

Los llamamientos a la sucesión en la Corona Española como posible indicio del derecho penal del amigo: análisis desde una perspectiva del principio de igualdad*

Calls for succession to the Spanish Crown as a possible indication of the friend-oriented criminal law: analysis from the perspective of the principle of equality

Cecilia CUERVO NIETO**

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo ofrecer una reflexión multidisciplinar y de amplio espectro, desde la perspectiva del principio de igualdad, sobre una de las principales contradicciones dentro del ordenamiento jurídico constitucional español: la inclusión del principio de masculinidad en la sucesión a la Corona según el artículo 57.1 de la Constitución Española. A pesar de que la Constitución establece claramente el principio de igualdad de género en su artículo 14, sigue manteniendo una preferencia por los varones sobre las mujeres en igualdad de condiciones para acceder a la Jefatura del Estado, lo cual constituye una incómoda antinomia interna de profundo calado. Entender su origen y justificación histórica,

* Este artículo se desarrolla en el marco del proyecto coordinado de generación de conocimiento “Plutofilia y Derecho Penal”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, con la cofinanciación del Fondo Social Europeo. Referencia del proyecto: PID2022-142211NB-C21.

** Grado en Derecho y Máster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca con Premio Extraordinario. Doctoranda en el Programa de Doctorado de Estado de Derecho y Gobernanza Global en la Universidad de Salamanca. Personal investigador en formación en la Universidad de Salamanca ORCID: 0000-0002-6717-5476 Contacto: <u135160@usal.es>. Fecha de recepción: 03/02/2025. Fecha de aprobación: 24/05/2025.

así como su actual legitimación y proponer posibles vías de resolución de este conflicto constituyen los principales objetivos de estas páginas. Asimismo, el artículo también ofrece unas pinceladas en torno al llamado Derecho Penal del amigo y su más que posible vinculación con la protección penal (reforzada) de la monarquía en España como un ejemplo más de la quiebra del principio de igualdad en lo tocante a la referida institución.

PALABRAS CLAVE: igualdad; igualdad de género; Constitución Española; Monarquía; Derecho Penal del amigo.

ABSTRACT: This article aims to offer a multidisciplinary reflection, from the perspective of the principle of equality, on one of the main contradictions within the Spanish constitutional legal system: the inclusion of the so-called principle of masculinity in the succession to the Crown according to Article 57.1 of the Spanish Constitution. Despite the fact that the Constitution clearly establishes the principle of gender equality in Article 14, it continues to maintain a preference for men over women in equal conditions for access to the Head of State, which constitutes an uncomfortable internal antinomy of profound significance. Understanding its origin and historical justification, as well as its current legitimisation, and proposing possible ways of resolving this issue are the main objectives of these pages. In addition, the article also offers a few hints about the so-called friend-oriented criminal law and its possible link with the (reinforced) criminal protection of the monarchy in Spain as another example of the breakdown of the principle of equality regarding the afore mentioned institution.

KEYWORDS: equality; gender equality; Spanish Constitution; monarchy; Criminal Law of the friend.

I. INTRODUCCIÓN

La igualdad constituye, tanto en el imaginario colectivo como en el acervo jurídico, uno de los pilares en los que se sustenta la construcción jurídica de los modernos Estados de Derecho. Desde su consolidación en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 hasta la actualidad, la igualdad como principio vertebrador de los regímenes democráticos ha experimentado un notable proceso evolutivo, transitando desde su conceptualización más formal y legalista del Estado liberal (igualdad ante la ley o en la aplicación de la ley) a un estadio de corte material en el Estado social, en el que la igualdad llega a vincular al legislador mismo (igualdad en la ley o en el contenido de la ley)¹. Si bien la igualdad constituye un elemento definitorio de los sistemas jurídicos democráticos y avanzados, su concreta catalogación y conceptualización resulta particularmente compleja dado el amplio y difícilmente aprehensible contenido que en ella se viene incluyendo (hasta el punto de correrse el riesgo de desdibujarla, desnaturalizando su esencia misma), siendo así la igualdad en palabras de Ferrajoli, “un principio dinámico y directivo, nunca plenamente realizado y solo imperfectamente realizable”².

La recepción inicial y posterior vigencia del principio de igualdad en el ordenamiento jurídico español es, como no podía ser de otro modo, plena. En este sentido, el principio de igualdad fue ampliamente reconocido durante el proceso constituyente que articuló la Transición española tras la muerte de Franco en 1975. De esta manera, la igualdad aparece ya en el primer apartado del primer artículo de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE), esto es, en el art.1.1CE, que consagra la igualdad, junto con la justicia, la libertad y el pluralismo político como valor superior

¹ Véase al efecto la Sentencia del Tribunal Constitucional 144/1988, de 12 de julio de 1988, Fundamento Jurídico número 1.

² FERRAJOLI, Luigi, *Manifiesto por la igualdad*, Madrid, Trotta, 2019, p. 15.

del ordenamiento jurídico, en íntima conexión con la definición de España como un Estado social y democrático de Derecho.

Asimismo, y más allá de esta suerte de pórtico de entrada al texto constitucional que constituye el referido art.1.1CE, dotado de un fuerte efecto simbólico y de una posición de preeminencia interpretativa, la igualdad goza también de una intensa presencia en el citado texto constitucional a través, fundamentalmente, de dos preceptos basilares en torno a los cuales se vertebra el régimen jurídico de la igualdad en España, así como toda la normativa desarrollada en la materia en nuestro país –que deberá en consecuencia ajustarse a lo contenido en ambos preceptos so pena de ser declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en su función de máximo intérprete de la Constitución–. Ambos preceptos nucleares son el art. 9.2 CE y el art. 14 CE respectivamente, cuya asociación no debe llevar al equívoco de considerar de manera reduccionista y equivocada que ambos numerales son intercambiables entre sí. Esto es, ambos preceptos son manifestaciones esenciales de la igualdad si bien, uno y otro representan diferentes y diferenciadas vertientes de una misma realidad, siendo la complementariedad la función que preside sus recíprocas relaciones.

Así, la igualdad consagrada en el art.9.2 CE, ubicada aún en el Título Preliminar de la Carta Magna, se configura como una igualdad de corte social y democrático cuando propugna que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. El precepto, notablemente influenciado por el inciso segundo del artículo tercero de la Constitución italiana de 1947, convierte en palabras de Pérez Cepeda a los poderes públicos en garantes y promotores activos de la igualdad material³ que el artículo con-

³ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “Aporofobia y Derecho Penal en el Estado Social”, en AA.VV., *Alternativas político-criminales frente al Derecho Penal de*

sagra, toda vez que impone al conjunto de los poderes públicos el mandato imperativo e ineludible de, de manera proactiva, llevar a cabo una auténtica promoción de las condiciones que posibilitan que la igualdad sea algo más que una mera enunciación declarativa o incluso retórica. En definitiva, el art.9.2 CE responde a las exigencias propias del Estado social que, trascendiendo la sola igualdad jurídica, vincula directamente al propio Estado a través de sus respectivos poderes, siendo por tanto una manifestación de la igualdad en la ley o en el contenido de la ley, aludida *supra*, por cuanto opera también frente al Poder Legislativo.

