneras. Carlos de Cabo ha insistido en lo que supone la libertad de movimiento de capitales y el poder en alza del capitalismo financiero para imponer las condiciones anárquicas de su reproducción. Como decía al principio, las promesas constitucionales de libertad, democracia y derechos sociales, están atrapadas en el tablero del poder global, una de cuyas manifestaciones más evidentes, por lo que se refiere a España, se ha concretado en la reforma del art. 135 de la Constitución, la cual ha supuesto una alteración de los valores constitucionales que se consensuaron en la Transición. Su libro «La Reforma Constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho», es por ello un ejemplo de cómo debe ser abordada esta problemática, que se desliza hacia un proceso permanente de transición del constitucionalismo.

El contexto de la globalización ha abierto espacios a nuevas temáticas y a un modo específico de abordar los problemas constitucionales. Carlos de Cabo ha intervenido en este debate, hoy en curso, con su proverbial claridad. En un momento en que el constitucionalismo ha encallado en Europa, y parece que se apagan las luces que en otro tiempo alumbraron la esperanza de un mundo mejor, Carlos de Cabo ha vuelto su mirada hacia América Latina, donde se dan pasos hacia un constitucionalismo promisorio, cuyo estudio permite ensanchar el pensamiento constitucional, proporcionando nuevos enfoques.

La globalización impone formas inéditas de explotación, pero también de dominación. Un constitucionalista no puede ignorar las transformaciones del poder —que ha emigrado del recinto del Estado, hoy demediado— en beneficio de poderes anónimos. Tampoco puede ignorar la multitud de nuevos fenómenos de opresión y de dominación que afectan a amplios sec-

tores y grupos sociales, sean trabajadores, mujeres, minorías, cuya situación concreta contrasta con lo establecido en las normas constitucionales. Ejemplos de esta preocupación son títulos luminosos tales como «Teoría Constitucional de la Solidaridad», o «Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución», en los cuales el profesor Carlos de Cabo ha trazado un camino alternativo, que conduce directamente a formular las bases de una Teoría Crítica, acorde con los problemas que se presentan hoy día.

Desde su Cátedra, el pensamiento del profesor De Cabo se ha propagado por Europa y por América Latina. Sus libros son leídos y discutidos en las aulas y en los diferentes seminarios en los que participa. Una red de constitucionalistas jóvenes se está formando teniendo como referencia su obra, y ello es, quizás, el mayor elogio que yo pueda hacer.

Porque la Universidad es, en sí misma, una red global, y a pesar de los grandes obstáculos que se levantan para tratar de someterla y domesticarla, maestros como Carlos de Cabo mantienen la llama viva de la razón.

Señoras y señores. El tiempo de que dispongo apenas me ha permitido hacer un balance del esfuerzo que hay detrás de una vida consagrada a la investigación y a la docencia.

Me gustaría dedicar estos últimos minutos a destacar lo que es un rasgo de su personalidad, algo que tiene, para mí, un significado especial.

No descubro ningún secreto si les confío que el profesor Carlos de Cabo ha huido siempre de las distinciones y de las lisonjas académicas. Si hoy está aquí con nosotros, recibiendo este gran honor, es porque una parte de su vida ha quedado vinculada a esta Universidad, que, estoy seguro, lleva en su corazón. Nunca ha cedido al oportunismo o al cinismo del demócrata que esconde su juego. Permanece en pie como ejemplo de rigor y de compromiso universitario.

Formulo finalmente un deseo: Ojalá que el reconocimiento al profesor De Cabo, al recibir su investidura como doctor «honoris causa», nos impulse a imitar la virtud que ha desplegado a lo largo de su vida, para que sirva de ejemplo a sus discípulos, a los jóvenes investigadores, e incluso a quienes debaten y porfián con él. Y, por qué no, para dar ánimos a sus amigos.

Dignísimas autoridades: considerados y expuestos todos estos hechos, solicito encarecidamente que se otorgue y confiera al señor Carlos de Cabo Martín el supremo grado de doctor «honoris causa» por la Universidad de Alicante.

**Resumen:**

Este trabajo es la «*laudatio*» con la que el profesor José Asensi Sabater presentó a Carlos De Cabo Martín en la concesión a éste por la Universidad de Alicante del título de doctor «*honoris causa*». En ella destaca el compromiso del profesor De Cabo como universitario. Y, por otro lado, recorre la trayectoria de su obra en la teoría del Estado y el Derecho constitucional, siempre centrada en el pensamiento crítico.

**Palabras Clave:** Teoría del estado, Derecho constitucional, De Cabo, honoris causa, Universidad de Alicante.

**Abstract:**

This paper is the «*laudatio*» given by professor José Asensi Sabater to introduce Carlos De Cabo Martín as «*honoris causa*» in the University of Alicante. In the «*laudatio*», the author emphasizes professor De Cabo's life as an academic. An he runs through the work of professor De Cabo, underlining his achievements in constitutional and state theory, always with a critic understanding.

**Keywords:** State theory, Constitutional law, De cabo, honoris causa, University of Alicante.

# Textos Clásicos

---



# **PROPUESTA PARA UN CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO \***

**CARLOS DE CABO MARTÍN \*\***

Sin duda concurren en este acto y, probablemente, en este nombramiento, elementos que van más allá del estricto reconocimiento de unos méritos individuales siempre cuestionables. Están bien explícitos en la Laudatio que hemos escuchado, en la que a la singularidad y satisfacción de que la haya pronunciado un discípulo, se une la circunstancia de que sea un discípulo del estilo personal e intelectual y con la implicación afectiva que han quedado de manifiesto. Pero también, aunque más implícitos e institucionales, son reconocibles en la forma en que han participado en este proceso de nombramiento los componentes del Área de Derecho Constitucional, del Departamento de Estudios Jurídicos y del Estado, de la Junta de Facultad de la Facultad de Derecho y del Consejo de Gobierno. Por eso, expresar mi agradecimiento no es una respuesta cortés sino consciente y vivamente sentida.

Otro de esos elementos es el colectivo, en cuanto formo parte de un grupo bien significativo de constitucionalistas que tienen mucho que ver

\* Este texto es el Discurso pronunciado por el Profesor Carlos de Cabo Martín el 28 de septiembre de 2012 con ocasión de su investidura como Doctor Honoris Causa de la Universidad de Alicante.

\*\* Catedrático Emérito de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid.

con lo que somos y hacemos cada uno y que, por tanto, están causal y activamente presentes.

I. Recibo este Doctorado Honoris Causa con la especial valoración y aprecio de quien ha hecho del marco universitario su ámbito material e ideal de vida y de esta Universidad de Alicante un lugar preferente de su realización. Porque esto es lo que puedo ofrecer en correspondencia: mi dedicación y vinculación ininterrumpida a esta universidad desde el momento de su creación en el que, tras la hermosa metáfora que podía desprenderse de la transformación de un campo militar en un campus universitario, aparecían precariedades e incertidumbres, abordadas con admirable espíritu y competencia por un grupo esforzado de compañeros al que con afecto y nostalgia quiero recordar ahora.

Pero esa vinculación continuada a la Universidad de Alicante, a la que antes aludía, solo ha sido posible por la confluencia afortunada, de una parte, de un Área de Derecho Constitucional a la que el Profesor Asensi y sus colaboradores hicieron permanentemente incitadora e impulsora de iniciativas y sugerencias hasta convertirla en una referencia del Derecho Constitucional y, de otra, unos estudiantes, también permanente y sucesivamente receptivos, disponibles y participativos en distintos espacios con frecuencia situados al margen de las exigencias académicas. A ellos, a tantos con los que he compartido esos espacios los tendré siempre muy intensamente presentes, a la vez que me permito señalar la obviedad de su centralidad, de la centralidad de los estudiantes, en todas las formas, ámbitos y problemática de la Universidad, incluidas como indispensables su crítica y protesta como las que acabamos de escuchar.

Fue también en ese medio, pese a todo, estimulante y creativo, donde se consolidó una perspectiva y producción intelectual en base a un supuesto que —restando pretenciosidad a la expresión— cabe llamar ético-epistemológico y puede formularse así: el conocimiento científico solo alcanza verdadero sentido si aparece vinculado a proyectos emancipatorios, de liberación social . Se plantea, pues, la cuestión acerca de la capacidad emancipatoria del Derecho (y la específica potencialidad del Derecho Constitucional) y, en consecuencia, del método adecuado para configurar la Ciencia del Derecho (y la del Derecho Constitucional) como ciencia activa, en contraposición a las ciencias contemplativas (en cuanto meramente expli-

cativas) como pueden ser las de la Naturaleza. De ahí que ese método se cargue de complejidad, derivada de la inclusión tanto de los elementos internos al Derecho (su comprensión técnica) como externos al mismo (en cuanto proceso —histórico— y en cuanto relación con las demás partes del todo real en el que se sitúa), lo que se posibilitaba a través de una aproximación reelaborada al concepto de Modo de Producción. Desde estos supuestos se abordaron diferentes temáticas que antes se han mencionado, entre las que adquirieron especial relieve, como también se ha dicho, las que se articulaban en torno al Constitucionalismo del Estado Social que requería ese tratamiento metodológico y a la vez mostraba las capacidades de un Derecho intervencionista. Porque aunque la Constitución española de 1978 surge ya en una etapa del Estado Social debilitado por la crisis económica de 1973 y la dinámica posterior acentuó su deterioro, al menos, contenía formalmente elementos del mismo (de la contradicción, constitucionalizada, Capital-Trabajo) que posibilitaba un Derecho Constitucional, un Constitucionalismo, no neutral sino beligerante, en cuanto la Normatividad y Supremacía, también formalmente indiscutidas, legitimaban ese embate a la realidad desde la Constitución.

Pero esa realidad ha cambiado radicalmente y, si la realidad cambia, los instrumentos para dar cuenta de ella deben hacerlo también. Ése es el camino, el progreso de la Ciencia. Es bien conocido que uno de los problemas del conocimiento es la distancia siempre existente entre el sujeto que trata de conocer y el objeto que trata de ser conocido y que el objeto es siempre más complejo que los conceptos mejor elaborados. El problema se acentúa cuando el objeto es, en sí mismo, cambiante y, aún más, cuando el cambio es tan repentino y profundo que aquella distancia parece insalvable, que el equipo intelectual con el que se aborda su conocimiento ha quedado, parece, definitivamente anticuado. Es el momento en que se pone a prueba la Razón, como ha sucedido en la Historia de Europa al plantearse —a veces dramáticamente— la alternativa Racionalismo-Irracionalismo.

La situación actual empieza a ser describible en esos términos. Ocurre así, para referirme a ámbitos más concretos y próximos, que no solo es que la realidad socioeconómica haya experimentado una transformación tal que ha arrastrado a los más diversos sectores apuntándose a cambios

globales en el modelo de sociedad, sino que, en relación con lo que es ahora la consideración más inmediata, ha violentado aquel reducto que justificaba la atención al Constitucionalismo del Estado Social: la vigencia formal de esa Constitución del Estado Social. La última Reforma de la Constitución española significa exactamente eso: la destrucción del Estado Social también en la Constitución y como la Constitución tenía ese elemento como definitorio, central, articulador, no hay Reforma sino ruptura, quebrantamiento, destrucción de la Constitución del Estado Social. Se trata de un ilegítimo aunque real proceso desconstituyente-constituyente a través del poder formal de Reforma como vehículo de un Poder Constituyente material ajeno al Soberano constitucional y procedente del exterior, de fuera de su ámbito de vigencia territorial, en una desvirtuación de la estructura y conceptos constitucionales básicos. Es esa Reforma de la Constitución la que ha posibilitado en el nivel subconstitucional, las medidas destructoras de la base real del Estado Social que, a su vez, se ha hecho violentando de nuevo el orden jurídico y democrático, comprobándose las tesis de que la crisis del Estado Social conlleva la del Estado Democrático y la del Estado de Derecho y de que los reales enemigos de la Constitución no están «extra» o «anti» sino intrasistema.

Ante esta situación de cambio real y finalmente también formal, el jurista, el constitucionalista, no puede seguir con los mismos esquemas porque hacen referencia a lo que no existe. Se incurría en un Platonismo Constitucional al tomar como realidad, sombras, reflejos. Se imponen, por tanto, planteamientos para mostrar si otro Constitucionalismo es posible. Es lo que se intenta a través de la propuesta de un Constitucionalismo crítico.

II. Como no se trata de críticas concretas, sino de un estatuto teórico consistente, se propone partir de las bases que pueden encontrarse, primero, de manera general, en el Pensamiento Crítico, después, de manera más concreta y próxima en el Pensamiento Crítico-jurídico, para, desde ellas, abordar la configuración de un Pensamiento Crítico Jurídico-Constitucional.

Respecto del Pensamiento Crítico y, si, a partir de lo que se entiende por Crítica en la Modernidad (Kant y la reelaboración de Foucault), se tienen en cuenta sus manifestaciones más destacadas (el pensamiento científico —frente al dogmático, las diversas formas del pensamiento dialéctico— significativamente la Teoría Crítica y su relación con el utópico, así

como sus transformaciones en el postmodernismo), cabe definirlo por estas notas:

- 1.º) Debe considerarse, fundamentalmente, como el pensamiento del conflicto, en cuanto lo expresa, lo delata e interviene introduciéndose en él y tomando partido.
- 2.º) Su desarrollo implica destruir las falsas conciencias, las apariencias y contribuir a la autoconciencia de una sociedad, de sus luchas, de sus esperanzas.
- 3.º) Ha operado como desbloqueo de la Razón, en el sentido de permitir el despliegue de sus posibilidades cognitivas y comunicativas para situar al hombre, al Sujeto en la Historia y, potencialmente, adueñarse de ella.

Respecto del Pensamiento Crítico-Jurídico, se parte de los mismos supuestos y se tienen en cuenta también sus manifestaciones más destacadas, tanto desde la Teorización general sobre el Derecho (como la Teoría crítica del Derecho o la Teoría del Discurso), como de su aplicación (el Uso Alternativo o los Estudios jurídicos críticos). Mención especial requiere la aportación del Feminismo jurídico, fundamental en la materia, en cuanto sin ella la perspectiva crítica quedaría afectada, grave e ideológicamente, de parcialidad. Se entiende aquí como construcción objetiva, científica, como trasunto al ámbito del Derecho del Feminismo, considerado, a su vez, como Teoría Crítica de la sociedad y que implica un amplio programa de revisión del Derecho en cuanto configuración históricamente androcentrista y, por tanto, de sus categorías centrales empezando por la fundamental de sujeto de Derecho, modelo de cómo su plenitud solo ha sido masculina. A partir de todo ello cabe definir este Pensamiento Crítico Jurídico por aquellas notas del Pensamiento Crítico, con su especificidad propia. Así:

- 1.º) Se ha manifestado como Derecho del conflicto, en cuanto que clara y directamente se ha presentado como Derecho de parte.
- 2.º) Se ha configurado como autoconciencia social, con un especial significado en cuanto el Derecho convencional y dominante es precisamente un factor fundamental de opacidad y legitimidad social.
- 3.º) Ha operado como desbloqueo de la Razón jurídica —tantas veces presa en el Positivismo jurídico— creando las condiciones para el cambio real y axiológico.

III. Para, en base a lo anterior, plantear un Pensamiento Crítico Jurídico-Constitucional se parte de una hipótesis material que con la sencillez y rotundidad del hecho que expresa cabe formular así: el capitalismo actual, tanto por sus formas internas de desarrollo (financiación y cognitiva) como por circunstancias externas al mismo (su carencia de enemigos de una parte y su exculpación ideológica y moral, de otra) ha generado una capacidad expansiva sin límites, de forma que su lógica, la lógica del Capital, ha invadido ámbitos mucho más allá de los estrictamente económicos, de manera que hoy no solo existe el capitalismo económico sino el social, cultural, científico y, naturalmente, jurídico y jurídico-constitucional. Lo invade todo porque lo necesita todo. Está en su dinámica, incluidas hasta las dificultades que genera. Pero, además de invadirlo todo, lo sobredetermina todo, se apodera de esos ámbitos, de sus elementos materiales pero también de sus conceptos y categorías y los convierte en medios para su producción y reproducción. Está muy cerca de conseguir que las sociedades humanas funcionen con arreglo a una Ley única y universal: que toda acción humana se produzca y explique en base a la relación coste-beneficio.

Por eso, ante este Pantocapitalismo, se entiende hoy que no cabe una postura crítica en cualquier ámbito del conocimiento sin establecer previamente una posición ante el capitalismo.

De esa hipótesis se deducen de manera inmediata y natural las exigencias de un Constitucionalismo crítico, que no es otra cosa que el que corresponde a esa realidad:

- 1) Una primera exigencia de este Constitucionalismo crítico es su Re-politización, o, más sencillamente, la Politización del Derecho Constitucional y, en consecuencia, su configuración como Constitucionalismo o Derecho del conflicto. Porque cuando se establecía en la hipótesis anterior que el Capitalismo ha invadido y ha subsumido los más diferentes ámbitos, quiere decirse que los ha conflictualizado, en cuanto al hacerlos parte, los ha introducido en el conflicto, es decir, los ha politizado. Precisamente, cuando en los momentos actuales se impone como un dogma la Razón técnica como vía exclusiva para superar la problemática económica, lo que subyace y en realidad sucede es lo contrario. La consideración, pues, del

Constitucionalismo desde la perspectiva del conflicto no es una opción sino una exigencia de la realidad.

Esta propuesta, además, muestra su naturalidad no solo por esa conexión inmediata con la realidad, sino porque se inserta en la naturaleza de la Constitución, que ha tenido como especificidad fundamental la de ser la norma que albergaba el conflicto (el Constitucionalismo del Estado Social es su expresión más clara) lo que revelaba la discutibilidad de la categoría de Ordenamiento jurídico basada en su coherencia interna y mostraba sus elementos ideológicos. Y también porque devuelve al Derecho Constitucional su carácter de Ciencia de la Cultura, es decir —desde el entendimiento de la Cultura como inserción de los fines en la Naturaleza y en la Sociedad—, de Fines, lo que vincula a este Constitucionalismo Crítico con el concepto de Utopía (propio, como antes se vio, del Pensamiento Crítico) si bien no en el sentido estático de meta o lugar de llegada ni en el ideal o fuera de lo real, sino —en la línea de su concepción más elaborada de Manheim a Bloch— en el dinámico de marcha más o menos continuada y en el material de potencialidad de la realidad presente.

Por consiguiente, configurar al Constitucionalismo crítico como Constitucionalismo del conflicto, en cuanto es real, deshace la apariencia y contribuye a destruir la falsa conciencia y al desbloqueo de la Razón, de las que antes se hablaba como notas características del Pensamiento Crítico y Crítico-Jurídico.

- 2) Una segunda exigencia del Constitucionalismo crítico es la recuperación y reconstrucción de las categorías constitucionales. También deriva de manera inmediata de la hipótesis de partida. Se decía en ella que el Capitalismo, su lógica, además de invadir los más diversos ámbitos, se apropiaba de los mismos y los convertía en medios para su producción y reproducción. Eso implica la colonización también de los más diversos conceptos y categorías (y, por tanto, de las constitucionales) su deformación y adaptación funcional. En el ámbito constitucional se ha llegado a la alienación constitucional en el sentido más propio y literal: utilizar una categoría o institución en el sentido contrario, ajeno al que le corresponde, como se verá después.

Se trata de una lucha por el Derecho, en este caso por el Derecho Constitucional, que tiene lugar en el interior del mismo, de sus categorías, aunque también las trasciende ya que si se parte —como aquí se hace— de que esas categorías se relacionan con el conflicto, es decir, tienen una base material, su crítica se vincula inmediatamente a esa base material (socio-económica) porque debe entenderse que el objetivo primero del Constitucionalismo crítico no es tanto hacer la crítica al Constitucionalismo convencional sino hacer del Constitucionalismo un elemento crítico de la realidad, de acuerdo con el carácter no contemplativo sino intervencionista del Derecho al que antes se aludió.

Como ese efecto invasivo de apropiación y colonización de categorías (que forma parte de la desconstitucionalización citada) es muy general, también tiene que serlo el proceso de su recuperación.

Solo indicativamente se señalan aquí algunos aspectos y criterios del mismo.

Sobre la desvirtuación sufrida por los conceptos básicos de Poder Constituyente, Constitución y Reforma Constitucional se ha dicho ya lo suficiente como para considerarlos objetivos primeros e ineludibles.

En el ámbito de los Derechos hay que despojarlos del carácter estrictamente individualista y antiestatalista, que, al convertirlos en principios, han servido para extender ese carácter a todo el sistema constitucional y potenciar y legitimar el progresivo aumento de las diferencias y desigualdades. Frente a ello se propone justamente lo contrario: partir de los Principios (constitucionales) para fijar los Derechos, a la vez que pueden introducirse elementos de objetivación (sobre todo en materia de Derechos sociales) y de construcción de la categoría de sujeto colectivo, como mecanismos de fortalecimiento de los sujetos débiles.

Es, por otra parte, una urgencia histórica abrir vías nuevas a la Democracia Constitucional. Pocos conceptos con tantas posibilidades han sufrido un mayor proceso de empobrecimiento, no ciertamente gratuito sino prueba de la incompatibilidad progresiva (es decir, a medida que la democracia avanza) entre Capitalismo y Democra-

cia. Es otra de las manifestaciones del conflicto que es ineludible para el Constitucionalismo crítico.

A la incapacidad e indisponibilidad del sistema para admitir espacios alternativos a la Democracia Representativa como Democracia de Mercado, se aludirá después.

Algo semejante puede decirse sobre la categoría central de Pluralismo, debiéndose añadir que es otro supuesto paradigmático de alienación constitucional ya que ha servido para limitar el Pluralismo, crear la categoría de antisistema (ajena al concepto de Constitución) y criminalizar el conflicto cuando sea irresoluble en el ámbito pre-fijado.

Y para cumplir la función, a la que se aludirá enseguida, reconstruir el Trabajo como categoría constitucional central.

- 3) Una tercera exigencia del Constitucionalismo Crítico, deriva, también directamente, de la hipótesis de partida. Si, como en ella se decía, el Capital y su lógica habían invadido todos los sectores sociales, quiere decirse que también se ha extendido la posibilidad de respuesta, de conflicto, a todos ellos. Por consiguiente, potencialmente, esta forma de dominación es mucho más extensivamente conflictiva que la tradicional dominación de clase. Con una singularidad: la multiplicidad, la fragmentación del conflicto, percibible actualmente y que comienza a traducirse en fragmentación política. La Dialéctica histórica cobra otras peculiaridades: frente a la bipolaridad la multipolaridad, frente al macroconflicto, los microconflictos sectoriales y locales. En otros términos, el Sujeto histórico, de unitario y homogéneo (la clase trabajadora) deviene plural y heterogéneo.

En estas circunstancias la función a desempeñar por un Constitucionalismo Crítico es contribuir a reconstruir esa fragmentación, no tanto para reconvertirla en unitaria sino para (respetando y reconociendo las diferentes identidades) facilitar procesos de convergencia entre las distintas dinámicas y problemáticas sociales. Para ello cabe utilizar diferentes técnicas constitucionales (como la de conexión constitucional en relación con aspectos como la indivisibilidad de los Derechos), pero puede también potenciarse a través de

categorías que, al desempeñar una centralidad constitucional, impliquen también esa convergencia. Entre ellas, el Trabajo —en sus diferentes formas de abstracto y concreto— puede configurarse desde la Constitución como articulador social y ciudadano y el constitucionalista utilizarlo como elemento reordenador de todo el contenido constitucional.

La base objetiva para desarrollar este proceso de convergencia, es, de una parte, que salvo alguna excepción (como la de género o nacional) las desigualdades y diferencias, fuente de los conflictos, tienen una causa común (en este sentido el Capitalismo es el mayor unificador) y de otra, que el Trabajo es la contradicción no superable y, a la vez, solo a su través se puede plantear una alternativa social global, superadora de parcialidades.

El desarrollo de ese proceso de convergencia implica también hacer de la Constitución el lugar que le corresponde de defensa de lo Público y del Derecho Público, lo colectivo y lo común (aquellos que comparten lo fragmentario y diverso) frente a la actual invasión de lo Privado que lleva no solo a la privatización de lo Público sino a la conversión (falseada) de lo Privado en Público, en el sentido de que los sectores más representativos de lo Privado (Empresa, Banca, Mercados) han adquirido la legitimación y consideración de que gozaba solo lo Público.

- 4) Una cuarta exigencia deriva de que, también según la hipótesis de partida, la posibilidad de conflicto alcanza a sectores distintos de los habituales y previstos. Y, al producirse buena parte de esos conflictos en ámbitos nuevos tienen caracteres nuevos y, en consecuencia, exceden del ámbito político y constitucional que muestra hacia ellos hermetismo o rechazo. Ante esa situación, las comunidades o grupos afectados —configurados como movimientos sociales— no solo no plantean sus reivindicaciones dentro del sistema, ni siquiera contra el sistema (aunque desde el interior del mismo se los considere así, antisistema) sino extrasistema. Por eso la categoría (aunque suscite alguna reticencia) que cabe utilizar es la de Éxodo, en cuanto salida colectiva e itinerante, pero en el sentido de que no se busca una llegada sino una dinámica, lo que la integra en el antes

definido concepto de Utopía. Aparecen así espacios estrictamente exóticos, extrasistema, con maneras diferentes de participación y organización, tendencialmente desmercantilizados y estructuralmente solidarios, con formas de trabajo concreto fuera de la Ley del valor.

El Constitucionalismo crítico en cuanto Constitucionalismo de este presente en transformación, debe proponer una Constitución inclusiva, en la que no existan espacios extrasistema, sino mecanismos de apertura constitucional que los reconozcan y garanticen en un entendimiento distinto del pluralismo sociopolítico y jurídico, admitiendo otras formas de Derecho y sus Fuentes, incluidas las colectivas (B. de Sousa habla de «Dereito achado na rua») y un replanteamiento de conceptos como el de Ordenamiento jurídico complejo y de la relación entre Ordenamientos. Se trata de que desaparezca esa función deformada que se le ha asignado a la Constitución de convertirse en cerrojo del sistema y, por el contrario, liberar, desbloquear la Razón constitucional, según los presupuestos antes asignados al pensamiento crítico.

Esta propuesta está en el entendimiento más clásico de las Constituciones como Norma dinámica e inclusiva. Y tampoco es una novedad radical en el Constitucionalismo comparado. Porque si bien puede considerarse así en el Constitucionalismo del Norte, el Constitucionalismo del Sur, el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, presenta en sus Constituciones, con peculiaridades diferentes, formas de apertura y participación de tal significado que han servido para definirlo como Constitucionalismo de Transición, no en el sentido estrictamente temporal, sino a otra sociedad.

- 5) Una quinta exigencia se deduce también de que la hipótesis de partida sobre la que se ha fundamentado un Constitucionalismo crítico es igualmente aplicable más allá del Estado Constitucional. Incluso es ahí, en el ámbito supraestatal, donde esa lógica del Capital aparece más clara, más libre, más invasiva y colonizadora. Por eso los supuestos del Constitucionalismo crítico son también aplicables al espacio Europeo y Global. Al Europeo, ante el también real proceso de destrucción de la incipiente constitucionalización, en

sintonía con la operada en los Estados. Al Global, ante la desformalización y privatización jurídica que implica (con fuerte influencia en el Derecho interno) y la mercantilización sin límites que incluye ya a la Naturaleza en todos sus aspectos como se aprecia en el contenido de ese nombre engañoso que es la Economía Verde .Por tanto, si la hipótesis es aplicable a esos ámbitos —Estatal, Europeo, Globalizado—, quiere decirse que, en su análisis, no pueden separarse y, en consecuencia, se potencia el papel de los métodos holísticos y complejos, por lo que adquiere nuevas virtualidades y vigencia, aquel método de partida basado —se decía— en la reelaboración del concepto de Modo de Producción.

IV. Si lo que hasta aquí se ha dicho tiene fundamento, si la realidad ha cambiado en la forma señalada de manera que las categorías utilizadas hasta ahora ya no sirven y la desconstitucionalización (española y europea) se ha producido, la única respuesta desde la perspectiva que aquí se mantiene, es la de iniciar un Proceso Constituyente (probablemente ya inscrito en la dinámica real) que seguramente será distinto (más inclusivo y complejo) que los anteriores, que destruya las opacidades y falsas legitimaciones del Derecho actual y desbloquee la Razón constitucional a través de formas —como las precitadas— que contribuyan a dinámicas de recomposición y liberación social. De ahí que la atención a ese nuevo Poder Constituyente que surge del también nuevo tipo de conflictos antes señalados, sea un objetivo primordial del Constitucionalismo crítico.

Y en el espacio global abre alguna posibilidad la especificidad del conflicto a ese nivel, pues la Globalización, a la vez que estrategia de la acumulación (que es sin duda el aspecto dominante), ha desarrollado como nunca una especie de conciencia planetaria, de destino común, que puede permitir sacar todas las consecuencias jurídicas implícitas en esa matriz conceptual sin desarrollar o con un desarrollo muy convencional, pero indiscutida, como es la de Patrimonio Común de la Humanidad y abrir un camino real al viejo sueño del *Ius Humanitatis*.

V. Por último debe plantearse la cuestión de las condiciones de posibilidad de este Constitucionalismo crítico, que alude a las condiciones materiales de su producción. Y como las condiciones materiales de producción de las tendencias dominantes del Constitucionalismo actual (el fordismo constitucional) son la Academia y el Mercado, la primera condi-

ción de posibilidad del Constitucionalismo crítico es eludirlas a través de un instrumental correspondiente: el medio de expresión adecuado (en la Ilustración comienza en Europa este tipo de exigencia y respuesta cultural al vincularse la divulgación al Ensayo) y un lenguaje cooperativo, buscando ser más escuela que vanguardia, no tanto como pedagogía sino como teoría y práctica social.

Y aunque caben otros lugares de producción, debe reivindicarse el de la Universidad. Otra realidad y otra categoría que también ha sido invadida y que, por ello, tiene que ser recuperada. Pero es en la recuperación de esa Universidad en la que se sitúan estas reflexiones, ésa ha sido mi labor en la Universidad de Alicante y es por eso por lo que me ha parecido inexcusable y, desde luego coherente (no solo personalmente sino con la actual coyuntura) darle este contenido y este sentido a este Discurso.

**Resumen:**

*Discurso del Profesor Carlos de Cabo Martín, con ocasión de su investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Alicante. En él se reconsideran la esencia, la función y las categorías básicas del Derecho constitucional y se articula una propuesta de constitucionalismo crítico como perspectiva desde la que alcanzar la democracia y el proyecto emancipatorio que le es propio.*

**Palabras Clave:** Derecho constitucional, pensamiento crítico, democracia.

**Abstract:**

*This is the lecture of Carlos de Cabo Martín, during his investiture as Doctor Honoris Causa by the University of Alicante in which he rethinks about the essence, function and basic categories of constitutional law and constitutionalism and articulates a critical perspective for reconstructing democracy and his emancipatory project.*

**Keywords:** Constitutional law, critical perspective, democracy.



# Jurisprudencia



**EL MATRIMONIO: ¿GARANTÍA INSTITUCIONAL O ESFERA VITAL?  
A PROPÓSITO DE LA STC 198/2012, DE 6 DE NOVIEMBRE,  
SOBRE EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO  
Y LA JURISPRUDENCIA COMPARADA**

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA \*

**SUMARIO:**

1. APROXIMACIÓN: EL CONTEXTO NORMATIVO DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO
2. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN LA JURISPRUDENCIA COMPARADA Y SU CONEXIÓN CON LA STC 198/2012
3. EL MATRIMONIO: ¿GARANTÍA INSTITUCIONAL O ESFERA VITAL?

**1. APROXIMACIÓN: EL CONTEXTO NORMATIVO DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO**

Como es bien conocido, y después de 7 años de espera, el Tribunal Constitucional español resolvió en su Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012<sup>1</sup>, que la reforma del Código Civil de 2 de julio de 2005 —en esencia, que «el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo»— es conforme a la Constitución española (CE). Es la respuesta al recurso presentado

\* Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Oviedo. Acreditado como Catedrático.

Correo: [presnolinera@gmail.com](mailto:presnolinera@gmail.com); Blog: <http://presnolinera.wordpress.com>

Página Web: <http://presnolinera.wix.com/presnolinera>

<sup>1</sup> <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion>Show/23106> (consultada el 18 de febrero de 2013).

por 61 Diputados del Grupo Popular que consideraban la reforma contraria al art. 32 de la Constitución —«El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos»—. La STC 198/2012 fue aprobada con el voto favorable de siete magistrados y se emitieron un voto particular concurrente y tres votos particulares discrepantes.

Los Diputados recurrentes alegaron, entre otros motivos, que la reforma del Código Civil vulneraba el carácter básico de la institución del matrimonio y era, en realidad, una reforma encubierta de la Constitución.

A esta última objeción el Tribunal Constitucional (TC) responde en primer lugar y concluye que

«no es posible hablar de alteración de la Constitución en el sentido de modificación de su contenido normativo puesto que cualquier contradicción entre un enunciado legal y otro constitucional se salda con la declaración de inconstitucionalidad del primero».