Teniendo en cuenta lo anterior, junto al art. 9. 2 CE, el otro precepto axial del régimen jurídico en materia de igualdad es el art. 14 CE, que enuncia de manera restrictiva en cuanto a la titularidad del derecho (frente al universal *tutti i cittadini* por el que optó el constituyente italiano en el artículo tercero de la Constitución de la República trasalpina) que los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. El referido artículo consagra así expresamente el principio de igualdad ante la ley (que opera fundamentalmente frente a los órganos aplicadores, que no productores, del Derecho, especialmente los órganos jurisdiccionales y administrativos) reconocido por la doctrina mayoritaria como un verdadero derecho subjetivo, aunque no fundamental, que además proscribiera cualquier tratamiento discriminatorio, entendiéndose por este todo trato diferenciado que no cuente con una razón o motivo que, objetiva y legítimamente, justifique dicha diferenciación. El art. 14 CE constituye así una plasmación clara de la igualdad en su vertiente liberal, más formal y legalista que material, que reconoce a los españoles el derecho a recibir un trato no diferenciado por motivos arbitrarios que no merezcan objetiva justificación.

la aporofobia, Valencia, Tirant lo Blanch, vol. 14, 2022, p. 46.

Asimismo, más allá de los tres preceptos mencionados (reúerdense los art.1.1, 9.2 y 14 CE), verdadero trípode en el ordenamiento jurídico español de carácter *erga omnes*, el principio de igualdad también encuentra adecuado acomodo y reconocimiento a lo largo del texto constitucional en relación con diferentes cuestiones o instituciones jurídicas, tales como el matrimonio ex art. 32 CE, los derechos de los hijos y la filiación ex art. 39 CE, el derecho al trabajo ex art. 35 CE o el sistema tribuatrio ex art. 31 CE.

En relación con el asunto que aquí nos ocupa relativo al encaje del orden de sucesión a la Corona con el principio de igualdad así como su posible configuración con lo que se ha dado en denominar, todavía de manera muy incipiente, como Derecho Penal del amigo, conviene acotar por lógicas razones de espacio la materia objeto de estudio teniendo en cuenta el marco teórico sucintamente expuesto en esta breve introducción. De este modo, el objetivo de estas páginas es determinar de qué modo el principio de igualdad, y más concretamente, el principio de igualdad de género o entre hombres y mujeres, es respetado en la regulación que el constituyente español realiza en materia de llamamientos al trono español. Y todo ello obviando la cuestión, no por asumida menos cuestionable (permítase la redundancia), del difícil encaje que el mismo art. 14 CE en los términos expuestos pueda tener en la existencia misma de un régimen monárquico no electo (más allá de su indirecta ratificación en el referéndum popular del 6 de diciembre de 1978 por el que la gran mayoría de españoles mostró su aprobación al proyecto de texto constitucional) como el que existe en España, dado que no forma parte de mis objetivos con este presente artículo plantear una enmienda a la totalidad a la Monarquía, sino circunscribirme aquí y ahora a la cuestión del orden sucesorio y su incidencia en el principio de igualdad.

El *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico* define la igualdad de género como “la existencia de una igualdad de oportunidades y derechos entre las mujeres y los hombres en los ámbitos privados y público que les brinden y garanticen la posibilidad

de realizar la vida que deseen⁴". A tal efecto, la noción –ya que resulta más adecuado hablar de una noción que de un verdadero concepto *strictu sensu*– de igualdad de género es, en consonancia con lo expuesto respecto de la difícil aprehensión conceptual de la igualdad y su devenir evolutivo, el resultado de un largo proceso de construcción a diferentes niveles, no solamente jurídico, sino también social e histórico fundamentalmente, que permite adjetivar a su vez el complejo (por universal, utópico y aún distorsionado) concepto de la igualdad conforme a lo apuntado en los párrafos precedentes.

El ordenamiento jurídico español cuenta en la actualidad con una normativa en la materia especialmente avanzada y desarrollada dentro del marco del Derecho Comparado iniciándose esta normativa fundamentalmente con la pionera Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres y habiéndose apuntalado recientemente con la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación. Si bien nuestro texto constitucional no reconoce expresamente este término de la igualdad de género, el mismo viene claramente implícito en una serie de artículos nucleares de la Carta Magna que sí consagran expresamente el principio de igualdad aunque sin la específica adjetivación del género. Me remito aquí a lo expuesto en los párrafos precedentes en relación con la amplia acogida que el principio de igualdad –entre cuyas adjetivaciones conforme a la enumeración ejemplificativa del art. 14 CE, recuérdese la expresión “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, cabe entender incluido el género– encuentra en la Constitución de 1978.

⁴ Consultado en: <<https://dpej.rae.es/lema/igualdad-de-g%C3%A9nero>> (22/01/2025).

Yendo más allá y siguiendo a Vázquez Pariente⁵, caben extraerse tres principales manifestaciones del derecho a la igualdad de género:

- La prohibición de discriminaciones directas que impliquen un tratamiento distinto y claramente perjudicial para una persona por razón de su género.
- La prohibición de discriminaciones indirectas frente a aquellos comportamientos formal y aparentemente neutros pero de los que igualmente se derivan perjuicios para las personas en función de su género.
- El mandato destinado a los poderes públicos de remover ex art. 9.2 CE aquellos obstáculos que impidan o dificulten la plenitud de la igualdad efectiva y de oportunidades entre hombres y mujeres.

Es por ello que, considerando lo anterior, sorprende y mucho por su difícil acomodo en las exigencias del principio de igualdad plasmadas en los citados preceptos constitucionales, la redacción que en relación con el orden de sucesión a la Corona se contempla en el art. 57.1 CE, cuyo análisis me propongo realizar a continuación. Es decir, partiendo de lo enunciado en los art. 1. 1; 9.2 y 14 CE, ¿es posible hablar de la inconstitucionalidad de las normas constitucionales, como defiende parte de la doctrina alemana⁶, por referencia al art. 57.1 CE? ¿Puede la Constitución incurrir en antinomias o contradicciones internas? A estas y otras cuestiones se intentará dar cumplida respuesta a lo largo de las páginas que integran el presente artículo.

⁵ VÁZQUEZ PARIENTE, Javier, *Derecho Constitucional, Temas del programa de las oposiciones de ingreso en las carreras judicial y fiscal*, 2015, p. 46.

⁶ Téngase en cuenta que el concepto de normas constitucionales inconstitucionales fue acuñado, desde tesis marcadamente iusnaturalistas, por el jurista alemán Otto Bachof. Consultado en: <<https://www.linkedin.com/pulse/temas-curiosos-de-derecho-constitucional-existen-otto-cami-lo/?originalSubdomain=es>> (24/01/2025).

II. EL ORDEN DE SUCESIÓN A LA CORONA PRESCRITO EN EL ART. 57.1 CE: ORIGEN Y ALCANCE

La Constitución Española presenta como singularidad histórica la de ser la única constitución europea que, desde el fin de la Segunda Guerra Mundial en el año 1945, instauró –o quizás fuera más adecuado señalar que restauró– una monarquía⁷. De esta manera, frente al nuevo signo de los tiempos que vio caer monarquías en países como Italia o Grecia, la conocida como Constitución del 78 supuso para España una verdadera restauración monárquica en la persona de Juan Carlos I de Borbón como “legítimo heredero de la dinastía histórica” ex art. 57. 1 CE, al consagrar dentro del Título Preliminar, en el apartado tercero del artículo primero, que “La forma política del Estado español es la monarquía parlamentaria”.