En segundo lugar, ante el argumento de que la equiparación de derechos entre parejas del mismo sexo y parejas de distinto sexo sería contraria al principio de igualdad, puesto que no tendría en cuenta que el matrimonio y las parejas del mismo sexo son realidades distintas que deben ser tratadas de un modo diferente, el TC sostiene que el principio de igualdad no puede fundamentar un reproche de discriminación por indiferenciación, por lo que no resulta posible censurar la Ley desde la perspectiva del principio de igualdad por abrir la institución matrimonial a una realidad —las parejas del mismo sexo— que presenta características específicas respecto de las parejas heterosexuales.

Tampoco la reforma legal es contraria a la protección constitucional de la familia, pues la Norma Fundamental no hace depender el concepto constitucional de familia a la que tiene su origen en el matrimonio ni la limita a las relaciones con descendencia.

La parte más extensa de la fundamentación jurídica se dedica a analizar si la Ley 13/2005 vulnera el art. 32 CE en su doble contenido de garantía institucional y derecho constitucional pero antes de detenernos en

esta cuestión conviene recordar lo que han dicho en la materia otros tribunales constitucionales u órganos judiciales que tienen atribuida la función del control de constitucionalidad.

No obstante, y para cerrar esta primera aproximación, no puede dejar de mencionarse la inexplicable demora en la resolución de este asunto. Es cierto que el recurso de inconstitucionalidad no impidió que se aplicase la Ley 13/2005 y la consiguiente celebración, como recuerda la propia STC 198/2012 (FJ 9), hasta diciembre del año 2011, de 22.124 matrimonios entre personas del mismo sexo, pero ninguna circunstancia técnica, organizativa o de funcionamiento del Tribunal ni, mucho menos, política o social, puede justificar el transcurso de más de 7 años entre el momento de la interposición del recurso y la respuesta definitiva al mismo.

Al margen de este caso concreto, quizá no estaría de más que el Alto Tribunal estableciera algún criterio para priorizar la resolución de los asuntos pendientes, como pudiera ser el número de personas afectadas por la sentencia, la repercusión social y económica de la misma, la probabilidad —al menos después de una primera aproximación al caso— de que la norma cuestionada vaya a ser declarada inconstitucional...

## **2. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN LA JURISPRUDENCIA COMPARADA Y SU CONEXIÓN CON LA STC 198/2012**

Como es obvio, también en esta materia debe buscarse la interpretación constitucionalmente adecuada en cada ordenamiento y, por ese motivo, las respuestas de los Tribunales Constitucionales o Tribunales con funciones de control de constitucionalidad han variado. Estas resoluciones también son relevantes en la medida que alguna de ellas ha sido mencionada de manera expresa por el Tribunal Constitucional español en su STC 198/2002.

En Canadá, a lo largo del año 2003 diversos Tribunales provinciales concluyeron que la exigencia de diversidad de sexos para contraer matrimonio era discriminatoria y, por tanto, inconstitucional. Para evitar situa-

ciones distintas en unas y otras provincias, el Gobierno federal solicitó una resolución al Tribunal Supremo federal, que la emitió el 9 de diciembre de 2004<sup>2</sup>, declarando que una eventual reforma legal que admitiese el matrimonio entre personas del mismo sexo no sería contraria a la «Charter of Rights», si bien tendría que garantizar el derecho a la objeción de conciencia de los funcionarios públicos llamados a participar en la celebración del matrimonio. Poco después se aprobó la Ley federal de 20 de julio de 2005, que regula el matrimonio entre personas homosexuales con los mismos derechos y deberes que el de las heterosexuales.

Esta resolución del Tribunal Supremo canadiense ha sido tenida en cuenta por el Tribunal Constitucional español, que la menciona de forma expresa y acoge su figura metafórica de la Constitución como un «árbol vivo», que, en palabras del Tribunal Supremo de Canadá:

«by way of progressive interpretation, accommodates and addresses the realities of modern life... A large and liberal, or progressive, interpretation ensures the continued relevance and, indeed, legitimacy of Canada's constituting document. By way of progressive interpretation our Constitution succeeds in its ambitious enterprise, that of structuring the exercise of power by the organs of the state in times vastly different from those in which it was crafted».

En esa línea, dice el TC español (FJ 9) que:

«se hace necesario partir de un presupuesto inicial, basado en la idea, expuesta como hemos visto por el Abogado del Estado en sus alegaciones, de que la Constitución es un «árbol vivo», —en expresión de la sentencia Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada de 1930 retomada por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia de 9 de diciembre de 2004 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo— que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a su-

<sup>2</sup> <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/2004/2004scc79/2004scc79.pdf> (con versiones en inglés y francés, consultada el 18 de febrero de 2013).

puestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta».

Sin embargo, hay que recordar que el Tribunal Supremo canadiense acude a esa interpretación «progresista» para analizar una Ley Constitucional con 137 años de antigüedad —es de 1867— mientras que el Tribunal español está analizando el significado de una norma constitucional con 34 años de vida.

En segundo lugar, y como ya se ha apuntado, habrá que extraer en cada caso la interpretación constitucionalmente adecuada que derive de la concreta Norma Fundamental ante la que nos encontramos y es, cuando menos, muy discutible que de la Constitución española se deduzca una

«lectura evolutiva..., que se proyecta en especial a la categoría de la garantía institucional, [y] nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla y que ya ha sido evocada en nuestra jurisprudencia previa (SSTC 17/1985, de 9 de febrero, FJ 4; 89/1993, de 12 de marzo, FJ 3; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 3; 29/1995, de 6 de febrero, FJ 3; y 298/2000, de 11 de diciembre, FJ 11)».

Y es que una cosa es la interpretación de una norma legal —la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la que se refiere la STC 17/1985, mencionando eso sí el principio de efectividad del derecho fundamental afectado; el Código Penal, analizado en la STC 89/1993, o la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, de la que se trata en la STC 341/1993— y otra la interpretación de la propia Constitución. Por otra parte, la mención a la cultura jurídica española que se hace en las SSTC 29/1995 y 298/2000 no se asemeja ni en el contexto ni en la argumentación a lo que hace el Tribunal en la sentencia que comentamos.

A diferencia de lo que sucede con la resolución del Tribunal Supremo de Canadá, no se menciona en la STC 198/2012 lo acaecido en Sudáfrica, donde el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo partió precisamente de su Tribunal Supremo, que en su sentencia de 1 de diciembre de 2005 (*Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Another*)<sup>3</sup> declaró que el concepto de matrimonio presente en el «Common Law» y en la «Marriage Act» eran incompatibles con los arts. 9 y 10 de la Constitución (derecho a la igualdad y a la dignidad, respectivamente) pues no permitían que las parejas del mismo sexo disfrutases del estatus, derechos y obligaciones concedidos a las parejas heterosexuales.

El Tribunal Supremo concedió un plazo de un año al Parlamento para igualar las situaciones, lo que culminó con la aprobación de la «Civil Union Act» el 14 de noviembre de 2006.

Cabe recordar que, al igual que en Canadá, también el Tribunal Supremo de Sudáfrica se siente vinculado por una interpretación que «adapte» la normativa infraconstitucional a los derechos fundamentales:

«The Bill of Rights provides that when applying a provision of the Bill of Rights to a natural or juristic person a court, in order to give effect to a right in the Bill, «must apply, or if necessary develop, the common law to the extent that legislation does not give effect to that right» though it may develop the rules of the common law to limit the right in accordance with the limitations provision in section 36(1). It also provides that when developing the common law the Court must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights. Taken together, these provisions create an imperative normative setting that obliges courts to develop the common law in accordance with the spirit, purport and objects of the Bill of Rights. Doing so is not a choice. Where the common law is deficient, the courts are under a general obligation to develop it appropriately».

En segundo lugar, es cierto que la propia Constitución de Sudáfrica prevé de manera expresa la orientación sexual como una de las circunstan-

<sup>3</sup> <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2005/19.html> (consultada el 18 de febrero de 2013).

cias que no pueden justificar un trato discriminatorio<sup>4</sup>, pero, como también es conocido, el Tribunal Constitucional español declaró en la STC 41/2006, de 13 de febrero<sup>5</sup>, que la orientación homosexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 de la Constitución como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es una circunstancia incluida en la cláusula «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación.

Llama la atención que en la STC 198/2012 no se apele a la dignidad reconocida en la Constitución más que al final de la sentencia (FJ 11), admitiendo que con el matrimonio entre personas del mismo sexo «se da un paso en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que han de orientarse a la plena efectividad de los derechos fundamentales».

Tampoco se menciona en la STC 198/2012 la resolución del Tribunal Constitucional portugués, que, en un control preventivo de 11 de abril de 2010<sup>6</sup>, consideró infundadas las dudas de constitucionalidad sobre la Ley 9/2010, que, entre otras cosas, modificó el art. 1.577 del Código Civil para definir el matrimonio como «o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código».

Esta decisión tiene relevancia para nuestro análisis pues en ella, como también hace el Tribunal Constitucional español, se le presta especial aten-

<sup>4</sup> La Section 9(3) dispone: «The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth».

<sup>5</sup> <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion>Show/5643> (consultada el 18 de febrero de 2013).

<sup>6</sup> Disponible en las páginas <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html> y [http://www.sexualorientationlaw.eu/news/2010/National%20Courts/tribunalconstitucional.pt\\_tc\\_acordaos\\_20100121.pdf](http://www.sexualorientationlaw.eu/news/2010/National%20Courts/tribunalconstitucional.pt_tc_acordaos_20100121.pdf) (consultadas el 18 de febrero de 2013).

ción a la garantía constitucional del instituto del matrimonio y se hace un exhaustivo análisis del derecho y la jurisprudencia comparados.

El art. 36 de la Constitución portuguesa tiene un contenido semejante a la suma de los arts. 32 y 39 de la Constitución española, si bien cuando habla de los titulares del derecho al matrimonio emplea la expresión «*todos*» y no «*el hombre y la mujer*»:

- «1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.
- 2. A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração.
- 3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.
- 4. Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação.
- 5. Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos.
- 6. Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial.
- 7. A adopção é regulada e protegida nos termos da lei, a qual deve estabelecer formas céleres para a respectiva tramitação».

El Tribunal Constitucional portugués ya consideró en su Acórdão núm. 590/2004 que el derecho a casarse: «comporta duas dimensões. Por um lado, consagra um direito fundamental, por outro, é uma verdadeira norma de garantia institucional». En su decisión de 2010, se sostiene que es «possível conceber os direitos fundamentais como apresentando ou comportando um “lado” jurídico individual, enquanto garantem aos seus titulares um direito subjectivo público, e um “lado” institucional objectivo, enquanto garantias constitucionais de ámbitos de vida juridicamente ordenados e conformados».

Sobre esta apelación a la dimensión institucional objetiva volveremos más adelante. Ahora basta recordar que para el Tribunal portugués el concepto constitucional de matrimonio es «abierto», admite diversas conformaciones legislativas y concluye que

«a atribuição do direito ao casamento a pessoas do mesmo sexo não afecta a liberdade de contrair casamento por pessoas de sexo diferente, nem altera os deveres e direitos que para estas daí resultam e a representação ou imagem que elas ou a comunidade possam atribuir ao seu estado matrimonial. Em resumo: o casamento entre pessoas de sexo diferente mantémse intocado, nas suas condições de realização, nos seus efeitos jurídicos, entre os cônjuges e perante o Estado e terceiros, e no seu significado como fonte de relações familiares e compromisso social».

La STC 198/2012 menciona la Ley de Bélgica de 30 de enero de 2003 que modificó el Código Civil para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. No se refiere, sin embargo, al Arrêt de la Cour d'arbitrage núm. 159/2004, de 20 de octubre de 2004<sup>7</sup>, que desestimó el recurso contra dicha norma, que, entre otras cosas, dispone:

Art. 2. Dans le texte français de l'article 75 du Code civil, les mots «pour mari et femme» sont remplacés par les mots «pour époux».

Art. 143. Deux personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent contracter mariage.

Para la Corte, corresponde al Legislador «déterminer la nature et les conditions du mariage. Il doit toutefois respecter, à cette occasion, notamment, le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination».

En segundo lugar,

«la différence entre, d'une part, les personnes qui souhaitent former une communauté de vie avec une personne de l'autre sexe et, d'autre part, les personnes qui souhaitent former une telle communauté avec une personne de même sexe n'est pas telle qu'il faille exclure pour ces dernières la possibilité de se marier».

En tercer término,

<sup>7</sup> <http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/full/eur/bel/fra/bel-2004-3-011> (consulta de 18 de febrero de 2013).

«la circonstance que la Constitution attribue une importance particulière à l'égalité entre hommes et femmes, par le biais des articles 10, alinéa 3, et 11bis, n'a pas pour effet que la «dualité sexuelle fondamentale du genre humain » puisse être considérée comme un principe de l'ordre constitutionnel belge».

Finalmente,

«la Cour n'aperçoit pas en quoi la «position de protection relative» de la famille pourrait être affaiblie par les dispositions attaquées, dès lors que la loi entreprise n'apporte aucune modification matérielle aux dispositions légales qui régissent les effets du mariage civil de personnes de sexe différent».

El Tribunal Constitucional español no menciona el Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, de 16 de agosto de 2010<sup>8</sup>, en el que se analizó la constitucionalidad de la reforma del art. 146 del Código Civil para el Distrito Federal, que pasó de decir:

«Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige»

a preceptuar que

«Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente Código».

Debe recordarse que la Constitución mexicana no menciona el derecho a contraer matrimonio y que la impugnación de la reforma se hizo in-

<sup>8</sup> <http://www2.scjn.gob.mx/red2/expedientes/> (consulta de 18 de febrero de 2013).

vocando el art. 4.1: «El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia».

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia rechazó el recurso con los siguientes argumentos: el enunciado del art. 4 de la Constitución

«obedeció a la discriminación histórica advertida hacia las mujeres, buscando eliminarla, a fin de lograr la igualdad de hombres y mujeres frente a la ley, constituyéndose así un límite material a la actividad legislativa...»

En segundo lugar,

«lo que se consagra constitucionalmente es la protección de la familia —su organización y desarrollo—, dejando al legislador ordinario garantizarlo de manera tal que, precisamente, conlleve su promoción y protección por el Estado, sin que tal protección constitucional, empero, se refiera o limite a un tipo de familia, como sería la nuclear (padre, madre e hijos) y que, de ahí, se pueda desprender que la familia se constituya exclusivamente a través del matrimonio entre un hombre y una mujer y, mucho menos, que sea éste un requisito para que «proceda» la protección constitucional a la familia, como esgrime el accionante».

Por todo lo señalado, la Suprema Corte

«estima que la diversidad sexual de los contrayentes no es ni constitucional, ni legalmente, un elemento definitorio de la institución matrimonial, sino más bien el resultado de la concepción social que, en un momento histórico dado, existía, mas no el núcleo esencial del matrimonio y, por consiguiente, el legislador, al aprobar la reforma legal impugnada, redefiniendo el concepto de matrimonio, como la unión entre dos personas, extendiendo, de esta manera, esa institución civil a las personas homosexuales, no afecta o trastoca dicha institución en cuanto a su núcleo esencial o su naturaleza, como aduce el accionante, ni tampoco podría sostenerse que la Constitución se opone a esa opción elegida por el legislador ordinario...».

Finalmente, por lo que ahora interesa, la Corte recuerda que ya en el amparo directo civil 6/2008, señaló que,

«de la dignidad humana, como derecho fundamental superior reconocido por el sistema jurídico mexicano, deriva, entre otros, el libre desarrollo

de la personalidad, es decir, el derecho de todo individuo a elegir, en forma libre y autónoma, cómo vivir su vida, lo que comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; la de procrear hijos y decidir cuántos, o bien, decidir no tenerlos; la de escoger su apariencia personal; así como su libre opción sexual... Aunado a lo anterior, si bien, en nuestra Constitución, no se contempla un derecho a contraer matrimonio, lo cierto es que... esta Corte ha señalado que el derecho al libre desarrollo de la personalidad implica también el de decidir casarse o no».

Tampoco alude la STC 198/2012 a la Sentencia del Tribunal Constitucional italiano 13/2010, de 23 de marzo<sup>9</sup>, ni a la Decisión del Consejo Constitucional francés de 28 de enero de 2011<sup>10</sup>.

En Italia el asunto se planteó por dos órganos jurisdiccionales para que el Tribunal Constitucional decidiera si debía extenderse a las uniones entre personas del mismo sexo la disciplina del matrimonio civil.