Resulta llamativo que una de las materias que precisamente con mayor nivel de detalle, frente a la notable vaguedad existente en otras cuestiones⁸, regula la Carta Magna es la de la Corona,

⁷ BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Introducción a la Constitución*, Madrid, Alianza, 2006, p. 70.

No obstante, es preciso matizar que la propia instauración de la monarquía (quizás sería más adecuado hablar de restauración) venía ya de atrás, mediante dos leyes franquistas; la Ley Orgánica del Estado, de 10 de enero de 1967, y la Ley de Sucesión a la Jefatura de Estado, de 26 de julio de 1946 (a la que la primera modifica). A tal efecto, ya el art. 9 de la Ley de Sucesión consagraba el principio de masculinidad al exigir expresamente que quien ostentase la Jefatura del Estado, como Rey o en su caso como Regente, debía ser además de español, varón, mayor de treinta años y católico. Consultado en: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>> (última consulta realizada el 22/01/2025).

⁸ Siendo ello debido a mi parecer a que, a diferencia de la mayoría de materias reguladas por la Constitución, que cuentan con un régimen jurídico propio desarrollado posteriormente por normativa inferior, ya sea legal o administrativa en su caso, no existe, más allá de la escuetísima Ley Orgánica 3/2014 (en relación con la abdicación de Juan Carlos I en su hijo, el actual rey Felipe VI, en cumplimiento de la exigencia del art. 57. 5 CE) una normativa que

dedicándole todo un título *ad hoc*, el Título II, al que confiere además una protección particularmente intensa al incluirla dentro de la cláusula cuasi pétrea de fáctica intangibilidad amparada bajo el denominado procedimiento agravado de reforma constitucional del art. 168 CE (y al mismo nivel que el propio Título Preliminar y que los derechos fundamentales *strictu sensu* –como el derecho a la vida, a la integridad o a la tutela judicial efectiva– de la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero).

Partiendo de estas consideraciones, el art. 57 regula el orden de sucesión a la Corona con un gran nivel de detalle, pretendiendo con vocación exhaustiva contemplar todas las diferentes situaciones fácticas que pueden plantearse a fin de evitar crisis institucionales ante faltas de respuesta derivadas del vacío normativo. Es decir, en palabras de Martínez Cristóbal, “la Constitución regula de forma automática la sucesión en el trono de forma que en ningún supuesto la Corona pueda quedar vacante”⁹. De esta manera, el citado precepto enuncia en su apartado primero que, “La Corona de España es hereditaria en los sucesores¹⁰ de S. M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica. La sucesión en el trono seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto; en el mismo grado, el varón a la mujer, y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos”.

de manera integral e integradora regule la institución monárquica, siendo la propia Constitución la que desarrolla en su Título II las disposiciones en la materia.

⁹ MARTÍNEZ CRISTÓBAL, Daniel, “La problemática actual de la monarquía española: entre el debate funcional y la discriminación en la Sucesión”, *Revista Opinión Jurídica*, núm. 31, 2021, p. 159.

¹⁰ También la expresa utilización de este término, sucesores, frente al mucho más unívoco de descendientes, contribuye a aumentar la confusión en torno al precepto constitucional analizado.

En relación con el tema de estudio del presente artículo, es el primer apartado el que interesa. A tal efecto, después de declarar el carácter hereditario de la Corona¹¹, se consagran expresamente los principios de primogenitura y representación (en virtud del cual los hijos del heredero premuerto reciben la herencia que hubiere correspondido a su padre fallecido), propios de la tradición del Derecho histórico español y clara herencia directa de la Siete Partidas de Alfonso X El Sabio –(particularmente de la Ley II del Título XV de la Partida II) que introdujeron expresamente el citado principio de representación¹²–, enunciando a continuación el orden de prelación en los llamamientos al trono.

Por tanto, la Constitución declara preferible la línea anterior, dentro de la misma línea, el grado más próximo, dentro del mismo grado, el varón y, dentro del mismo sexo, la persona de mayor edad (es decir, el principio de primogenitura que se reitera en el precepto). Es evidente por tanto que el constituyente si bien sin mencionarlo expresamente plasma el principio de masculinidad que ya se introdujera en la aludida Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado del año 1947, si bien suavizando el rigor de la citada ley por cuanto no excluye de plano la posibilidad de que las mujeres lleguen a acceder a la Jefatura del Estado, si bien sí que supedita esa posibilidad frente al varón que tendrá así clara preferencia dentro de la misma línea y en un mismo grado de parentesco. Se establece así un tratamiento diferente, asimétrico para una misma

¹¹ El carácter hereditario de la sucesión al trono lleva vigente en España desde el siglo X, cuando se sustituyó el sistema de elección propio de los visigodos por el hereditario, característico en la actualidad de todos los regímenes monárquicos europeos y acreedor precisamente del fuerte cuestionamiento social relativo a su ausencia de legitimidad democrática.

¹² Las Partidas son herederas a su vez de la Novela 118 de Justiniano, disponían que si hubiera fallecido el hijo mayor del Rey, los hijos o descendientes legítimos de aquel heredarían la Corona por derecho de representación (actualmente previsto expresamente en el art.934 del Código Civil en el ámbito de la sucesión *ab intestato* o legal).

situación de partida, toda vez que ante mismas circunstancias las oportunidades no van a ser ya iguales.

Resulta interesante destacar que esta clara quiebra del principio de igualdad de oportunidades que implica una evidente discriminación en la sucesión a la Corona en función del sexo de la persona de que se trate (recuérdese el art. 14 CE ya aludido), no suscitó especial controversia durante su tramitación parlamentaria en las Cortes constituyentes, especialmente en lo que al Congreso de los Diputados se refiere.

Cuestión distinta es el debate surgido en el Senado, donde merece especial atención la discrepancia, aunque fundamentalmente semántica, suscitada por parte del senador honorífico Camilo José Cela quien, frente al término peyorativo “hembra” previsto en la redacción originaria (por cierto, no en el contenido del actual art. 57 sino en el del art. 49.1 del texto del Anteproyecto de 5 de enero de 1978¹³), señaló muy acertadamente que debía emplearse en su lugar el término mujer, por cuanto “lo opuesto a hembra no es varón sino macho y el término opuesto a varón es mujer”. Más allá de estas cuestiones semánticas y terminológicas fueron los senadores Villar Arregui y Portabella, quienes declararon que la preferencia del varón a la mujer dentro del mismo grado de parentesco entra en flagrante contradicción con el principio de igualdad que también el Anteproyecto de texto constitucional contemplaba.

No obstante, finalmente (aunque con el término mujer frente al discriminatorio y más propio de la zoología concepto de hembra) la pretendida enmienda de Villar Arregui¹⁴ no prosperó, por lo que la preferencia del varón se mantuvo en la redacción defini-

¹³ Consultado en: <https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_044.PDF> (23/01/2025).

¹⁴ Cuyo texto original establecía que “La Corona de España es hereditaria en los sucesores de S. M. D. Juan Carlos I, legítimo heredero de la dinastía histórica. La sucesión en el trono corresponderá, en primer lugar, al Príncipe de Asturias D. Felipe de Borbón y Grecia y, en adelante, seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea

tiva de la Carta Magna en los términos apuntados, produciéndose así la “constitucionalización de la desigualdad en el acceso a la Jefatura del Estado¹⁵”, desigualdad paradójicamente proscrita en el mismo texto constitucional ex art. 1.1; 9.2 y 14 CE, en los términos referidos *supra*.

Ya se ha indicado que el modelo de sucesión a la Corona dibujado por la Constitución en su art. 57. 1 CE responde a los parámetros históricos de la monarquía española que se remontan a la Edad Media. Y también la preferencia sucesoria del varón sobre la mujer encuentran una suerte de legitimación histórica.

En este sentido, existe mucha confusión respecto de los antecedentes históricos (no próximos que vendrían constituidos por las dos leyes citadas del periodo franquista), más lejanos en el tiempo, especialmente en torno a la erróneamente llamada Ley Sálica, supuestamente¹⁶ importada desde Francia por Felipe de Anjou (que reinaría como Felipe V) en 1713, en el contexto histórico de la Guerra de Sucesión provocada tras la muerte sin hijos

anterior a las posteriores; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto, y en el mismo grado, la persona de más edad a la de menos”.

¹⁵ CALABUIG PUIG, María Amparo, y SANJUÁN ANDRES, Francisco Javier, “Hacia la constitucionalización de la igualdad de género en la sucesión a la Corona”, *I Coloquio Internacional Haciendo Historia: Género y Transición Política “Transiciones en marcha”*, Universidad de Alicante, 2015, p. 142.

¹⁶ En este punto es importante entender que la verdadera Ley Sálica no llegó a estar vigente nunca en España. A tal efecto, la auténtica Ley Sálica francesa que, frente a la creencia habitual no fue instaurada por el recién nombrado rey Felipe V (nieto a la sazón del “Rey Sol”, Luis XIV de Francia), excluía siempre y en todo caso a las mujeres de cualquier posibilidad sucesoria, prohibiéndolas de todo punto ya no solamente reinar sino también llegar a transmitir sus respectivos derechos sucesorios a sus hijos varones. Frente a ello ya se ha dicho que la Ley de Sucesión Fundamental de 1713, también conocida como “ley agnaticia”, solamente excluye a las mujeres para el caso de que existan legítimos herederos varones, aunque su grado de parentesco con el monarca causante sea más lejano, tanto en la línea principal como en la lateral.

del último monarca de la casa de los Austrias, Carlos II el Hechizado, y que supuso el inicio del reinado en España de la dinastía Borbón.

En realidad el texto que se implantó en España el 10 de mayo de año 1713 era una ley diferente aunque de indudable inspiración francesa, que recibió la denominación de la Ley de Sucesión Fundamental (también llamada Ley de Agnación Rigorosa o Auto Acordado y que previamente había sido dictada como Reglamento de Sucesión, siendo elevado a la categoría de ley al ser promulgado por las Cortes), y que frente al excesivo rigor de la auténtica Ley Sálica gala que prohibía siempre y en todo caso reinar a las mujeres, prescribía que las mujeres sí que podrían llegar a reinar, pero solamente en ausencia de herederos varones tanto en la línea principal –hijos y nietos– como en la lateral –hermanos y sobrinos–.

En puridad, habría que decir que, en el marco histórico de la Guerra de Sucesión que supuso el inicio del reinado en España de la dinastía Borbón, el nuevo rey Felipe V tuvo la intención de importar directamente a España la Ley Sálica en los estrictos términos vigentes en Francia. No obstante, ante la oposición de las Cortes españolas, el rey tuvo que rectificar y conformarse con una legislación notablemente más flexible y beneficiosa para las mujeres que la francesa, la citada Ley de Sucesión Fundamental o Ley agnaticia.

Sin embargo, este remedo patrio de la Ley Sálica francesa (esto es, la Ley de Sucesión Fundamental, que incluso es llamada también de manera muy elocuente ley semisálica) fue posteriormente derogado por Fernando VII mediante la Pragmática Sanción, promulgada el 23 de marzo del año 1830, para precisamente poder asegurar la sucesión al trono a su única hija, la futura Isabel II, “la de los tristes destinos”, provocando con ello el estallido de las cruentas Guerras Carlistas¹⁷ entre los llamados

¹⁷ Conflicto dinástico este que daría lugar a hasta tres guerras carlistas distintas, alargándose en el tiempo hasta ya muy avanzado el Siglo XIX, cuan-

isabelinos y los partidarios del infante Carlos María Isidro, tío de la reina. Esto es, de acuerdo con la Ley de Sucesión Fundamental de 1713, Isabel solamente podría reinar en ausencia de legítimos herederos varones, tanto en la línea principal como en la lateral. Dado que Fernando VII tenía un hermano, el ya citado Carlos, de conformidad a la legislación anterior a la Pragmática Sanción, sería este como legítimo heredero varón del Rey en línea lateral quien tendría derecho preferente a la sucesión a la Corona.

En virtud de la Pragmática Sanción de 1830, Fernando VII recuperó directamente, frente a la práctica asimilada a la francesa Ley Sálica, lo prescrito en las Partidas alfonsinas, concretamente en el Título XV de la segunda partida que establecía que las mujeres solo podrían reinar en ausencia de hermanos varones, cualquiera que fuera la edad de estos, ya fueran así mayores o menores. De esta manera, con la Pragmática se restringía notablemente el número de herederos varones legítimos, al mantenerse solamente (frente a la ya desaparecida línea lateral que hubiera legitimado los derechos sucesorios de Carlos) la línea principal. Por tanto, y dado que Fernando VII no tenía más hijos que la propia Isabel y no había por ende ningún varón en la línea principal, Isabel era ya sí legítima heredera al trono, al que accedería prematuramente con tan solo trece años de edad.

Es así evidente que la vigente Constitución española, más de un siglo después, no mantiene una ley que nunca existió en nuestro país (la Ley Sálica), sino que mantiene el espíritu de la Pragmática Sanción y con ello de las mismas Partidas alfonsinas, al establecer el art. 57. 1 CE que las mujeres solamente podrán suceder a la Corona en defecto de hermanos varones, cualquiera que sea su respectiva edad. En todo caso, es importante dejar claro que, pese a cierta rumorología basada en creencias infundadas, la Constitución de 1978 no acoge en modo alguno la Ley Sálica, aunque

do bajo el reinado de Alfonso XII, “el Pacificador” (hijo de Isabel II), se puso fin a la tercera guerra carlista en 1876 y con ello, a este conflicto cuyas consecuencias también se dejarían sentir en la Guerra Civil.

sí que establece que dentro del mismo grado de parentesco siempre tendrá preferencia el varón a la mujer.

Es por ello que, a pesar de los rechazos planteados por ciertos senadores en el proceso constituyente, en España y al amparo constitucional, cualquier hijo varón del rey va a gozar de preferencia sucesoria sobre la hija o hijas del mismo monarca, cualquiera que sea la edad de unos y otras. Ahora bien, si hubiera varios hijos varones, entraría ya sí en juego el aludido principio de primogenitura, que privilegia al heredero que (siendo del mismo sexo, del mismo grado de parentesco y dentro de la misma línea) tenga una mayor edad. Pero estas razones de tradición histórica y continuismo de nuestra historia constitucional no pueden en absoluto justificar en la actualidad, máxime con la creciente concienciación en materia de igualdad real entre hombres y mujeres, lo que a todas luces constituye un verdadero arcaísmo decimonónico y una clara incongruencia de nuestro ordenamiento jurídico.