El Tribunal responde, en primer lugar, que, en su caso, correspondería al Parlamento concretar «le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni».

En segundo lugar, se avala una interpretación evolutiva de los conceptos de familia y matrimonio, que

«non si possono ritenere «cristallizzati» con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi».

No obstante, con dicha interpretación evolutiva no se puede llegar hasta el punto «d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale

<sup>9</sup> <http://www.giurcost.org/decisioni/2010/0138s-10.html> (consultada el 18 de febrero de 2013), donde además se incluyen varios análisis doctrinales.

<sup>10</sup> <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2011/2010-92-qpc/decision-n-2010-92-qpc-du-28-janvier-2011.52612.html> (consultada el 18 de febrero de 2013).

da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata».

En tercer lugar, se recuerda que el art. 29 de la Constitución italiana dispone:

«La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sulla egualanza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare».

Y, para el Tribunal, los constituyentes tuvieron en cuenta, a la hora de redactar ese precepto,

«la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che... stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso. In tal senso orienta anche il secondo comma della disposizione che, affermando il principio dell'egualanza morale e giuridica dei coniugi, ebbe riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale».

Parece, pues, que la heterosexualidad es consustancial a la noción constitucional de matrimonio. En conclusión, la normativa civil que prevé el matrimonio entre hombre y mujer no es contraria a las disposiciones constitucionales,

«ciò sia perché essa trova fondamento nel citato art. 29 Cost., sia perché la normativa medesima non dà luogo ad una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio».

Finalmente, el Tribunal italiano tampoco encuentra incompatibilidad entre la legislación interna y la normativa y jurisprudencia europea, en sentido amplio (Convenio Europeo de Derechos Humanos y doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y en sentido estricto (normativa de la Unión Europea y doctrina del Tribunal de Justicia), pues «la citada normativa non impone la piena equiparazione alle unioni omosessuali delle regole previste per le unioni matrimoniali tra uomo e donna».

Es cierto que el Tribunal italiano, a propósito de lo previsto en la normativa europea, concluye que «con il rinvio alle leggi nazionali, si ha la conferma che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento», pero no está claro que tal cosa signifique la constitucionalidad de una ley que introduzca el matrimonio igualitario en Italia, a no ser que se tratara de una Ley constitucional.

Por su parte, en la Decisión del Consejo Constitucional francés de 28 de enero de 2011<sup>11</sup>, se concluyó que las disposiciones que no permitían el matrimonio entre personas del mismo sexo no eran contrarias a la Constitución:

«Considérant... qu'en maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation».

Pero también se recuerda, y aquí radica lo importante,

«qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant “l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités”; qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant.

En consecuencia,

«la liberté du mariage ne restreint pas la compétence que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution pour fixer les conditions du mariage

<sup>11</sup> <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2011/2010-92-qpc/decision-n-2010-92-qpc-du-28-janvier-2011.52612.html> (consultada el 18 de febrero de 2013).

dès lors que, dans l'exercice de cette compétence, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel».

Y en uso de esta libertad del legislador, el 7 de noviembre de 2012 se presentó el Projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, núm. 344<sup>12</sup>, que fue aprobado de manera definitiva el 23 de abril de 2013 por la Asamblea Nacional y avalado por el Conseil Constitutionel el 17 de mayo (Décision núm. 2013-669)<sup>13</sup>.

La jurisprudencia que sí es citada de manera recurrente tanto en la STC 198/2012 como en los votos particulares es la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En el Fundamento 9 de la STC 198/2012 se recuerda que el Tribunal de Estrasburgo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo en el asun-

<sup>12</sup> [http://www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/mariage\\_personnes\\_meme\\_sexe.asp](http://www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/mariage_personnes_meme_sexe.asp) (consulta de 18 de febrero de 2013).

<sup>13</sup> Considerando, entre otras cosas que «21... la tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée pour soutenir qu'un texte législatif qui la contredit serait contraire à la Constitution qu'autant que cette tradition aurait donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du premier alinéa du Préambule de la Constitution de 1946; que, si la législation républicaine antérieure à 1946 et les lois postérieures ont, jusqu'à la loi déférée, regardé le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme, cette règle qui n'intéresse ni les droits et libertés fondamentaux, ni la souveraineté nationale, ni l'organisation des pouvoirs publics, ne peut constituer un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du premier alinéa du Préambule de 1946; qu'en outre, doit en tout état de cause être écarté le grief tiré de ce que le mariage serait "naturellement" l'union d'un homme et d'une femme; ...».

22. Considérant, en troisième lieu, qu'en ouvrant l'accès à l'institution du mariage aux couples de personnes de même sexe, le législateur a estimé que la différence entre les couples formés d'un homme et d'une femme et les couples de personnes de même sexe ne justifiait plus que ces derniers ne puissent accéder au statut et à la protection juridique attachés au mariage; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en matière de mariage, de cette différence de situation;...»; disponible en

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013-669-dc/decision-n-2013-669-dc-du-17-mai-2013.137046.html> (consultada el 26 de mayo de 2013).

to Schalk y Kopf c. Austria, de 24 de junio de 2010, aunque ya lo había hecho previamente respecto del matrimonio de los transexuales en los asuntos Christine Goodwin c. Reino Unido, de 11 de julio de 2002; I. c. Reino Unido, de 11 de julio de 2002; y Parry c. Reino Unido y R. y F. c. Reino Unido, ambas de 28 de noviembre de 2006<sup>14</sup>.

En cuanto a las personas transexuales, ha sido, precisamente, en estos casos donde se ha producido una auténtica y rápida, en términos jurisdiccionales, «revolución» en la jurisprudencia del TEDH, que pasó de considerar que «la imposibilidad para los demandantes transexuales de casarse con una persona del sexo opuesto a su nuevo sexo no [era] contraria al art. 12 del Convenio» (asuntos Rees c. Reino Unido, de 17 de octubre de 1986, Cossey c. Reino Unido, de 27 de septiembre de 1990, y Sheffield y Horshman c. Reino Unido, de 30 de julio de 1998) a concluir que «no ve motivo alguno que justifique que los transexuales se vean privados en todas las circunstancias del derecho a casarse» (asuntos I. c. Reino Unido y Christine Goodwin c. Reino Unido). En estas sentencias se estiman vulnerados los arts. 8 y 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Resulta conveniente detenerse en los «nuevos» argumentos del TEDH acogidos en la sentencia I. c. Reino Unido (80 a 85):

«... Volviendo a examinar la situación en el año 2002, el Tribunal señala que mediante el art. 12 se encuentra garantizado el derecho fundamental, para un hombre y una mujer, a casarse y fundar una familia. Sin embargo, el segundo aspecto no es una condición del primero, y la incapacidad para una pareja de concebir o criar a un hijo no puede en sí misma privarle del derecho citado por la primera parte de la disposición en cuestión...

La primera frase alude expresamente al derecho para un hombre y una mujer a casarse. El Tribunal no está convencido de que actualmente se pueda seguir admitiendo que estos términos impliquen que el sexo deba ser deter-

<sup>14</sup> Me he ocupado de esta cuestión en «El matrimonio de las personas transexuales y homosexuales», *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Editorial Universitas, Madrid, 2012, volumen 2, páginas 2239 a 2254. Las sentencias pueden consultarse en <http://www.echr.coe.int/echr/>

minado según criterios puramente biológicos... Desde la adopción del Convenio, la institución del matrimonio se ha visto profundamente trastornada por la evolución de la sociedad, y los progresos de la medicina y de la ciencia han llevado consigo cambios radicales en el ámbito de la transexualidad... El Tribunal constata también que el texto del art. 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea adoptada recientemente se aparta —y ello no puede ser sino deliberado— del art. 12 del Convenio en cuanto a que excluye la referencia al hombre y a la mujer... aunque el matrimonio de los transexuales tiene una gran adhesión, el número de países que autorizan dicho matrimonio bajo su nueva identidad sexual es inferior al de los Estados que reconocen el cambio sexual en sí mismo. El Tribunal no está convencido sin embargo de que ello constituya la base de la tesis según la cual los Estados parte deban poder reglamentar totalmente la cuestión en el marco de su margen de apreciación. En efecto, ello llevaría a concluir que el abanico de las opciones abiertas a un Estado contratante llega hasta prohibir en la práctica el ejercicio del derecho a casarse. El margen de apreciación no puede ser tan amplio; aunque corresponda al Estado parte determinar, concretamente, las condiciones que debe reunir un transexual que reivindica el reconocimiento jurídico de su nueva identidad sexual para establecer que realmente ha habido un cambio de sexo y aquellas en las que un matrimonio anterior deja de ser válido, o incluso las formalidades aplicables a un futuro matrimonio (por ejemplo, las informaciones a proporcionar a los futuros esposos), el Tribunal no ve motivo alguno que justifique que los transexuales se vean privados en todas las circunstancias del derecho a casarse...»

Esta doctrina ha sido acogida de manera expresa por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto K.B. (Sentencia de 7 de enero de 2004)<sup>15</sup>, donde se recuerda

«que el TEDH ha declarado que la imposibilidad de que un transexual contraiga matrimonio con una persona del sexo al que pertenecía antes de la operación de cambio de sexo, y que resulta del hecho de que, desde el

<sup>15</sup> <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-117/01> (consultada el 18 de febrero de 2013).

punto de vista del estado civil, son del mismo sexo porque la normativa del Reino Unido no permite el reconocimiento jurídico de su nueva identidad sexual, constituye una vulneración de su derecho a contraer matrimonio en el sentido del art. 12 del CEDH».

La interacción entre el derecho europeo en sentido amplio y el derecho europeo en sentido estricto se muestra de manera gráfica en estas sentencias, pues en la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se mencionan tanto el CEDH como la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (casos Christine Goodwin e I.) y en las sentencias de este último Tribunal se cita como argumento que no puede ser desdenado la redacción del art. 9 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales.

Volviendo al matrimonio entre personas del mismo sexo, en el caso Schalk y Kopf, el TEDH dice que las palabras empleadas por el art. 12 («A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho») del CEDH han sido escogidas deliberadamente, lo que, teniendo en cuenta el contexto histórico en el cual el Convenio fue adoptado, lleva a pensar que se refieren al matrimonio entre personas de distinto sexo. Pero afirma también que la institución del matrimonio se ha visto profundamente modificada por la evolución de la sociedad desde la aprobación del Convenio de Roma, a pesar de lo cual no existe consenso total en Europa sobre la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo porque en cada Estado la institución matrimonial ha evolucionado de forma diferente.

Estas reflexiones llevan al Tribunal de Estrasburgo a entender que el art. 12 CEDH no puede imponer, hoy por hoy, a ningún Estado la obligación de abrir el matrimonio a las parejas homosexuales, pero tampoco se puede extraer de su dicción literal la imposibilidad de regular el matrimonio entre personas del mismo sexo. Y continúa reconociendo que «el matrimonio posee connotaciones sociales y culturales profundamente enraizadas susceptibles de diferir notablemente de una sociedad a otra», absteniéndose de imponer su propia apreciación sobre el matrimonio a «las autoridades nacionales que son las mejor situadas para apreciar las necesidades de la sociedad y responder a ellas» (§ 62).

Finalmente, tampoco aquí se puede descartar una evolución jurisprudencial en el mismo sentido que ha ocurrido con las personas transexuales o de la experimentada, por ejemplo, en materia de adopción por personas homosexuales (asunto E. B. c. Francia, de 22 de enero de 2008, donde se concluyó, revocando una jurisprudencia anterior —asunto Fretté c. Francia, de 26 de febrero de 2002— que no está amparada por el margen de apreciación nacional la exclusión como potencial adoptante a causa de la orientación sexual) o en relación con el acceso a la subrogación arrendaticia mortis causa (asunto Karner c. Austria, de 24 de julio de 2003).

En conclusión, y al margen de no entender qué motivos tiene el Tribunal Constitucional español para citar la Sentencia canadiense y no las otras, especialmente la del Tribunal Constitucional portugués, este largo recorrido por la jurisprudencia comparada nos ha servido para constatar que 1) hay Tribunales para los que el no reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo es discriminatorio, pues entienden que se trata de un imperativo constitucional; 2) existen Tribunales que consideran que el matrimonio entre personas del mismo sexo es constitucional porque no desfigura la configuración constitucional del casamiento el permitir que se pueda contraer con una persona del mismo sexo, y 3) hay Tribunales que concluyen que la existencia solo del matrimonio entre personas de distinto sexo no es inconstitucional, pero sin que eso signifique que el matrimonio entre personas del mismo sexo esté excluido. En definitiva, ninguno de los Tribunales analizados acoge la tesis de los recurrentes, que al alegar la garantía institucional parecen querer fundar su pretensión en una prohibición implícita del matrimonio entre personas del mismo sexo.

### **3. EL MATRIMONIO: ¿GARANTÍA INSTITUCIONAL O ESFERA VITAL?**

Como ya se mencionó al principio, el Tribunal centra buena parte de su argumentación en el análisis del respeto por parte de la Ley 13/2005 a la «garantía institucional del matrimonio» y concluye que, tras las reformas introducidas en el Código civil por dicha Ley, la institución matrimo-

nial se mantiene en términos perfectamente reconocibles para la imagen que, tras una evidente evolución,

«tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, como comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento. Así, la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio, presentes ya en el Código civil antes de la reforma del año 2005, y que siguen reconociéndose en la nueva institución diseñada por el Legislador... Puede concluirse, por tanto, que la Ley 13/2005, dentro del amplio margen concedido por el art. 32 CE, desarrolla la institución del matrimonio conforme a nuestra cultura jurídica, sin hacerla en absoluto irreconocible para la imagen que de la institución se tiene en la sociedad española contemporánea» (FJ 9).

Completado el razonamiento relativo al matrimonio como garantía institucional, el Tribunal estudia si la nueva regulación supone un ataque al contenido esencial del derecho al matrimonio. Por una parte, de la dicción literal del art. 32.1 CE se deduce que ambos cónyuges se encuentran en régimen de plena igualdad jurídica; en segundo lugar, el derecho al matrimonio, aunque es un derecho de titularidad individual, no lo es de ejercicio individual, pues, tal y como dispone el art. 45 del Código Civil, no hay matrimonio sin consentimiento mutuo. Además, de este derecho a contraer matrimonio se puede extraer la libertad de no contraerlo.

El TC argumenta que el reconocimiento del derecho al matrimonio a todas las personas, independientemente de su orientación sexual, implica la posibilidad para cada individuo de contraer matrimonio con personas de su mismo sexo o de diferente sexo, de manera que ese ejercicio reconozca plenamente la orientación sexual de cada uno. Ello no afecta al contenido esencial del derecho, porque el que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro

derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse.

«La opción que contiene la Ley 13/2005 se inscribe en la lógica del mandato que el constituyente integró en el art. 9.2 CE, de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, apoyándose en la interpretación que ya ha hecho este Tribunal de la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE, en la que se incluye la discriminación por razón de la orientación sexual, en la línea de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En consecuencia, desde la perspectiva de la configuración del matrimonio como derecho fundamental, tampoco existe reproche alguno de inconstitucionalidad que pueda ser realizado a la Ley 13/2005» (FJ 11).

El Tribunal también rechaza el argumento de los recurrentes, que tachan la reforma legal de discriminatoria por indiferenciación al tratar igual lo que es distinto. Responde el Tribunal que el art. 14 no consagra un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual (por todas, STC 117/2006, de 24 de abril, F. 2). Y es que no puede haber «desigualdad por exceso de igualdad» (STC 135/1992, de 5 de octubre, F. 9), por lo que no resulta posible censurar la Ley desde la perspectiva del principio de igualdad. Adicionalmente, cabría señalar que la discriminación por indiferenciación es muy difícil que opere invocando las circunstancias protegidas por el art. 14, que son características personales indisponibles: una persona no decide su edad, nacimiento, género, raza,.... El trato diferenciado sí tiene sentido cuando la posición distinta es fruto de elecciones personales: por ejemplo, si una pareja que no tiene impedimento alguno para casarse decide permanecer soltera, su relación puede tener consecuencias jurídicas diferentes a las de la pareja que sí ha contraído matrimonio.

Expuesto de la manera más breve posible lo que ha dicho el Tribunal, y compartiendo el resultado final al que llega —es conforme a la CE el matrimonio entre personas del mismo sexo—, creo que la vía argumentativa empleada no es la más idónea, pues se incide de manera especial en la compatibilidad entre la nueva regulación y la garantía constitucional de la «ins-

titución» del matrimonio, de la que derivan una serie de facultades, y no en la garantía del matrimonio como un derecho constitucional de libertad, cuando, al menos en mi opinión, esta última condición es la relevante.