Es más, España junto con el Principado de Mónaco, Dinamarca y Luxemburgo son las únicas monarquías europeas¹⁸ que no emplean de manera automática y preferente el principio de primogenitura en la sucesión al trono con independencia del sexo de los herederos legítimos, toda vez que ya se ha indicado que dicho principio de primogenitura en España solo opera subsidiariamente cuando los potenciales herederos son todos del mismo sexo, como en el supuesto, por ejemplo, de la actual Princesa de Asturias y su hermana menor la Infanta Sofía, en el que es la superior edad de la primera la que justifica su preferencia sucesoria para reinar, pero solo porque ambas herederas son mujeres¹⁹. Ex-

¹⁸ No obstante, hay que matizar y señalar que Liechtenstein mantiene a día de hoy una férrea Ley Sálica en virtud de la cual suceden exclusivamente los herederos varones.

¹⁹ En este sentido es llamativa la sucesión del mencionado Alfonso XII, ya que este tenía dos hijas, siendo la mayor de ellas la Princesa de Asturias. No obstante, cuando el rey falleció su esposa la reina consorte estaba embarazada y resultó que la primogénita no fue nombrada reina aun siendo ya Princesa

presado de otro modo, en España cuando hay varios herederos y todos ellos son varones o todos ellos son mujeres, en defecto por tanto del principio de masculinidad (bien porque todos son ya varones, bien porque no hay varones), se recurre supletoriamente al principio de primogenitura, ya que, en caso contrario, cuando hay divergencia sexual entre los herederos el principio que operará con preferencia, automáticamente y *ope legis* será el principio de masculinidad.

Desde una perspectiva no ya histórica, sino constitucional, conviene recordar las palabras de Ferrajoli cuando afirma que “se puede muy bien seguir asumiendo, como tarea de la ciencia jurídica, la señalada por Norberto Bobbio hace más de cuarenta años, en un célebre ensayo de 1950: la realización de la unidad, la coherencia y la plenitud del ordenamiento (...).²⁰”. De esta manera, en aras de la coherencia, la plenitud y la unidad referidos no tiene justificación la permanencia de esta cláusula sucesoria dentro del ordenamiento jurídico español que, debiera ser considerado desde una perspectiva necesariamente holística e integradora como un todo regido por una serie de principios y axiomas comunes y unívocos.

Es más, en el caso que nos ocupa ni siquiera es preciso para denunciar la incoherencia del art. 57. 1 CE acudir a otras normas distintas del ordenamiento jurídico diferentes de la Constitución, sino que ya dentro del propio texto constitucional se han venido reiterando aquellos preceptos de la Carta Magna que de manera frontal se oponen al principio de masculinidad heredero del

de Asturias, en espera de conocer el sexo del *nasciturus*, resultando posteriormente que el hijo póstumo fue varón. De esta manera, este tercer hijo del rey fallecido, y único varón, sucedió a su padre con preferencia a sus hermanas mayores, accediendo así al trono como Alfonso XIII (siendo además el único rey de España, junto al italiano Amadeo de Saboya, que llegó a ser rey sin previamente haber ostentado el título de príncipe de Asturias).

²⁰ FERRAJOLI, Luigi, “El Derecho como sistema de garantías”, *Jueces para la Democracia*, núm. 16-17, 1992, pp. 129 y 130.

pensamiento medieval de las Siete Partidas alfonsinas. Se trata por tanto de una antinomia interna de difícil superación.

En este punto resulta muy revelador que cuando España ratificó el 16 de diciembre de 1983 la *Convención de Nueva York sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979*²¹ formuló una importante reserva para no afectar con esta ratificación a las disposiciones constitucionales en materia de sucesión a la Corona española, blindando por tanto el orden de llamamientos descrito en el art 57.1 CE.

Al inicio de este trabajo ya se planteaba la posibilidad de que ciertas normas constitucionales llegaran a ser inconstitucionales, es decir, se aludía a la llamada inconstitucionalidad de las normas constitucionales. Es clara aquí la existencia de una evidente contradicción entre el espíritu de los art. 1.1: 9.2 y 14 como normas generales y preceptos nucleares del texto constitucional (erigidos además en auténticos pilares que sustentan el entramado democrático del Estado) y el art. 57. 1 CE, como norma especial y como precepto que, si bien no es tan axiomático, sí que regula nada menos que la sucesión a la Corona como órgano integrante de la Jefatura del Estado.

En este punto, resulta de gran interés y utilidad conocer el criterio y parecer sostenido por el Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución en relación con esta cuestión. A tal efecto, la STC 126/1997, de 3 de julio²², en su Fundamento

²¹ En este sentido, el artículo primero del citado instrumento internacional define la discriminación como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil, o en cualquier otra esfera”.

²² RTC 1997/126. A tal efecto, la sentencia resuelve una cuestión de constitucionalidad relativa al orden de sucesión de los títulos nobiliarios en el ámbito puramente privado. La sentencia cuenta con un voto particular

Jurídico número siete dispone que “la conformidad con la Constitución del orden regular de sucesión en la Corona no puede suscitar duda alguna, por haberlo establecido así el constituyente”, lo cual constituye a mi personal entender una argumentación jurídica muy pobremente elaborada, atribuyendo al constituyente una suerte de infalibilidad que difícilmente se compadece con su naturaleza humana y de la que evidentemente carece.

En esta misma línea claramente conservadora, Torres del Moral sostiene que no cabe hablar aquí de una supuesta inconstitucionalidad del art. 57, cuando afirma que

En nuestro Ordenamiento no tiene cabida la tesis defendida por algunos juristas alemanes, a los que muy pocos constitucionalistas españoles han prestado oído, de la posible existencia de normas constitucionales inconstitucionales. No hay jerarquía de preceptos en el seno de nuestro texto fundamental, ya que todos sus preceptos participan del carácter de norma suprema de la Constitución; y en caso de disparidad entre ellos, sobran pro-

emitido por los magistrados Vives Antón y Viver Pi-Sunier que en la línea del resto de la sentencia (la divergencia de criterios se centra en otras consideraciones), señala “si la Constitución explícitamente proclamase esta exclusión, como hace en su art. 57 respecto de la sucesión en la Corona, ninguna duda de constitucionalidad podría existir a partir de una sencilla interpretación sistemática de la Constitución y de la indiscutible aplicación del principio de especialidad. No cabe poner en tela de juicio que el propio Texto constitucional puede establecer excepciones explícitas a los principios y derechos proclamados de forma general, sin que ello entrañe ningún «esquizofrénico» problema de constitucionalidad”.

En este sentido, cabe señalar por su relevancia la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre la igualdad del hombre y de la mujer en la sucesión a los títulos nobiliarios, que suprimió la histórica preferencia del varón a la mujer en la sucesión de los mencionados títulos. No obstante, esta ley-meramente ordinaria- ni puede ni quiere afectar al ámbito de la Corona, pues su dimensión es meramente privada sin extender sus efectos a un ámbito constitucional como es la sucesión a la Jefatura del Estado.

cedimientos hermenéuticos para salvar el escollo (por ejemplo, aplicando el principio de que la norma especial es de aplicación preferente frente a la norma general) sin que se cuestione la coherencia interna de la Constitución.²³

Conviene en este punto recordar lo que algunos años antes señalaba el propio Tribunal Constitucional (en relación con el principio de igualdad y de manera mucho más coherente en mi opinión aunque sin mencionar expresamente a la Corona) en el primer fundamento jurídico de la STC 91/1986, de 2 de julio²⁴, cuando afirmaba que “el respeto a la Constitución exige, sin duda, que se hagan desaparecer situaciones jurídicas nacidas de actos jurídicos contrarios al orden constitucional”. Si se tiene en cuenta que el principio de masculinidad que otorga preferencia *ope legis* al varón sobre la mujer dentro del mismo grado de parentesco vulnera el principio de igualdad como elemento integrante y axiológico del llamado orden constitucional, podría deducirse que esa situación jurídica discriminatoria amparada en el art. 57. 1 CE debería desaparecer en aras al respeto a la Constitución al que alude el Tribunal.

Asimismo, el Consejo de Estado emitió un informe –no vinculante– el 16 de febrero del año 2006 (elaborado por la Comisión de Estudios del Consejo y evacuado a instancia del Consejo de Ministros –mediante un acuerdo del 4 de marzo del 2005– para que sirviera de guía con ocasión de una hipotética reforma constitucional que pretendía entre otras cosas la eliminación del principio de masculinidad en el art. 57 CE, salvaguardando no obstante los derechos ya adquiridos por el entonces Príncipe de Asturias)²⁵

²³ TORRES DEL MORAL, Antonio, “Fórmulas para el establecimiento de la igualdad sucesoria en la Corona”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Cerial*, núms. 54-55, 2006, p. 54.

²⁴ RTC 1986/91.

²⁵ A tal efecto, el Gobierno deseaba recabar la opinión del Consejo de Estado en relación con una pretendida reforma constitucional que afectaría a cua-

en el que declaró que los art. 14 y 57.1 CE no eran ni excluyentes ni mutuamente incompatibles sino que, simplemente, regulaban cuestiones diferentes y tenían por tanto distintos ámbitos de aplicación, negando así la existencia de cualquier antinomia.

Dicho organismo consultivo defendió el carácter singular de la regla del art. 57, frente a la generalidad del art. 14, sosteniendo que “la conveniencia de eliminar la preferencia del varón que establece el art.57.1 CE no nace de ninguna clase de contradicción jurídica que sea preciso salvar entre ella y la regla de no discriminación por razón de sexo que enuncia el artículo 14, ya que ambas reglas han sido establecidas por el mismo poder constituyente, una con carácter general y otra con carácter singular, limitada ésta a un único objetivo: acomodar la sucesión en el trono al orden histórico”.

De esta manera, para el Consejo de Estado la necesidad de derogar el principio de masculinidad del art.57 CE no se deriva de una cuestión de coherencia interna al rechazar la existencia de cualquier antinomia o contradicción, sino que resulta de una cuestión que podría llamarse social en el sentido de atender las legítimas reivindicaciones que claman por la igualdad real de oportunidades entre hombres y mujeres en pleno siglo XXI. Es decir, el Derecho no puede ir en contra de los intereses esenciales de aquella sociedad que aspira regular y a la que pretende servir y es por ello, y no por razones de calado constitucional, por lo que la actual redacción del orden de llamamientos a la Corona se evidencia inadecuada y anacrónica para las exigencias del momento actual y del interés público.

Es por ello, concluye el Consejo de Estado que se propone una reforma meramente sustantiva consistente en la sola eliminación

tro concretas materias: al orden de llamamientos a la Corona, al proceso de integración comunitaria, al nombre expreso de las Comunidades Autónomas y a la reforma del Senado.

Consultado en: <<https://www.consejo-estado.es/wp-content/uploads/2021/02/MODIFICACIONES-CONSTITUCION-ESP-1.pdf>> (18/01/2025).

de las palabras “el varón a la mujer”, de modo que el alto órgano consultivo plantea que la cláusula conflictiva quede redactada de la siguiente manera; “en el mismo grado la persona de más edad a la de menos (...)”, abogando así exclusivamente y a semejanza de las monarquías de nuestro entorno por el principio de primogenitura en la sucesión a la Corona. No obstante y para asegurar los derechos dinásticos del entonces príncipe Felipe de Borbón como heredero (recuérdese que el informe es del año 2006, ocho años antes de la abdicación de Juan Carlos I), se propone además añadir la siguiente fórmula: “La sucesión en el trono corresponde a su hijo, el Príncipe heredero Don Felipe de Borbón”.

Es decir, el texto finalmente propuesto por el Consejo de Estado (de manera conjunta y sin diferenciación entre el plano sustantivo y el transitorio como bien apunta Vírjala Foruria²⁶) es el siguiente: “La Corona de España es hereditaria en los sucesores de S. M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica. La sucesión en el trono corresponde a su hijo, el Príncipe heredero Don Felipe de Borbón, y después seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto; y en el mismo grado, la persona de más edad a la de menos”.

En cualquier caso, es evidente que el informe del Consejo de Estado no llegó a materializarse en ninguna reforma real por falta del necesario consenso político. Es más, el propio debate sobre la modificación del art. 57 CE fue progresivamente perdiendo adeptos, máxime por las dificultades técnicas que enfrentaba el recurso al procedimiento agravado de reforma, sin perjuicio de que, además, el nacimiento en el año 2007 de la Infanta Sofía vino a consolidar los derechos sucesorios de su hermana mayor Leonor,

²⁶ VÍRGALA FORURIA, Eduardo, “El informe de 2006 del Consejo de Estado sobre modificaciones de la Constitución Española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 82, 2008, p. 215.

alejando con ello el conflicto que se hubiera planteado de haber sido varón el nuevo descendiente de los entonces príncipes.

III. LA DESIGUALDAD ESTRUCTURAL DE LA MONARQUÍA COMO POSIBLE INDICIO O MANIFESTACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL AMIGO (A MODO DE BREVE EXCURSO)

Hasta ahora, el estudio se ha centrado en el análisis del controvertido art. 57.1 CE, señalando las deficiencias que a la luz e interpretación del conjunto del articulado constitucional el referido precepto presenta. No obstante, yendo más allá, podría entenderse que esta cuestión referida al orden sucesorio no constituye un asunto o problema aislado sino que manifiesta una dinámica o tendencia de desigualdad cuyos síntomas pueden detectarse en otros sectores del ordenamiento jurídico español, particularmente en el penal.

Como se apuntaba en la introducción, la expresión de Derecho Penal del amigo resulta aun incipiente y muy poco extendida entre la doctrina penal española e internacional, salvo muy contadas excepciones. Así, en España cabe citar, entre otros autores que con distinto nivel de profundidad en sus análisis han empleado la referida expresión, a Queralt Jiménez²⁷, Vidales Rodríguez²⁸ o Gómez Rivero²⁹, mientras que en Italia pueden destacarse con ca-

²⁷ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., “La reforma penal de 2003 y Derecho Penal del amigo”, en AA.VV., *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 1561.