Es conocido que en España la técnica de la «garantía institucional» fue articulada por la jurisprudencia constitucional a propósito de la autonomía provincial en la STC 32/1981, de 28 de julio<sup>16</sup>, donde se señala que persigue la protección de instituciones fundamentales dentro del orden constitucional que no han sido más que enunciadas en la Constitución, sin encontrar en ella el imprescindible desarrollo.

El concepto ha sido utilizado para referirse a la autonomía local, la Seguridad Social, la familia, los colegios profesionales, las fundaciones, etc., pero también se ha proyectado hacia los derechos fundamentales para incluir el habeas corpus, el habeas data y la autonomía universitaria.

El Tribunal entiende que un razonamiento del mismo tipo debe desarrollarse respecto del matrimonio, que, como garantía, exige una protección objetiva para que el Legislador no suprima ni vacíe la imagen maestra de la institución y, como derecho, requiere una protección subjetiva, de manera que la posición jurídica del ciudadano derivada del reconocimiento constitucional del derecho no quede eliminada o desnaturalizada por el Legislador.

No menciona nuestro Tribunal, como sí hace el portugués, que el concepto de garantía institucional resultó acuñado por la doctrina alemana en un contexto normativo —la Constitución de Weimar— en el que se ignoraba la existencia de mecanismos efectivos de vinculación del Legislador a la Constitución y de aplicabilidad directa de los derechos fundamentales para proteger determinados sectores del ámbito infraconstitucional frente a la actuación del Legislador ordinario. En origen la «garantía institucional» servía al objetivo de conferir a los derechos cierta indisponibilidad, especialmente frente al Legislador.

Pero en un Estado que somete a los ciudadanos y a todos los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1 CE), que garantiza la aplicación inme-

<sup>16</sup> <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion>Show/32> (consultada el 18 de febrero de 2013).

diata de los preceptos de la Norma Fundamental, que proclama que «la dignidad humana, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social» (art. 10.1 CE), que se fundamenta en valores como la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo (art. 1.1 CE), esa garantía de indisponibilidad se consigue a través de la constitucionalización de los derechos, que impone a los poderes constituidos, y singularmente al Legislador, la obligación de respetar su contenido.

Por estos motivos, si bien puede justificarse el empleo de la «garantía institucional» para referirse a la autonomía local o universitaria, nada hay en la CE que imponga la protección del objeto del derecho matrimonio a través de esa técnica y no por medio de su configuración como derecho de libertad<sup>17</sup>. Sin embargo, lo que hace el Alto Tribunal en la STC 198/2012 es insistir en el derecho constitucional al matrimonio como una facultad que deriva de la garantía institucional, de manera que la dimensión subjetiva de ese derecho se deduce de la configuración legal de dicha garantía.

Es verdad que las modernas garantías institucionales dotan de eficacia normativa informadora de todo el ordenamiento jurídico a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales (efecto de irradiación) e imponen a los Poderes públicos la ordenación de aquella realidad en los términos constitucionalmente previstos y a través de un deber positivo de protección. En este sentido, las garantías institucionales son normas sobre procesos y organización a las que no puede sustraerse el Legislador. Allí donde hay una garantía institucional, se impone al Estado una estructura normativa o institucional que encarna la dimensión objetiva de un derecho fundamental y en la que debe encuadrarse el disfrute de su dimensión subjetiva.

Pero, insistimos, nada impide configurar la protección del matrimonio como un derecho de libertad, que, como es sabido, es la forma típica de

<sup>17</sup> Seguimos en este trabajo la definición que de objeto y contenido de los derechos fundamentales se ofrece en el libro colectivo (BASTIDA y otros) *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004; en particular lo expuesto por Ignacio Villaverde Menéndez en el Capítulo 5, pp. 103 ss.

garantía del objeto de un derecho cuando éste consiste en un permiso constitucional y su propósito es la salvaguardia de una esfera vital, dando amparo constitucional a cualquiera de los posibles comportamientos que en principio se puedan encuadrar en la definición abstracta de la mencionada esfera vital que es objeto del permiso constitucional establecido por la norma iusfundamental.

Cuando el art. 32 dispone que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica lo que hace la Norma Fundamental es garantizar un esfera vital, que incluye la toma de decisiones como casarse —o no— según diversas formas (civil, religiosa), separarse, disolver el matrimonio una vez celebrado, volver a contraer matrimonio, ... Por eso este derecho es una garantía de posibilidades, al permitir realizar cualquiera de los comportamientos posibles que encajen en su objeto. El problema constitucional residía, entonces, en que con la anterior legislación civil se impedía el ejercicio de una conducta —la decisión de casarse— que encajaba en el derecho a las personas que quisieran hacerlo con otra de su mismo sexo. Y tal cosa ocurría sin que hubiera una habilitación constitucional expresa que permitiera la limitación de la autodeterminación individual.

Para alcanzar esta conclusión es preciso, no obstante, demostrar que el enunciado constitucional incluye esa opción a la que nos estamos refiriendo —la de casarse con una persona del mismo sexo— pues la autodeterminación de la conducta sólo es posible en el marco del objeto definido abstractamente en el enunciado constitucional del derecho fundamental.

Pues bien, ese entendimiento estaría avalado por la propia jurisprudencia constitucional, que ha declarado que la orientación sexual es una circunstancia en la que no puede basarse un trato peyorativo para el ejercicio de otro derecho constitucional como es el derecho al trabajo. Así, en la ya citada STC 41/2006 se dice que la orientación homosexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 de la Constitución como uno de los concretos supuestos en los que está prohibido un trato discriminatorio, está incluida en la cláusula «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación.

A esta conclusión se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos men-

cionados en el art. 14 el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría; y, por otro, del examen de la normativa que, ex art. 10.2, debe servir de fuente interpretativa del art. 14.

En efecto, en cuanto a lo primero, es notoria la posición de desventaja social y, en esencia, de desigualdad y marginación sustancial que históricamente han sufrido las personas de orientación homosexual. En cuanto a lo segundo, puede citarse a modo de ejemplo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar el alcance del art. 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, ha destacado que la orientación sexual es una noción que se contempla, sin duda, en dicho art.<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Al analizar el alcance del art. 14 del CEDH, el TEDH ha destacado que la orientación sexual es una noción que se contempla, sin duda, en dicho artículo, (STEDH de 21 de diciembre de 1999, caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal); insistiéndose expresamente en que en la medida en que la orientación sexual es un concepto amparado por el art. 14 CEDH, como las diferencias basadas en el sexo, las diferencias de trato basadas en la orientación sexual exigen razones especialmente importantes para ser justificadas (entre otras, SSTEDH de 9 de enero de 2003, casos L. y V. contra Austria, § 48, y S.L. contra Austria, § 37, o 24 de julio de 2003, caso Karner contra Austria, § 37, a las que se han remitido numerosas Sentencias posteriores como son las SSTEDH de 10 de febrero de 2004, caso B.B. contra Reino Unido; 21 de octubre de 2004, caso Woditschka y Wilfing contra Austria; 3 de febrero de 2005, caso Ladner contra Austria; 26 de mayo de 2005, caso Wolfmeyer contra Austria; 2 de junio de 2005, caso H.G. y G.B. contra Austria; o 22 de enero de 2008, caso E.B. contra Francia, § 91).

Del mismo modo, y en relación con el art. 26 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha destacado que la prohibición contra la discriminación por motivos de sexo comprende la discriminación basada en la orientación sexual (Dictamen de 4 de abril de 1994, comunicación núm. 488-1992, caso Toonen contra Australia, § 8.7, y Dictamen de 18 de septiembre de 2003, comunicación núm. 941-2000, caso Young contra Australia, § 10.4).

Una vez declarado por el Alto Tribunal que una persona no puede recibir en materia laboral un trato distinto por el mero hecho de ser homosexual si se siguiera considerando que esa circunstancia sí impide el ejercicio de otro derecho de la misma índole como el de contraer matrimonio, nos encontraríamos ante lo que Luigi Ferrajoli ha denominado «diferen-

---

Por su parte, y en el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 2000/78 entiende por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, teniendo en cuenta que «existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados» y discriminación indirecta «cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas», salvo que, en el caso de la discriminación por orientación sexual «dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios».

La propia Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 21) contempla de manera explícita la «orientación sexual» como una de las razones en que queda prohibido ejercer cualquier tipo de discriminación.

Previamente, la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea (Resolución A-0028/94 del 8 de febrero de 1994, DOC 28.02.94)... «pide a la Comisión que presente una propuesta de recomendación sobre la igualdad de derechos de las lesbianas y de los homosexuales; 14. Opina que la recomendación debería, como mínimo, tratar de poner fin: § A la existencia de edades distintas y discriminatorias para el consentimiento necesario para mantener relaciones homosexuales. § A la persecución de la homosexualidad como un atentado contra el orden público o las buenas costumbres. § A toda forma de discriminación en el derecho laboral y relativo a los servicios públicos y a la discriminación en el derecho penal, civil, contractual y comercial. § Al almacenamiento electrónico de datos relativos a la orientación sexual de un individuo sin su conocimiento y consentimiento, o a la divulgación no autorizada o al uso indebido de dichos datos. § A la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales; la recomendación debería garantizar los plenos derechos y beneficios del matrimonio, permitiendo la inscripción de la convivencia...».

ciación jurídica de las diferencias»<sup>19</sup>: una identidad determinada por una diferencia valorizada —la heterosexualidad— se asume como fuente de derechos mientras que otra —la homosexualidad— se configura como un estatus discriminatorio y excluyente. De este modo, la igualdad en el acceso al matrimonio es una igualdad amputada, relativa a una parte privilegiada de la sociedad, arbitrariamente confundida con la totalidad.

Algo similar sucedió en Estados Unidos con la prohibición de los matrimonios interraciales, vigente en algunos Estados hasta que en 1967 el Tribunal Supremo la consideró inconstitucional en el caso Loving et ux. v. Virginia (388 U. S. 1)<sup>20</sup>. Las palabras del Tribunal Supremo («no puede haber ninguna duda de que la restricción de la libertad de casarse únicamente por criterios raciales viola el significado central de la cláusula de igual protección») bien pudieran ser aplicadas a la exclusión del matrimonio únicamente por criterios de sexo o de orientación sexual.

Y es que, como señala Ferrajoli, «igualdad» es término normativo: quiere decir que los diferentes deben ser tratados y respetados como iguales y que, siendo ésta una norma, no basta enunciarla sino que es necesario observarla y sancionarla. Diferencia es término descriptivo: quiere decir que, de hecho, entre las personas hay diferencias, que la identidad de cada persona está dada, precisamente, por sus diferencias y que son éstas las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas.

La Constitución parte, precisamente, de la igual «valoración jurídica de las diferencias»: al convertir la no discriminación (art. 14) en una norma, los diferentes (por razones de sexo, edad, raza u orientación sexual) deben ser tratados como iguales. La igualdad jurídica es igualdad en derechos, también para contraer matrimonio. Se protege la diferencia —en eso consiste el libre desarrollo de la personalidad y por eso todos somos diferentes— y se prohíbe la discriminación: un tratamiento jurídico excluyente basado precisamente en una diferencia protegida por la Constitución.

<sup>19</sup> Derechos y garantías. La ley del más débil, Trotta, Madrid, 1999, pp. 73-96.

<sup>20</sup> <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=388&invol=1> (consulta de 18 de febrero de 2013).

Pero de seguir esta vía argumentativa la conclusión entonces tendría que ser que no solo no se vulnera la Norma Fundamental con la reforma introducida por el Legislador en el año 2005 sino que, precisamente, lo inconstitucional era una situación normativa en la que un grupo de personas quedaban excluidas, pese a concurrir en ellas una condición protegida por la Constitución, del ejercicio de un derecho garantizado por esa misma norma.

Y es que no parece, de acuerdo con los propios principios de interpretación constitucional que se derivan de nuestra Norma Fundamental, que quepa configurar legislativamente el desarrollo de un derecho de manera que se excluya del mismo a una persona o grupo de personas si dicha exclusión vulnera su derecho a no ser discriminadas y, por tanto, su dignidad y libre desarrollo de la personalidad.

Así, y como es conocido, conforme al principio de unidad de la Constitución, las normas constitucionales deben ser interpretadas en relación con el conjunto de la Norma Fundamental como un todo coherente, en el que no puede haber contradicciones entre sus partes (véase, por ejemplo, la STC 16/2003, de 30 de enero, FJ 5)<sup>21</sup> y se produce dicha contradicción si entendemos que el art. 32, que no establece excepción alguna a otros preceptos constitucionales, permite una configuración legislativa que vulnera, al menos, el art. 14 y, de manera refleja, el art. 10.1. Concluir que la exclusión del matrimonio homosexual es contraria a la Constitución encaja de forma coherente con lo ya reiterado en materia laboral en la STC 41/2006: si no se puede recibir un trato peyorativo en el derecho constitucional al trabajo por ser homosexual, ¿dónde está el fundamento para justificar que dicho tratamiento sí es posible en el derecho constitucional al matrimonio?

En segundo lugar, y de acuerdo con el principio de concordancia práctica, los bienes e intereses protegidos por la Constitución han de ser armonizados en la decisión del caso práctico, sin que la protección de unos entrañe el desconocimiento o sacrificio de otros (al respecto, STC 154/2002,

<sup>21</sup> <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion>Show/4791> (consultada el 18 de febrero de 2013).

de 18 de julio, FJ 12)<sup>22</sup>. Pues bien, dicho principio exigiría, en el asunto que nos ocupa, la concordancia entre el derecho a contraer matrimonio, la prohibición de discriminación y la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad que se irradiaban a todos los derechos, también al reconocido por el art. 32. La concordia se produce ahora que no se está excluido del derecho al matrimonio por motivos de orientación sexual, no antes de que se removieran los obstáculos legales que impedían el ejercicio de ese derecho a un colectivo de personas.

En tercer lugar, el principio de efectividad impone a los poderes públicos la obligación de interpretar la normativa aplicable en el sentido más favorable para la realización de los derechos constitucionales (STC 17/1985, de 9 de febrero, FJ 4)<sup>23</sup>, lo que podría haber servido de base en España para que algún órgano jurisdiccional, de manera similar a lo que ocurrió en Italia, planteara una cuestión de inconstitucionalidad sobre la anterior regulación del matrimonio.

Y es que, en cuarto lugar, parece poco compatible esa normativa anterior con el principio de interpretación conforme, que impone la obligación de interpretar todo el ordenamiento jurídico de acuerdo con la Constitución, lo que entraña dar la máxima efectividad a la pretensión de vigencia de la Norma Fundamental. De ello se deriva que, de entre las distintas interpretaciones posibles de las normas cuestionadas, ha de prevalecer la que permita en más alto grado aquella efectividad, sobre todo cuando se trata de derechos fundamentales (STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 4)<sup>24</sup>.

Por otra parte, no cabe invocar como argumento contrario a lo que aquí se defiende el principio de interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con los Tratados internacionales ratificados por España, pues ya ha dicho el TEDH que el matrimonio entre personas del mismo

<sup>22</sup> <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion>Show/4690> (consultada el 18 de febrero de 2013).

<sup>23</sup> <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion>Show/397> (consultada el 18 de febrero de 2013).

<sup>24</sup> <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion>Show/457> (consultada el 18 de febrero de 2013).

sexo no vulnera el CEDH. Además, encaja perfectamente en la configuración que de ese derecho ha realizado la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En atención a todo lo expuesto, creemos que la interpretación constitucionalmente adecuada del matrimonio conduce a entenderlo como un derecho cuyo objeto es una esfera vital protegida no como una garantía institucional sino a través de la técnica de los derechos de libertad, que otorga amparo a cualquiera de los posibles comportamientos que en principio se puedan encuadrar en la definición abstracta de la mencionada esfera vital establecida por la norma iusfundamental.

**Resumen:**

*Este trabajo analiza la reciente sentencia del Tribunal Constitucional español STC 198/2012, de 6 de noviembre, que resolvió que el matrimonio entre personas del mismo sexo es compatible con la Constitución española. El autor está de acuerdo con esa conclusión pero sostiene que la forma adecuada de definir el matrimonio es entenderlo como una esfera vital y no como una garantía institucional.*

**Palabras Clave:** *Tribunal Constitucional español, derechos fundamentales, derecho al matrimonio, matrimonio entre personas del mismo sexo, derecho fundamental como esfera vital, garantía institucional.*

**Abstract:**

*This paper analyzes a recent judgment of the Spanish Constitutional Court —STC 198/2012— of 6 November, 2012, which determines that the marriage between same sex people is compatible with the Spanish Constitution. The author agrees with this conclusion but argues that the appropriate way to define marriage is understood as a vital area and not as an institutional guarantee.*

**Keywords:** *Spanish Constitutional Court, fundamental rights, the right to marriage, marriage between same sex people, fundamental right as vital sphere, institutional guarantee.*

## Legislación



# CRÓNICA DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA

MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN \*

## SUMARIO:

1. DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO SOBRE EL TEMA «SITUAR AL CIUDADANO EN EL CENTRO DEL MERCADO DIGITAL INCLUSIVO: PLAN DE ACCIÓN PARA UN ÉXITO GARANTIZADO»
2. DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO SOBRE LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES «LA PROTECCIÓN SOCIAL EN LA COOPERACIÓN AL DESARROLLO DE LA UNIÓN EUROPEA»
3. DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO SOBRE LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES «PROMOVER EL EMPLEO JUVENIL»
4. DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO SOBRE LA CONTRIBUCIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL A UNA ESTRATEGIA DE PREVENCIÓN Y REDUCCIÓN DE LAS PÉRDIDAS Y DESPERDICIOS DE ALIMENTOS
5. DIRECTIVA 2012/35/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2012 POR LA QUE SE MODIFICA LA DIRECTIVA 2008/106/CE RELATIVA AL NIVEL MÍNIMO DE FORMACIÓN EN LAS PROFESIONES MARÍTIMAS
6. DIRECTIVA 2012/34/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2012 POR LA QUE SE ESTABLECE UN ESPACIO FERROVIARIO EUROPEO ÚNICO
7. DIRECTIVA 2013/19/UE DEL CONSEJO DE 13 DE MAYO POR LA QUE SE ADAPTA LA DIRECTIVA 94/80/CE POR LA QUE SE FIJAN LAS MODALIDADES DE EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO Y PASIVO EN LAS ELECCIONES MUNICIPALES POR PARTE DE CIUDADANOS DE LA UNIÓN RESIDENTES EN UN ESTADO MIEMBRO DEL QUE NO SEAN NACIONALES, CON MOTIVO DE LA ADHESIÓN DE LA REPÚBLICA DE CROACIA
8. DIRECTIVA 2013/14/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 21 DE MAYO DE 2013 QUE MODIFICA LA DIRECTIVA 2003/41/CE RELATIVA A LAS ACTIVIDADES Y LA SUPERVISIÓN DE FONDOS DE PENSIONES DE EMPLEO, LA DIRECTIVA 2009/65/CE, POR LA QUE SE COORDINAN LAS DISPOSICIONES LEGALES, REGLAMENTARIAS Y ADMINISTRATIVAS SOBRE DETERMINADOS ORGANISMOS DE INVERSIÓN COLECTIVA EN VALORES MOBILIARIOS Y LA DIRECTIVA 2011/61/UE RELATIVA A LOS GESTORES DE FONDOS DE INVERSIÓN ALTERNATIVOS, EN LO QUE ATAÑE A LA DEPENDENCIA EXCESIVA DE LAS CLIFICACIONES CREDITICIAS

\* Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga.

## **1. DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO SOBRE EL TEMA «SITUAR AL CIUDADANO EN EL CENTRO DEL MERCADO DIGITAL INCLUSIVO: PLAN DE ACCIÓN PARA UN ÉXITO GARANTIZADO»**

El Diario Oficial de la Unión Europea publica el 6 de junio de 2013, un Dictamen del Consejo Económico y Social con las conclusiones y recomendaciones respecto de una serie de medidas para alcanzar plenamente el objetivo de situar al ciudadano en el centro del mercado digital.

Las notas que caracterizarían a este modelo serían: el acceso libre y universal a internet, una red abierta y neutra, prevención sobre los abusos, normalización de las TIC, interoperabilidad e interconectividad, computación en nube, control de los precios, educación y formación, protección contra el ciberfraude y los ciberdelitos, seguridad,(incluida la protección de datos, privacidad, protección a menores, mayores y personas discapacitadas), una carta de derechos digitales, extensión de los derechos de los consumidores a los usuarios de la red, revisión de la legislación sobre comercio electrónico, telefonía móvil, y política de radiodifusión. Campañas de información, participación de la sociedad civil en todos los niveles de toma de decisiones, y publicación de una guía sobre los servicios digitales.

Los servicios que debe prestar la tecnología han de tener en cuenta los siguientes principios: el ciudadano ha de ser el centro del mercado digital, para lo que se le ha de facilitar el acceso al conocimiento, en igualdad de condiciones y con la misma capacidad de acceso al software y al conocimiento.

Por lo tanto ha de potenciarse el acceso a la wifi gratuita, y el hardware ha de ser accesible en precios asequibles a la ciudadanía. Al mismo tiempo, el acceso al manejo de las redes ha de potenciarse con escuelas digitales, sobre todo en aquellos sectores más necesitados de formación, en función de la edad y de la renta.

La Acreditación Europea en el Manejo de Ordenador deberá extenderse a todos los Estados miembros de la Unión, y se concederá tras superar un examen estándar en todos los países.

En lo que se refiere a los libros electrónicos, se plantea la Biblioteca Digital Europea, y una Carta de los derechos digitales, con la que garantizar a los ciudadanos de los posibles abusos.

## **2. DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO SOBRE LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES «LA PROTECCIÓN SOCIAL EN LA COOPERACIÓN AL DESARROLLO DE LA UNIÓN EUROPEA»**

El Diario Oficial de la Unión Europea, publica el 6 de junio de 2013, el Informe del Comité Económico y Social al documento de la Comisión Europea sobre la Protección Social en la cooperación al desarrollo de la Unión Europea.

En relación con la exclusión de la protección agrupada en los sectores de educación, protección social, y salud, expresa su preocupación de que la protección social se vea marginada.

Intenta proporcionar un concepto de protección social como una inversión fundamental para la cohesión social y el desarrollo integrador y sostenible. Apoyar el establecimiento de regímenes de protección social para los trabajadores, combinando los contributivos, basados en cotizaciones con los no contributivos y sufragados con los impuestos.

Considera la dimensión de género como un eje transversal y prioritario de la política de desarrollo de la UE, al objeto de permitir a las mujeres un mayor acceso a la protección social que redunde en la mejora familiar. Igualmente debe incorporar programas de inserción laboral y social para personas con problemas de discapacidad.

La protección social ha de constituir una prioridad para la Unión, más aún en épocas de crisis económica. El Informe da datos porcentuales de la situación mundial de la pobreza, y alude a la necesidad de establecer un reparto más equitativo de la riqueza.

En relación con la inclusión de la educación como uno de los sectores de la programación para la cooperación al desarrollo, considera que dado el volumen financiero que exige la educación, se corre el peligro de que el resto de los sectores, sobre todo el de la protección social, queden minimizados.

Termina el dictamen con la consideración positiva de las prestaciones sociales en el conjunto de la economía mundial: ha de considerarse más una inversión que un coste, por las repercusiones sociales que tiene en el

propio aumento de la riqueza, tiene una función transformadora porque permite el desarrollo de esas personas, que una vez recibida la aportación, están en condiciones de contribuir al desarrollo del conjunto social.

### **3. DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO SOBRE LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES «PROMOVER EL EMPLEO JUVENIL»**

El Diario Oficial de la Unión Europea publica el día 6 de junio de 2013, el Dictamen del CESE sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo al propio CESE acerca del desempleo juvenil, y la necesidad de la promoción al empleo en la Unión.

El Dictamen analiza las cuatro medidas presentadas por la Comisión: en primer, la Introducción de la Garantía Juvenil, concebida como una medida por la que los Estados procuren que los menores de 25 años en edad laboral reciban una oferta de trabajo o en su defecto, formación continua como aprendices en un periodo de prácticas de 4 meses después de terminar su periodo educacional o estar en paro. En segundo lugar facilitar la transición de los estudios al trabajo, en tercer lugar la creación de una Alianza Europea para la Formación de Aprendices, y en cuarto lugar y dadas las diferencias de los niveles de empleo de los países miembros de la Unión, una movilidad trasnacional de los jóvenes entre los diferentes estados.

El Comité formula algunas observaciones como:

- la necesidad de reducir los obstáculos para la incorporación de los jóvenes al trabajo.
- reducir los desajustes entre la oferta y la demanda de empleo.
- apoyar la autonomía de los jóvenes.
- hacer más atractiva la educación y la formación profesional, especialmente con la formación de aprendices en ámbitos de importancia estratégica como la tecnología y la ingeniería.
- promover los marcos de asociación y las sinergias entre las partes interesadas.

- animar y apoyar a las empresas para que creen empleo y ofrezcan periodos de prácticas a los jóvenes.

Valora positivamente el análisis de la Comisión, pero considera insuficiente la determinación de estas medidas. Así, en lo que se refiere a la Garantía Juvenil considera acertado su establecimiento, pero considera que el plazo de 4 meses es innecesario y obstaculiza los objetivos de encontrar empleo de los jóvenes, por lo que debería de abolirse ese plazo. También se debería de estudiar la relación coste-eficacia de estas medidas, la necesidad de validar la educación no formal, en función de las exigencias del mercado laboral, estudiar las categorías que se han quedado en riesgo de exclusión, como ciertas licenciaturas, o aquellos trabajos que los jóvenes realizan muy por debajo de su cualificación profesional.

Considera acertada la Alianza para la Formación de los Jóvenes, pero también ve necesarias algunas medidas complementarias como el apoyo a los empresarios para que faciliten el empleo, o los incentivos a la formación transfronteriza, programas de movilidad como el Erasmus, o la actualización de la Directiva sobre el reconocimiento de cualificaciones profesionales.

#### **4. DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO SOBRE LA CONTRIBUCIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL A UNA ESTRATEGIA DE PREVENCIÓN Y REDUCCIÓN DE LAS PÉRDIDAS Y DESPERDICIOS DE ALIMENTOS**

El Diario Oficial de la Unión Europea de 6 de junio de 2013, publica un Dictamen del Comité Económico y Social sobre la necesidad de prevenir la reducción de las pérdidas y desperdicios de alimentos.

Parte el Comité del hecho de que los recursos alimentarios son limitados y muchas personas pasan hambre en el mundo, lo que exige una reflexión acerca de la racionalización de la alimentación en las diferentes fases de la cadena alimentaria.

Lo que se pretende es que desde la Unión Europea se contribuya a esa racionalización. Se proponen como medidas la de la sensibilización, la planificación de la compra, la del almacenamiento de los alimentos, y la de la valorización de los restos de alimentos.

Para ello es importante analizar la cadena alimentaria, desde la investigación agrícola aplicada, al envasado y etiquetado.

Define las pérdidas y desperdicios de alimentos como todo alimento inicialmente destinado al consumo humano, excepto los productos de uso no alimentario que se tira o destruye, en todas las fases de la cadena alimentaria, desde la granja hasta el consumidor.

Hay muchas razones que explican la pérdida y el desperdicio de los alimentos. Algunas son de tipo familiar, como el cambio en la composición de las familias, que genera una división en el consumo, pero otras son de tipo técnico y fácilmente solubles, como el tamaño del envasado, el cierre de los envases, la confusión entre fecha de caducidad y fecha de consumo preferente, o la de ciertos estándares de calidad visual que pueden ser disuasorios del consumo de algunos productos por razones diferentes a su calidad sanitaria.

También en el sector de la restauración es necesario hacer esfuerzos para reducir el desperdicio de alimentos. Desde la preparación de los platos a los restos dejados por los consumidores.

## **5. DIRECTIVA 2012/35/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2012 POR LA QUE SE MODIFICA LA DIRECTIVA 2008/106/CE RELATIVA AL NIVEL MÍNIMO DE FORMACIÓN EN LAS PROFESIONES MARÍTIMAS**

El Diario de la Unión Europea publica el 14 de diciembre de 2012, la reforma de la Directiva 2008/106/CE, para abordar una normativa común en materia de titulaciones de los profesionales del mar.

La reforma de la Directiva pretende que se unifiquen las titulaciones para evitar el fraude, que habían sido analizadas en Manila en 2010.

Las modificaciones afectan a los títulos, que han de ser expedidos por los estados, garantizando la competencia y suficiencia de los aspirantes. La formación que reciban estas personas ha de responder a las exigencias establecidas en el Convenio STCW celebrado en Manila, que exigen la realización de las pruebas necesarias y la expedición de los títulos darán fe del reconocimiento de esa aptitud, con un número de expedición.

Respecto de las pruebas deberán ser acreditadas en la identidad del aspirante, su edad, el nivel adecuado de formación física, acreditación del periodo de embarco prescrito con la correspondiente formación y cumplimiento de las normas de competencias exigidas.

Se debe de mantener un registro de todos los títulos expedidos por los estados, para las categorías de marineros, oficiales y capitanes con las incidencias a que hubiere lugar.

Se regulan también aspectos referentes a la prevención de riesgos laborales y a la salud en el trabajo, tales como la exigencia de cumplir periodos de descanso para el personal encargado de la guardia y para el personal que tenga asignadas funciones de seguridad, protección y prevención de la contaminación, o el establecimiento de las guardias de manera que la eficiencia del personal encargado de la guardia no se vea afectado por la fatiga, y que los cometidos se dispongan de tal modo que el personal encargado de la primera guardia al comenzar el viaje y el encargado de las subsiguientes guardias de relevo haya descansado suficientemente y se encuentre apto para el servicio. Se debe prevenir que no se consuma alcohol o drogas, la fatiga propia de la gente de mar, y periodos de descanso que no sean inferiores a unos mínimos fijados por día y semana, descansos compensatorios y otras incidencias que deberán llevarse en un registro para conocimiento general.

## **6. DIRECTIVA 2012/34/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2012 POR LA QUE SE ESTABLECE UN ESPACIO FERROVIARIO EUROPEO ÚNICO**

El Diario Oficial de la Unión Europea en fecha de 14 de diciembre de 2012, publica la Directiva del espacio ferroviario único europeo.

Es una refundición de unas Directivas anteriores relativas a la regulación de la actividad ferroviaria europea. Comprende las siguientes Directivas:

- Directiva 91/440/CEE del Consejo de 29 de julio de 1991, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios.

- Directiva 95/18/CE del Consejo, de 19 de junio de 1995, sobre concesión de licencias a empresas ferroviarias.
- Directiva 2001/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria y la aplicación de cánones por su utilización.

El contenido de la Directiva abarca tres elementos: las normas aplicables a la administración de infraestructuras ferroviarias establecidas o que se establezcan en un Estado miembro, los criterios para la concesión, renovación o modificación por un estado miembro de licencias destinadas a las empresas ferroviarias que están establecidas o se establezcan en la Unión, y los procedimientos y principios aplicables para la determinación y percepción de cánones por la utilización de infraestructuras ferroviarias y para la adjudicación de capacidad de las mismas.

Excluye de su ámbito de aplicación a las empresas ferroviarias que exploten servicios urbanos, suburbanos o regionales en redes locales y regionales aisladas para la prestación de servicios de transporte en infraestructuras ferroviarias o en redes destinadas exclusivamente a la explotación de servicios ferroviarios urbanos o suburbanos. Permite además que los Estados miembros puedan excluir del ámbito de aplicación de esta Directiva a determinadas empresas en circunstancias que detalla la propia Directiva.

El art. 3 define como empresa ferroviaria a toda empresa pública o privada, titular de una licencia con arreglo a la presente Directiva, cuya actividad principal consiste en prestar servicios de transporte de mercancías, viajeros por ferrocarril, debiendo ser dicha empresa en todo caso quien aporte la tracción.

El art. 4 exige que las empresas ferroviarias tengan un patrimonio, presupuesto y contabilidad separados de los del Estado para garantizar su independencia, de manera que su gestión y administración se atengán a un estatuto en el que se regule su actividad. Se sujetarán a la legislación mercantil y llevarán una actividad contable, cuyas mínimas exigencias regula la Directiva.

Cada Estado miembro designará una autoridad otorgante que será la responsable de conceder las licencias y de asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la aplicación de la Directiva.

Los requisitos para la obtención de la licencia son regulados en los arts. 17 y siguientes. Las empresas que concurran a la obtención de una licen-

cia deberán demostrar ante las autoridades que cumplen con la honorabilidad, capacidad financiera y profesionalidad exigidas, y tener una cobertura de responsabilidad civil.

El procedimiento para la concesión de las licencias se hará público y tendrá posibilidad de revisión judicial.

El canon por la utilización de infraestructuras y servicios será fijado por el administrador de infraestructuras y gestionará su cobro, y en su determinación podrán tenerse en cuenta sistemas de incentivos, compensación por factores medioambientales y cualesquiera otros que sean considerados por las partes.