²⁸ VIDALES RODRÍGUEZ, Cristina, “Derecho Penal del amigo (Reflexiones críticas acerca de la reciente modificación de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social)”, en *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal*, número 32, 2013, p. 269 y ss.

²⁹ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Las tres tentaciones del Derecho Penal: lección inaugural leída en la solemne apertura del curso académico 2023-*

rácter prácticamente exhaustivo a Mantovani y Foffani³⁰. Si bien el término del Derecho Penal del amigo no constituye en sentido estricto una absoluta novedad en el panorama doctrinal, lo cierto es que está muy lejos de ser tan bien acogido como su término equivalente, el Derecho Penal del enemigo, concebido exitosamente por Jakobs a mediados de los años ochenta del pasado siglo. Es más, respecto del Derecho Penal del amigo no hay constancia, ni mucho menos unanimidad pues permanece como una incógnita, de la autoría del término ni de su concreta datación en cuanto a su origen. Esto es, no solamente se desconoce quién acuñó la expresión sino el significado y alcance de la misma.

Así las cosas, algunos autores consideran que el Derecho Penal del amigo tiene una connotación netamente económica (Vidales Rodríguez), mientras que otros propugnan una concepción mayoritariamente política (Foffani, Gómez Rivero). Personalmente, abogo por una concepción mixta, extensiva y funcionalista del término en el sentido de asimilar amigo con todo aquel que es funcional, y favorece por tanto, al sistema, ya sea rico (por ejemplo, empresario) o poderoso (político), siendo en esta segunda vertiente donde podría encajar mejor el supuesto de la monarquía.

En la actualidad, me encuentro realizando la tesis doctoral en materia de Plutofilia y Derecho Penal. A tal efecto, considero que, desde una perspectiva de necesaria delimitación conceptual y de nomenclatura, a efectos además de su catalogación, la plutofilia

2024 en la Universidad de Sevilla, Sevilla, Editorial Universidad de Sevilla, 2023, pp. 60 y 61.

³⁰ Véanse respectivamente MANTOVANI, Ferrando, “El Derecho Penal del enemigo, el Derecho Penal del amigo, el enemigo del Derecho Penal y el amigo del Derecho Penal”, en AA.VV., *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Volumen I, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 440 y 441 y FOFFANI, Luigi, “Escándalos económicos y reformas penales: prevención y represión de las infracciones societarias en la era de la globalización”, en *Revista Penal*, núm. 23, 2009, p. 37.

(amor a los ricos)³¹ podría considerarse como una manifestación de corte patrimonial y económico de un fenómeno más amplio e integrador que sería el Derecho Penal del amigo. De este modo, el Derecho Penal del amigo así configurado vendría a integrar todos aquellos preceptos del Código Penal español de 1995 que favorecen de manera más o menos evidente e intensa a ciertos colectivos o individuos por la posición de poder que estos ostentan así como por la utilidad que estos individuos reportan o pueden llegar a reportar al sistema. En el caso de los delitos contra la Corona (Capítulo Segundo del Título XXI del Libro II del Código Penal, CP), la cuestión que se plantea es la de porqué se reconoce y dispensa por parte del Estado (sistema) una protección penal reforzada y adicional a una serie de personas (que se ven en consecuencia favorecidos por la respuesta penal articulada), los integrantes de la considerada como Familia del Rey, frente a la menor protección penal que se dispensa al resto de ciudadanos. Esta especial protección puede estar objetivamente justificada en relación con el delito de homicidio (art 485 CP), lesiones (art 486 CP) o coacciones (art. 489 CP) en el sentido de que también se tipifica de manera autónoma y agravada el delito de homicidio a un Jefe de Estado extranjero, u otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se encuentra en España ex art. 605 CP, y en tanto que se pretende proteger la vida e integridad del Rey como titular de la Jefatura del Estado. Pero, ¿esta especial y reforzada protección penal también se encuentra objetivamente justificada cuando estamos hablando del delito de injurias y calumnias a la Corona (art. 491 CP) o cuando se protege no ya la vida del Monarca sino la de sus familiares –“cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o de la Reina consorte o del consorte de la Reina, o del Regente o de algún miembro de la Regencia (...)”–, aun cuando no ostentan en ocasiones cargo público de ningún tipo (como ocurre en la

³¹ Véase al efecto TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Aporofobia y Plutofilia, la deriva jánica de la política criminal contemporánea*, Barcelona, Bosch Editor, 2020.

actualidad con los Reyes eméritos), o incluso cuando se tipifica la utilización de la imagen de cualquiera de las personas referidas “de cualquier forma que pueda dañar el prestigio de la Corona”? ¿Podrían considerarse estos ejemplos de protección penal reforzada y de tratamiento penal particularmente favorable y amigable hacia el Rey y su familia como manifestaciones del Derecho Penal del amigo y, en todo caso, como graves quiebras el principio de igualdad? Son estas cuestiones que, por el momento dejo abiertas para que el lector saque sus propias conclusiones y que espero ser capaz de responder en algún momento.

IV. CONSIDERACIONES FINALES A MODO DE CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Teniendo en cuenta todo lo expuesto hasta ahora en las páginas precedentes, y retomando la cuestión inicial sobre el orden sucesorio y su dudoso acomodo en el principio de igualdad de todos los españoles ante la ley, cabe formular las siguientes consideraciones:

1. El principio de igualdad de género si bien no está expresamente previsto en la CE, sí que se deriva de la interpretación conjunta de tres preceptos fundamentales de la Carta Magna como son los art.1.1, 9.2 y 14 CE respectivamente, prohibiendo expresamente este último toda discriminación por razón de sexo o incluso, en virtud de una interpretación más extensiva y no literal, por razón de género (como categoría subsumible dentro de la expresión “condición o circunstancia personal o social” que sí enuncia el constituyente).
2. El art. 57.1 CE regula el orden de llamamientos a la Corona con un extraordinario nivel de exhaustividad a fin de garantizar la viabilidad de la institución a la que el constituyente confirió el ejercicio de la Jefatura del Estado. A tal efecto, la Constitución, siguiendo el modelo histórico trazado por las Siete Partidas alfonsinas y recuperado en 1830 con la Pragmática Sanción de Fernando VII, plas-

ma los principios de primogenitura y representación, pero también (aunque implícitamente en este caso), el principio de masculinidad por el que, a igualdad de condiciones entre posibles herederos al trono (misma línea y mismo grado de parentesco) va a preferirse siempre al varón frente a la mujer.

3. Frente a quienes acertadamente cuestionan la constitucionalidad de la referida cláusula sucesoria que privilegia al varón, tanto el Tribunal Constitucional en la citada sentencia de 1997 como el Consejo de Estado en su informe del año 2006, negaron la existencia de antinomia alguna. El TC porque entiende con cierta ingenuidad que al haber sido todos los artículos de la CE obra del constituyente no puede haber contradicciones internas, mientras que el Consejo de Estado funda su postura en la delimitación de diferentes ámbitos de aplicación para los preceptos enfrentados, defendiendo la singularidad y especificidad del art. 57.1 CE. No obstante lo anterior, nuestro máximo órgano consultivo sí aboga al menos por la modificación de la actual redacción del conflictivo precepto pero, insistió, no por razones de coherencia interna (innecesarias a su juicio), sino por meras razones sociales –que no netamente jurídicas– de interés público y adecuación a los nuevos tiempos.