El art. 55 establece la creación de un organismo regulador por parte de cada Estado miembro, para regular el sector ferroviario. Entre sus funciones está la de atender las reclamaciones por un tratamiento injusto y la de conocer la apelación contra las decisiones tomadas por el administrador de infraestructuras o por la empresa explotadora de una instalación de servicio.

Finalmente, en la Directiva figuran dos anexos, referentes a la lista de elementos de la infraestructura ferroviaria y a los servicios que se han de prestar a las empresas ferroviarias.

## **7. DIRECTIVA 2013/19/UE DEL CONSEJO DE 13 DE MAYO POR LA QUE SE ADAPTA LA DIRECTIVA 94/80/CE, POR LA QUE SE FIJAN LAS MODALIDADES DE EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO Y PASIVO EN LAS ELECCIONES MUNICIPALES POR PARTE DE CIUDADANOS DE LA UNIÓN RESIDENTES EN UN ESTADO MIEMBRO DEL QUE NO SEAN NACIONALES, CON MOTIVO DE LA ADHESIÓN DE LA REPÚBLICA DE CROACIA**

El Diario Oficial de la Unión Europea, publica el 10 de junio de 2013, la Directiva 2013/19/UE por la que se adapta la Directiva 94/80/CE por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales, con motivo de la adhesión de la república de Croacia.

La Directiva 94/80/CE de 19 de diciembre, fija las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales.

La finalidad de la Directiva de 1994 es facilitar la integración de ciudadanos extranjeros en el país de acogida, y regula las modalidades por las que un Estado miembro del que no sean nacionales pueda ejercer el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

El art. 3 declara el derecho de todo ciudadano de la Unión Europea, que no posea la nacionalidad del Estado miembro de residencia, pero cumpla las condiciones a las que la legislación de ese país supedite el derecho al sufragio activo y pasivo de sus nacionales, al derecho de sufragio con arreglo a las condiciones establecidas en la Directiva.

Para ello deberán inscribirse en el censo electoral y cumplir los mismos requisitos que un elector o elegible nacional.

Ahora, la Directiva 2013/19/UE extiende esta Directiva a Croacia y en consecuencia modifica el anexo de la misma.

**8. DIRECTIVA 2013/14/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 21 DE MAYO DE 2013 QUE MODIFICA LA DIRECTIVA 2003/41/CE RELATIVA A LAS ACTIVIDADES Y LA SUPERVISIÓN DE FONDOS DE PENSIONES DE EMPLEO, LA DIRECTIVA 2009/65/CE, POR LA QUE SE COORDINAN LAS DISPOSICIONES LEGALES, REGLAMENTARIAS Y ADMINISTRATIVAS SOBRE DETERMINADOS ORGANISMOS DE INVERSIÓN COLECTIVA EN VALORES MOBILIARIOS Y LA DIRECTIVA 2011/61/UE, RELATIVA A LOS GESTORES DE FONDOS DE INVERSIÓN ALTERNATIVOS, EN LO QUE ATAÑE A LA DEPENDENCIA EXCESIVA DE LAS CALIFICACIONES CREDITICIAS**

El Diario Oficial de la Unión Europea publica el 31 de mayo de 2013 esta Directiva que tiene como finalidad controlar el riesgo de las inversiones realizadas en los fondos de pensiones de empleo.

A tal fin, el art. 18 de la Directiva 2003/41/CE se modifica mediante la adhesión de un párrafo 1 bis que dice: «Habida cuenta de la naturaleza, la escala y la complejidad de las actividades de las entidades supervisadas, los Estados miembros garantizarán que las autoridades competentes vigilen la adecuación de los procesos de evaluación crediticia de las entidades, valoren el uso de las referencias a las calificaciones crediticias definidas en el art. 3, apartado 1, letra b) del Reglamento (CE) n. 1060/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre las agencias de calificación crediticia en sus políticas de inversión y, cuando proceda, fomenten la mitigación del impacto de tales referencias, con vistas a reducir la dependencia exclusiva y automática de dichas calificaciones crediticias».

El art. 2 de esta Directiva modifica el art. 51 de la Directiva 2009/65/UE sustituyendo el apartado 1 del párrafo primero por el siguiente texto: «La sociedad de gestión o de inversión aplicará un proceso de gestión del riesgo con el que pueda controlar y medir en todo momento el riesgo asociado a cada una de sus posiciones y la contribución de éstas al perfil de riesgo global de la cartera de un OICVM. En particular, la sociedad de gestión o de inversión, al evaluar la solvencia de los activos de los OICVM, no dependerá en exclusiva de las calificaciones crediticias emitidas por las agencias de calificación crediticia definidas en el art. 3, apartado 1, letra b) del Reglamento (CE) n. 1060/2009 del Parlamento y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre las agencias de calificación crediticia». Se adiciona también el siguiente párrafo: «Habida cuenta de la naturaleza, la escala y la complejidad de las actividades de los OICVM, las autoridades competentes vigilarán la adecuación de los procesos de evaluación crediticia de las sociedades de gestión o de inversión, valorarán el uso de referencias a las calificaciones crediticias en sus políticas de inversión, como se contempla en el apartado 1, párrafo primero con respecto a los OICVM y cuando proceda, fomentarán la mitigación del impacto de tales referencias con vistas a reducir la dependencia exclusiva y automática de dichas calificaciones crediticias».

Finalmente, se modifica la Directiva 2011/61/UE en su art. 15 que es sustituido por el siguiente párrafo: «Los GFIA instaurarán sistemas de gestión del riesgo apropiados, a fin de determinar, medir, gestionar y contro-

lar adecuadamente todos los riesgos conexos a la estrategia de inversión de cada FIA y a los que está o puede estar expuesto los activos de la FIA. En particular, los GFIA al evaluar la insolvencia los activos de la FIA no dependerán de manera exclusiva o automática de las calificaciones crediticias emitidas por las agencias de calificación definidas en el art. 3, apartado 1, letra b) del Reglamento n. 1660/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, sobre las agencias de calificación crediticia».

El plazo de transposición de la Directiva será hasta el 21 de diciembre de 2014.

**Resumen:**

*Este trabajo presenta las principales novedades legislativas del primer semestre del año 2013, novedades que abarcan temas variados como el empleo juvenil, el espacio ferroviario europeo único o las medidas para paliar la dependencia excesiva de las calificaciones crediticias.*

**Palabras Clave:** *Legislación, directivas, empleo juvenil, ferrocarriles, calificaciones crediticias.*

**Abstract:**

*This paper shows the most important legislation of the first semester of 2013. All of them cover several items like supporting of youth employment, European railways, credit rating agencies.*

**Keywords:** *Legislation, directives, youth employment, European railways, credit rating agencies.*

# Foro

---



# **UNA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA CRISIS ECONÓMICA \***

**FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN \*\***

## **SUMARIO:**

1. LA INTERPRETACIÓN ECONÓMICA DE LA CONSTITUCIÓN. CARACTERÍSTICAS Y EFECTOS SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL
2. UNA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA CRISIS ECONÓMICA: RECUPERAR LA DEMOCRACIA PLURALISTA Y REVITALIZAR LA NORMATIVIDAD DE LA CONSTITUCIÓN

## **1. LA INTERPRETACIÓN ECONÓMICA DE LA CONSTITUCIÓN. CARACTERÍSTICAS Y EFECTOS SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL**

Desde que comenzó a manifestarse la actual crisis económica hemos asistido a una progresiva limitación de las condiciones formales y materiales que habían conformado hasta ahora a la democracia pluralista y a un debilitamiento de la normatividad de la Constitución. Esta afectación de la democracia pluralista y del orden constitucional va unida a una interpretación económica de la Constitución que se está asentando en el debate público europeo.

Las características esenciales de esa interpretación económica de la Constitución podrían sintetizarse en los siguientes rasgos:

1. En primer lugar, esa interpretación económica no se limita a insertar en la Constitución la vertiente económica del orden social, sino que

\* Este trabajo está dedicado a Rafael Barranco Vela.

\*\* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y Catedrático Jean Monnet «ad personam» de Derecho Constitucional Europeo y Globalización.

pretende, por el contrario, vertebrar todo el orden social y la propia Constitución desde esa vertiente económica, de tal manera que aspira a una concepción global del entero sistema constitucional a partir de la economía. En esto contrasta con la idea de Constitución económica, que se configuraba como una parte de la Constitución que ordenaba la realidad económica, pero no el entero sistema constitucional, y que era compatible con la idea de democracia como un proceso de articulación de intereses plurales de la sociedad.

2. La Constitución económica no interfería, como tal, en la realización de otros principios y derechos constitucionales, más allá de la tensión que reflejaba entre derechos y principios de diverso origen y naturaleza. Más aún, justamente esa tensión interna de la Constitución económica era una garantía del pluralismo y la democracia constitucional porque permitía articular el conflicto social, que es una de las funciones esenciales del Derecho constitucional. Por el contrario, la interpretación económica de la Constitución no se limita ya a interaccionar, como un factor más, con otros principios o derechos constitucionales, sino que pretende someter a esos principios y derechos, no sólo a la economía, sino a una determinada orientación económica, que se presenta como la única posible, la única salida viable para resolver la crisis y para ordenar racionalmente la economía.
3. La consecuencia de esta pretensión es una alteración del significado constitucional de los principios y derechos constitucionales. Así, por ejemplo, la democracia ya no se presenta como un proceso sino como un producto, con un sentido funcional. La idea de la democracia como producto se ha visto impulsada con la crisis económica, en la medida en que las decisiones se adoptan con independencia del resultado de los procesos electorales (ya sea inaplicando los programas electorales en el diseño de las políticas de los gobiernos, ya sea mediante el cambio de los propios gobiernos). La democracia se presenta así a la ciudadanía —en los Estados más afectados por la crisis— como un producto acabado, sin que ella pueda participar. Ese producto se valora en términos económicos dependiendo de su eficacia: si las políticas surten efecto en el plano económico, entonces la democracia funciona. Se llega a decir que el mal funcionamiento de la

economía es equivalente a un mal funcionamiento de la democracia y que, por tanto, la intervención externa está justificada e incluso democráticamente legitimada, porque es una manera de corregir deficiencias del sistema democrático.

4. Esta visión economicista de la democracia se aplica igualmente a otros principios y derechos constitucionales. Por ejemplo al principio de autonomía, a la autonomía territorial, que se percibe con desconfianza porque se dice que incrementa los gastos públicos. Por supuesto, también a los derechos sociales, que se interpretan ahora solamente desde la perspectiva de la necesidad de limitar el gasto. El entero sistema de interpretación constitucional de estos principios y derechos, que se ha ido incorporando a la cultura constitucional europea durante décadas, queda ahora desplazado y sometido a criterios económicos y funcionales. Pero esta involución no afecta sólo a los derechos sociales sino que incide también sobre la configuración constitucional de los derechos y libertades más vinculados al funcionamiento de la democracia pluralista. De manera que la interpretación económica de la Constitución afecta negativamente no sólo a las condiciones materiales sino también a las condiciones formales de la democracia pluralista.
5. Desde el punto de vista constitucional esta interpretación económica de la Constitución tiende a negar el conflicto social y político, impidiendo así que la Constitución cumpla una de sus funciones esenciales, como es la de articular y canalizar los conflictos sociales y políticos, y generando también una involución histórica desde esa perspectiva. En efecto, se produce un retorno —con otros planteamientos— a la situación propia del primer constitucionalismo, que restringió el proceso público mediante la limitación subjetiva de las condiciones de acceso al espacio público, a través del sufragio censitario (reduciéndolo a los sectores sociales que compartían los mismos intereses y valores). Ahora, esta interpretación económica de la Constitución conduce al mismo resultado: negar el conflicto mediante la imposición, en este caso, de unas condiciones objetivas al proceso público que predeterminan las opciones políticas, opciones que ya no dependerán de los procesos electorales, como ha ocurrido hasta ahora en la democracia pluralista. Se aplican políticas

preestablecidas en virtud de determinados criterios económicos, sea cual sea el resultado de esos procesos y sin atender a los programas que los propios partidos gobernantes presentaron a las elecciones.

## **2. UNA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA CRISIS ECONÓMICA: RECUPERAR LA DEMOCRACIA PLURALISTA Y REVITALIZAR LA NORMATIVIDAD DE LA CONSTITUCIÓN**

Hemos visto, muy brevemente, las características de la interpretación económica de la Constitución que se está imponiendo en el debate público europeo. Ahora tenemos que intentar definir en qué consiste la interpretación constitucional de la crisis económica.

1.La interpretación constitucional de la crisis se proyecta tanto en el plano formal como en el plano material. En el plano formal, cuestionando las limitaciones al pluralismo político que se han generado como consecuencia de un discurso económico que se presenta como única alternativa viable. Esas limitaciones al pluralismo impiden que la Constitución cumpla su función nuclear de canalizar los conflictos sociales y políticos fundamentales. Es necesario recuperar esa función constitucional articulando vías de diálogo orientadas a articular consensos sobre la base de las diferentes alternativas posibles. En el plano material, la interpretación constitucional de la crisis debe contribuir a revitalizar la normatividad de la Constitución y el entero sistema de derechos propio de las constituciones normativas. Debe impedir que ese sistema de derechos se convierta en letra muerta frente a la interpretación económica dominante y fortalecer el papel mediador de la Constitución entre las políticas europeas (sea cual sea su orientación) y las políticas estatales.

2.La narrativa economicista se debe cuestionar en su núcleo esencial, que está afectando a las condiciones formales de la democracia pluralista: la idea de que hay un solo camino posible para salir de la crisis económica. El debate sobre si es el mejor o el peor es algo que corresponde a los economistas y, de hecho, es una discusión en curso que se manifiesta en las distintas soluciones que, por ejemplo, Estados Unidos y Europa están dando a la crisis. Lo que nos interesa desde el punto de vista constitucional es señalar que no hay una única solución posible a la crisis y que, en la preten-

sión de reducir a una las respuestas a la crisis hay, desgraciadamente, una profunda actitud antidemocrática que intenta apartar del terreno de la democracia pluralista la solución de los conflictos políticos.

3. En el plano material, esta interpretación constitucional de la crisis no es contraria al principio de equilibrio presupuestario ni a la idea de austeridad, pero cuestiona que el equilibrio presupuestario sólo se pueda conseguir mediante políticas de reducción del gasto que limiten los derechos sociales. Ese planteamiento es cuestionable porque, en primer lugar, no tiene en cuenta las cargas financieras que se han generado para los Estados miembros de la UE más afectados por la crisis como consecuencia de su pertenencia a la zona Euro. Esas cargas financieras adicionales, se producen a través del aumento de la prima de riesgo y del endeudamiento suplementario que se ha generado debido a la dependencia del BCE para hacer frente a los especuladores financieros, por comparación a los Estados de la UE que no están en la zona Euro y cuyos bancos centrales siguen teniendo posibilidades de hacer frente a la crisis en el contexto nacional. En segundo lugar, la interpretación constitucional de la crisis cuestiona que se ponga el acento exclusivamente en la reducción del gasto sin tener en cuenta otras medidas de incremento de los ingresos, como la lucha contra el fraude fiscal, que también podrían contribuir al equilibrio presupuestario.

4. La interpretación constitucional de la crisis económica está orientada a corregir la involución democrática que se está produciendo con el discurso economicista que hoy domina el debate público europeo. En primer lugar, volviendo a incorporar el pluralismo al sistema constitucional y arbitrando soluciones democráticas a los conflictos políticos, mediante la negociación y el consenso entre los agentes políticos y sociales. Esa revitalización del pluralismo es también la primera vía para recuperar los derechos y libertades actualmente en crisis. La recuperación de los derechos fundamentales depende, en primer lugar, de la participación ciudadana en la formulación de las políticas necesarias para salir de la crisis. La dependencia entre derechos fundamentales y configuración del poder político es una constante en la historia del constitucionalismo. En la actualidad, esa relación de dependencia nos permite decir que existe una coherencia estructural entre la democracia pluralista y los derechos fundamentales. Por tanto, cuestionar un discurso como el de la interpretación económica de la Constitución, no

sólo tiene la finalidad de reconstruir las condiciones formales de la democracia pluralista sino también los derechos fundamentales.

5. La segunda vía para corregir la involución democrática y promover la recuperación de los derechos fundamentales consiste en revitalizar la normatividad de la Constitución. La Constitución debe seguir siendo un factor mediador entre las políticas europeas y las políticas internas. Hemos visto recientemente algún ejemplo de un país afectado por la crisis dentro la zona Euro, como es el caso de Portugal, en el que su Tribunal Constitucional ha asumido esa función mediadora de la Constitución normativa con la declaración de inconstitucionalidad de medidas de austeridad puestas en marcha por el gobierno. Es necesario romper el automatismo con el que las políticas de austeridad se están aplicando. La Constitución debe seguir desplegando su eficacia normativa y obligando a los poderes públicos a ajustar sus políticas internas en función de los mandatos constitucionales. La interpretación economicista que se está haciendo del equilibrio presupuestario no puede llegar al extremo de convertirlo en «una Constitución dentro de la Constitución», en un principio que lo invade todo y lo invalida todo dentro del sistema constitucional. La interpretación constitucional de la crisis debe situar el principio del equilibrio presupuestario dentro del contexto constitucional, como un elemento más de un sistema que debe respetar las condiciones formales y materiales de la democracia pluralista.

#### **Resumen:**

*Este trabajo estudia la interpretación económica que ha llevado a un debilitamiento de la democracia pluralista y de la normatividad de la Constitución. Se trata de una interpretación que permea todo el texto constitucional, cambiando su significado y negando el conflicto social y político. Por ello, el autor reivindica una interpretación constitucional de la crisis que revitalice el sentido de la democracia pluralista y recupere su lugar en la organización del Estado así como un espacio propio en la Unión.*

**Palabras Clave:** Democracia pluralista, Constitución normativa, crisis económica, Unión.

#### **Abstract:**

*This paper analyzes the economic interpretation that brought the weakness of the pluralist democracy and the force of the Constitution. This interpretation takes over the whole constitutional document, changing its meaning and denying the social and political conflict. Therefore the author claims for the strengthening of the pluralist democracy, that should recover its place in the State and a new position in the Union.*

**Keywords:** Pluralist democracy, Constitution, economic crisis, Union.

## Noticias de libros

---



**NOTICIA DEL LIBRO DE AGUSTÍN JOSÉ MENÉNDEZ  
*DE LA CRISIS ECONÓMICA A LA CRISIS CONSTITUCIONAL  
DE LA UNIÓN EUROPEA*, EOLAS EDICIONES, LEÓN, 2012**

ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ \*

El objetivo de estas breves líneas no es otro que el de alertar al lector de la Revista sobre este trabajo y animar a su lectura. Su autor, el profesor Menéndez, bien conocido en círculos académicos, emprende un nuevo proyecto en una línea de investigación consolidada y realiza, en esta ocasión, una crónica pormenorizada de lo que está siendo la gran crisis del proyecto político europeo, una crisis que comenzó siendo económica y que amenaza con arramblar cualquier rasgo de constitucionalismo en la Unión. Por decirlo en las expresivas palabras del autor «si por Europa entendemos un proyecto de integración mediante el derecho constitucional democrático, no sólo el fracaso del Euro puede tumbar a Europa, sino que su rescate podría también acabar con Europa» (p. 116). Esta conclusión no es la de un agorero sino la de quien en los capítulos precedentes ha llevado una tarea de selección y sistematización en la que, partiendo de la crisis generada por las hipotecas basura, se caracterizan diferentes secuencias temporales y se identifican las decisiones puntuales y las reformas estructurales emprendidas por la Unión hasta la fecha de la publicación del ensayo. Resulta así una narrativa que es absolutamente necesaria porque todo fenómeno constitucional, en puridad cualquier fenómeno social, precisa de una narración como punto de partida. Sólo desde la secuencia narrativa es po-

\* Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Granada.

sible ordenar, establecer relaciones y extraer conclusiones. No se puede encarar la actual crisis sin encontrar el hilo conductor y sin hilo Teseo no sale del laberinto. Esta monografía no va dirigida sólo al público especializado sino que su destinataria posible (y deseable) es la opinión pública informada, aquélla que quiere observar el retrato del Papa Inocencio X desde Velázquez hasta Bacon; aquélla que quiere ver cómo la Unión Europea ha enfrentado lo que el autor llama sus cuatro debilidades estructurales, dejando por imposible la mera gestión de la crisis para intentar gobernarla (p. 73), a través de instrumentos completamente atípicos que han desfigurado tanto la estructura normativa como la orgánica de la propia Unión y de los Estados Miembros.

Pero teniendo este trabajo una voluntad esencialmente expositiva en el sentido que se acaba de señalar, los datos no son dispuestos de una manera meramente acumulativa. Antes bien, son interpretados, leídos, de acuerdo con un bien trabado armazón teórico (brillantemente expuesto en el capítulo de conclusiones), dando lugar a reflexiones agudas y en absoluto estereotipadas. Resulta así un análisis sugestivo que conduce a su vez a que el lector se pregunte sobre cuestiones esenciales de teoría constitucional, en especial, si es posible una crisis económica sin una crisis constitucional o en definitiva, si podrá sobrevivir la cultura constitucional europea, anclada en torno al concepto de Estado social.

Tras este trabajo, el lector verá disminuidas las dificultades para descifrar lo que ha ocurrido. Contará con una exposición rigurosa y un capítulo conclusivo en el que el autor sistematiza sus principales hipótesis. La identificación de los buenos y de los malos queda a cargo del que haya leído la monografía con aprovechamiento. Lo que el profesor Menéndez sí nos demuestra es que objetivamente estamos mucho más cerca de caer del lado equivocado. De lo que sigue ocurriendo podrá el lector encontrar referencias en el artículo del mismo autor que con el título «La mutación constitucional de la Unión Europea» se ha publicado en el número 96 de la Revista española de Derecho constitucional.

**NOTICIA DEL LIBRO DE FAUSTO VECCHIO:  
*PRIMAZIA DEL DIRITTO EUROPEO E SALVAGUARDIA  
DELLE IDENTITÀ COSTITUZIONALI. EFFETTI ASIMMETRICI  
DELL'EUROPEIZZAZIONE DEI CONTROLIMITI*, GIAPPICHELLI  
EDITORE, TORINO, 2012.**

VALENTINA FAGGIANI \*

La obra «Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti» del Profesor Fausto Vecchio es el resultado de la tesis Doctoral presentada por el autor en el ámbito de un Doctorado en cotutela entre la Universidad de Granada (España) y la Universidad de Lisboa (Portugal), bajo la dirección de los Profesores Francisco Balaguer Callejón y Vasco Pereira da Silva. Una tesis doctoral que no solo obtuvo la máxima calificación sino que ha recibido recientemente, el pasado 17 de mayo, el prestigioso premio de la European Law Faculty Association de Estrasburgo, una asociación que reúne más de 200 Facultades de Derecho en toda Europa.

Todo ello asegura que, sin duda, el trabajo del Prof. Vecchio está llamado a convertirse en una obra de referencia y obligada consulta en la materia que trata.

Estamos ante un texto «auténticamente europeo», escrito, como así señala el Prof. Balaguer Callejón en su prologo, por un «federalista europeo»<sup>1</sup>, destinado a tener un fuerte impacto en la cultura constitucional europea, dejando su huella.

\* Investigadora de Derecho Constitucional. Universidad de Granada.

<sup>1</sup> Vid. BALAGUER CALLEJÓN, F., «Prefazione» al libro: VECCHIO, F., *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli Editore, Torino, 2012, pp. XVII-XXI.

En esta obra el autor se aproxima en forma original y con el rigor científico que lo caracteriza al proceso de integración europea desde sus anomalías y contradicciones, a partir de la constante e inevitable tensión dialéctica entre el respeto de la identidad constitucional de los Estados Miembros de la UE, en virtud de la cláusula de europeización de los contralímites (art. 4.2 TU), esto es, de los límites impuestos por las Constituciones nacionales a las limitaciones de la soberanía nacional aceptadas en virtud de la adhesión a la UE, y la primacía del derecho de la UE, «que representa hoy todavía uno de los misterios más fascinantes y controvertidos del derecho europeo» (p. XXIII), entre la «instancia unitaria» y la «instancia a la diferenciación» (p. 98) y a la creación de una peligrosa integración asimétrica.

En el análisis de las tensiones del proceso de integración europea, en el que el autor es un especialista, como acreditan sus distinguidas publicaciones, el Prof. Vecchio, a través del Derecho Constitucional europeo y acudiendo al método jurídico comparado, profundiza no sólo en las categorías esenciales del Derecho de la UE, sino también en los sistemas constitucionales de los Estados que la integran desde una perspectiva comparada, que enriquece sobremanera la obra.

A través del método jurídico comparado, el Prof. Vecchio parte de la premisa de la existencia de un mínimo común denominador, de una sustancial homogeneidad, de un patrimonio constitucional común a todos los Estados de la UE, a pesar de las diferencias formales que caracterizan a los ordenamientos que la integran. Y es precisamente este mínimo común denominador el que le da sentido y legitimación.

Con respecto a su estructura, el autor articula su obra en cinco partes, en las que analiza ordenadamente las relaciones entre el principio de primacía y el respeto de las identidades nacionales desde todos los niveles y espacios constitucionales que integran la UE. Su finalidad es elaborar respuestas y soluciones que permitan superar el impasse en el que se encuentra hoy la UE y avanzar en su construcción.

En la primera y en la segunda parte el Prof. Vecchio aborda con realismo y demostrando un conocimiento profundo del Derecho europeo algunas de sus categorías esenciales. La segunda parte analiza más bien la jurisprudencia, tanto del Tribunal de Justicia de la UE (en adelante TJUE),

como de los tribunales constitucionales nacionales que más impacto ha tenido en la definición de las relaciones entre la UE y sus Estados Miembros.

En particular, en la primera parte el autor trata el principio de la primacía del Derecho de la UE con respecto a los paradigmas de la integración, analizando el monismo internacionalista del Tribunal de Justicia de la UE, el dualismo de la *Corte Costituzionale* italiana y el dualismo del *Bundesverfassungsgericht* alemán. Y en la segunda parte, analiza las relaciones entre el principio de primacía y las identidades nacionales en el Tratado de Lisboa, intentando interpretar dicho texto desde sus «elementos constitucionales» (el principio de la primacía ahí solo implícitamente reconocido, la tutela de las identidades nacionales y la europeización de los contralímites y las cláusulas horizontales contenidas en la Carta de los derechos fundamentales de la UE).

A continuación, en la tercera, cuarta y en la quinta parte, el autor lleva a cabo un estudio exhaustivo de la tensión dialéctica que atraviesa el principio de primacía y el respeto de las identidades nacionales a través de un minucioso análisis de la reciente jurisprudencia dictada por los Tribunales constitucionales nacionales.

Del análisis jurisprudencial desarrollado en esta obra, se puede concluir que la tradicional tensión, que desde siempre ha caracterizado la UE y que magistralmente ha sido descrita por el autor, se ha visto acentuada por la actitud de «los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, que preocupados por la erosión de las propias competencias (determinada por la expansión de la integración jurídica)» y «sobre la base de una jerarquía entre los valores tutelados por las cartas fundamentales», «ha individualizado un núcleo de normas que, por su capacidad de encarnar los principios irrenunciables del ordenamiento constitucional, son destinadas a prevalecer sobre el «valor de la integración europea» (p. XXIV).

En antítesis a esta tendencia, el autor señala con claridad la necesidad de encontrar un equilibrio entre las contradicciones y tensiones, que caracterizan la UE, con el objeto de alcanzar «la unidad material del ordenamiento jurídico constituido», en un sistema abierto, integrado por una pluralidad de ordenamientos, fuentes y espacios constitucionales en el contexto del fenómeno de la globalización. Sin embargo, dicha solución solo se podrá alcanzar a través de la consolidación de un nuevo «horizonte metodo-

lógico» (p. 66), basado en el «constitucionalismo procesal»<sup>2</sup>, en la «interacción dialógica» y dinámica (p. 67) y en la cooperación entre los distintos niveles jurisdiccionales e institucionales en los que la UE se articula. Y es desde esta perspectiva que hemos de reinterpretar tanto el principio de la primacía como el principio del respeto de las identidades nacionales.

Por lo tanto, y como acertadamente señala el autor, por una parte, la primacía deberá ser entendida en términos de «primacía aplicativa, como extrema ratio, la cual no incide en la validez de la norma desaplicada» y, por otra parte, a pesar de que se siga reconociendo que las categorías de la identidad constitucional y de los contralímites desarrollan «una esencial función de control y dirección» en la definición de las relaciones entre la UE y los Estados Miembros, y «su carácter fundamental para garantizar que la dimensión unitaria del ordenamiento no se traduzca en una amenaza para la pluralidad de los valores que lo componen», se confirma también su carácter excepcional.

En definitiva, el camino a seguir propuesto por el autor en esta obra parece, por lo tanto, la respuesta más razonable para que los Estados Miembros de la UE y sus instituciones puedan avanzar en el proyecto de construcción europeo, alcanzando su Unidad en el respeto de las identidades particulares y de su carácter plural.

Sin duda, y como ya he señalado, esta obra, por su rigor, por su actualidad y por la seriedad y profundidad de su análisis, está llamada a convertirse en un referente para los estudiosos del Derecho Constitucional Europeo; por lo que sólo me queda felicitar al autor por este trabajo y animarlo a seguir en la misma línea.

<sup>2</sup> Esta expresión ha sido acuñada a partir de la categoría «constitución proceso» que el Prof. CANTARO, A. ha utilizado en el siguiente estudio: «La disputa sulla Costituzione europea», en AA.VV., *Verso la Costituzione europea*, Milano, 2003, pp. 29-87.

## **PROCESO DE EVALUACIÓN Y SELECCIÓN DE MANUSCRITOS**

### **CONTENIDO TEMÁTICO DE LOS MANUSCRITOS**

La ReDCE publicará trabajos de investigación relacionados con el Derecho constitucional europeo en sentido amplio, de manera que abarca la teoría general del Derecho constitucional europeo, problemas concretos del Derecho constitucional de la Unión Europea y cuestiones referentes al Derecho constitucional de los distintos países, siempre que aborden temas de dimensión europea.

### **REQUISITOS FORMALES DE LOS MANUSCRITOS**

1. Salvo casos excepcionales, el manuscrito no podrá superar las cincuenta páginas DIN A-4, con formato Times New Roman 14, espacio 1.5, dos retornos entre cada párrafo.
2. Contendrá un título y un sumario con los epígrafes más relevantes. También deberá incorporar un resumen de medio folio y una relación de palabras clave, en castellano y en inglés.
3. Las notas a pie de página estarán redactadas con formato Times New Roman 12, espacio simple y separación automática entre notas.
  - a) Para libros la cita se realizará del siguiente modo: R. SMEND, *Constitución y Derecho constitucional*, trad. J. M. Beneyto Pérez, CEC, Madrid, 1985, p. 58 y ss.
  - b) Para los artículos la cita se realizará del siguiente modo: P. HÄBERLE, «Europa como comunidad constitucional en desarrollo», *ReDCE*, núm. 1, 2004, p. 7 y ss.
  - c) Para obras citadas se realizará del siguiente modo R. SMEND, *op. cit.*, p. 22 y ss.

### **CRITERIOS DE EVALUACIÓN Y SELECCIÓN DE LOS MANUSCRITOS**

1. Los manuscritos deben versar sobre un tema relacionado con el Derecho constitucional europeo (véase contenido temático). Se rechazarán los manuscritos que no versen sobre esta temática.
2. Dentro del ámbito temático señalado se puede tratar de un trabajo general, de un comentario jurisprudencial o de un comentario legislativo.
3. Serán criterios generales de evaluación:
  - a) La oportunidad del tema de acuerdo con el momento político-constitucional en que se envíe.

- b) La novedad o intensidad con la que el tema haya sido tratado en ésta u otras revistas.
- 4. Los criterios particulares de evaluación se determinarán de manera motivada por los revisores anónimos.

## **PROCESO Y PLAN DE SELECCIÓN Y REVISIÓN DE MANUSCRITOS**

1. El manuscrito se enviará en versión electrónica a los siguientes correos: **balaguer@ugr.es** o **montilla@ugr.es**, indicando el autor y modo de contacto. Los editores darán acuse de recibo y, preservando el anonimato del autor, lo enviarán al grupo de revisores anónimos.
2. Los revisores anónimos leerán el trabajo y emitirán en el plazo de dos meses un informe conjunto que irá encabezado con alguna de estas tres posibilidades: muy recomendable, recomendable, no recomendable. El resto del informe detallará los motivos de la calificación. En los casos en los que la publicación merezca el calificativo de «muy recomendable» o «recomendable», el revisor podrá indicar algunas cuestiones que han de ser mejoradas. La publicación estará supeditada a tales mejoras.
3. Los informes que reciban la calificación de muy recomendable sólo dejarán de ser publicados bajo informe motivado de algún miembro del Consejo de Dirección, previa votación mayoritaria del mismo. Los informes que reciban la calificación de no recomendable sólo serán publicables bajo informe motivado de algún miembro del Consejo de Dirección, previa votación unánime del mismo.