Personalmente, considero que, pese a los planteamientos excesivamente conservadores de ambas altas instancias del Estado, demasiado interesadas en mantener el vigente *status quo*, es evidente que la cláusula de preferencia del varón como manifestación del principio de masculinidad es frontalmente contraria, entre otros, a los art.1.1: 9.2; 14; 32 o 35 CE, así como a la LO 3/2007 o a la Ley 15/2022 (y ello a pesar de la expresa y sorprendente reserva formulada por nuestro país al texto de la Convención de Nueva York de 1979).

De este modo, resulta imperativo (no solamente por estrictas razones de igualdad intrínsecamente consideradas y relacionadas con las justas y legítimas aspiraciones dirigidas a lograr una sociedad más justa e igualitaria, sino también por razones de lógica coherencia interna en los términos aludidos por Ferrajoli, máxi-

me cuando esa incoherencia afecta a la Constitución considerada como ley de leyes) que se inicie un proceso de reforma constitucional que, en los términos planteados por el Consejo de Estado en su dictamen –o incluso, en los planteados inicialmente en la enmienda de Villar Arregui señalada *supra*– suprima del apartado primero del artículo 57 la expresa referencia al varón y a la mujer, recurriendo directamente al criterio de la edad para todas las personas dentro de la misma línea y el mismo grado de parentesco con independencia de su sexo.

Y matizo aquí que la necesaria reforma del art. 57 CE debe llevarse a cabo, pese a su envergadura y complejidad, mediante la vía *ad hoc* del art. 168 CE, sin recurrir a atajos normativos que solo contribuirían a generar más polémica en un procedimiento ya de por sí suficientemente polémico, mediante una legislación que, aunque formalmente orgánica, solo pretendiera eludir el vicueto que constituye el riguroso procedimiento agravado contemplado en el Título X de la Carta Magna.

A tal efecto, países como Suecia –pionero en esta materia– en 1979, Países Bajos en 1983, Noruega en 1990 o Bélgica en 1991 (fecha hasta la cual aún regía la Ley Sálica), abordaron reformas constitucionales análogas a la aquí pretendida con la finalidad de garantizar la automática aplicación del principio de primogenitura en la sucesión a la Corona, al margen del sexo de los diferentes herederos.

El problema en España radica, además de en las apuntadas razones netamente técnicas derivadas de la pétrea rigidez del procedimiento agravado –y extremadamente severo– de reforma constitucional previsto en su art. 168 (que exige mayoría parlamentaria de dos tercios, disolución de las Cámaras –con las profundas implicaciones políticas que ello implicaría–, celebración de elecciones, ratificación parlamentaria por las nuevas Cámaras por idéntica mayoría cualificada y finalmente refrendo popular mediante referéndum), en cuestiones sociológicas y de oportunidad política, amén de la posición de cierta debilidad en la que se encuentra la Monarquía en nuestro país. Esto es, resulta evidente

que España no siente el mismo apego y lealtad monárquicas que experimentan otros países –por ejemplo, el Reino Unido– sino que, por el contrario, España ha vivido dos experiencias republicanas no demasiado lejanas en el tiempo (a diferencia del traumático periodo republicano vivido con el denostado Cromwell en la Inglaterra de la primera mitad del siglo XVII) y la figura del Rey como Jefe del Estado surgida de la Transición no goza de uniforme simpatía entre el conjunto de la sociedad española y el espectro parlamentario patrio, no ayudando precisamente en este sentido la existencia de diversas irregularidades y escándalos de corrupción recientemente protagonizados por miembros de la Familia Real (y también, de manera más extensiva, de la así llamada familia del Rey³²). De esta manera, se teme que la eventual reforma del art. 57.1 CE finalmente acabe derivando en una suerte de plebiscito o enmienda a la totalidad de la legitimidad y vigencia de la Corona (extendiéndose a otras cuestiones también espinosas, como la inviolabilidad del Rey consagrada en el art. 56. 3 CE) y precipitando con ello incluso el fin mismo del propio Régimen del 78 del que la Corona forma parte inescindible.

Otra cuestión compleja sería determinar el alcance de la pretendida reforma en el sentido de atribuirle o no efectos retroactivos a la misma. Si se tiene en cuenta que el art. 9.3 CE prohíbe expresamente la retroactividad de “las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”, es evidente que, en aras también de la necesaria seguridad jurídica, la posición del Rey Felipe VI no podría ser ya modificada y, mediante el propio art. 57 CE (sin necesidad de recurrir a disposiciones transitorias) debería ver expresamente salvaguardados sus derechos dinásticos ya adquiridos, aun en detrimento de los de sus hermanas mayores. De esta manera, la reforma no debería ser

³² En este sentido, son *strictu sensu* miembros de la Familia Real las personas expresamente señaladas en la página web de la Corona. Consultado en: <<https://www.casareal.es/ES/FamiliaReal/InfantaSofia/Paginas/subhome.aspx>> (06/01/2025).

retroactiva, sino afectar únicamente a los sucesores –mejor aún, a los descendientes– del actual monarca Felipe VI, en los términos señalados por el Consejo de Estado o incluso por la inicial enmienda planteada en el Senado durante el debate constituyente por Villar Arregui.

En definitiva, a pesar de todas estas serias dificultades, considero que la Corona española no puede continuar sometida a un régimen no solamente marcadamente desigual sino, además –desde mi criterio– inconstitucional. Es por ello necesario que, de una vez por todas, se establezca en España de acuerdo con “la altura de los tiempos” preconizada por Ortega y Gasset³³, la plena igualdad por razón de sexo en la sucesión al trono, acabando por fin con la histórica preterición sufrida por las mujeres en este ámbito, pues, parafraseando a Fernández Campo, “es evidente que la Monarquía actual tiene que abandonar anticuadas fórmulas para adaptarse a los tiempos modernos (...) el acierto estará, pues, en compaginar hábilmente y con la prudencia necesaria, fundamentos históricos ineludibles que afectan a la Monarquía, con la acomodación moderada de la misma a nuevas situaciones³⁴ (...)”

Además, adicionalmente a la necesaria reforma constitucional del art. 57 –y nunca como instrumento sustitutivo de la misma–, sería deseable en mi opinión –a modo de desiderátum o propuesta de máximos– elaborar una ley (evidentemente, de naturaleza orgánica) de la Corona que, en desarrollo y actualización de las prolijas disposiciones constitucionales, llevara a cabo una regulación más ágil, de manera sistemática e integral, de todas aquellas cuestiones vinculadas a la monarquía, incluyendo evidentemente las de índole sucesorio. Con esta regulación *ad hoc*, enmarcada en la estela apuntada por el propio constituyente en el párrafo quinto

³³ Recuérdese *La rebelión de las masas*.

³⁴ FERNÁNDEZ CAMPO, Sabino, “En torno a una posible reforma. La supresión de la actual preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión a la Corona”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 83, 2006, p. 444.

del art.57 CE, creo que se contribuiría a reforzar la transparencia de esta peculiar institución sobre la que siempre ha gravitado un intenso debate en el seno de la sociedad española.

