

C y Parlamento Constitución



SUMARIO

I. ESTUDIOS

Luis López Guerra, *“La reforma de la justicia en América latina. Consideraciones desde la perspectiva de la gestión de la justicia”*

Alejandro Sáiz Arnáiz, *“Constitución y secesión”*

Miguel Revenga Sánchez, *“Garantizando la libertad y la seguridad de los ciudadanos en Europa: sobre nobles sueños y pesadillas en la lucha contra el terrorismo”*

Marina Gascón Abellán, *“¿Puede el Estado adoptar medidas paternalistas en el ámbito de la protección de la salud?”*

Víctor Manuel Martínez Bullé Goyri, *“Los derechos humanos en América latina y su tutela no jurisdiccional”*

II. NOTAS

Betzabé Marciani Burgos, *“Algunos problemas éticos y jurídicos de la globalización”*

Marta Klopocka, *“El Tribunal Constitucional de la República de Polonia: organización y funcionamiento”*

III. CRÓNICAS

(1 de enero a 31 de diciembre de 2.006)

Enrique Belda Pérez-Pedrero, *“Comentario legislativo de interés autonómico: “La paridad electoral como finalidad disociada de las acciones positivas en favor de un sexo””*

Tomás Vidal Marín, *“Comentario jurisprudencial de interés autonómico: Acerca de la constitucionalidad del Jurado Regional de Valoraciones de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha: la STC 315/2006”*

Pilar Molero Martín-Salas, *“Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (1 de enero de 2005 a 31 de diciembre de 2006)”*

María Martín Sánchez, *“Actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha”*

M^a Joaquina Guerrero Sanz, *“Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria”*

María Elena Rebato Peño, *“Actividades de Derecho Público de la Universidad de Castilla-La Mancha”*

IV. CRÍTICA DE LIBROS

José Manuel Vera Santos, *“El Presidente del Gobierno en España: status y funciones, de Mateos y de Cabo, O.I., Prólogo de Pedro González-Trevijano. Madrid, La Ley-URJC, 2006”*

CONSEJO DE REDACCIÓN

Francisco José Pardo Piqueras

Presidente de las Cortes de Castilla-La Mancha.

Francisco Calvo Cirujano

Letrado Mayor de las Cortes de Castilla-La Mancha.

Evangelina Aranda García

Vicerrectora del Campus de Toledo y de Relaciones Institucionales de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Timoteo Martínez Aguado

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo.

Belén Roldán Moyano

Jefa del Servicio de Documentación de las Cortes de Castilla-La Mancha.

Milagros Ortega Muñoz

Secretaria General del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

CONSEJO ASESOR

Luis Arroyo Zapatero

Catedrático de Derecho Penal

José Ramón Serrano-Piedecasas

Catedrático de Derecho Penal

Feliciano Barrios Pintado

Catedrático de Historia del Derecho

Carmen Chinchilla Marín

Catedrática de Derecho Administrativo

Miguel Ángel Collado Yurrita

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario

Antonio Fernández Tomás

Catedrático de Derecho Internacional Público

Nicolás García Rivas

Catedrático de Derecho Penal

Diego López Garrido

Catedrático de Derecho Constitucional

Luis Ortega Álvarez

Catedrático de Derecho Administrativo.

DIRECTOR

Eduardo Espín Templado

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha

SECRETARIOS

Manuel Antonio Mirón Ortega

Profesor Asociado de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha. Letrado de las Cortes de Castilla-La Mancha.

F. Javier Díaz Revorio

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Año 2006 - 2007

Nº 10

CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA • UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA

A nuario



Parlamento
Constitución

ENVÍO DE ORIGINALES

Para la publicación en el Anuario "Parlamento y Constitución" pueden remitirse trabajos originales e inéditos que versen sobre materias vinculadas al Derecho Constitucional, en especial las referidas a Derecho parlamentario y autonómico.

Los envíos o la correspondencia postal pueden remitirse a la siguiente dirección:

Área de Derecho Constitucional.
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de Castilla-La Mancha
Cobertizo de San Pedro Mártir, s/n
45071 TOLEDO

Los originales remitidos irán acompañados del archivo informático, formato Word, espaciado interlineal 1,5. Éste debe remitirse por correo electrónico a la siguiente dirección: fcojavier.drevorio@uclm.es o maria.martin@uclm.es

La extensión máxima será de 50 páginas. Los trabajos irán acompañados de las referencias bibliográficas y, en su caso, jurisprudenciales y legislativas, de acuerdo con los estándares académicos habituales. En todo caso se acompañará un breve resumen y enumeración de palabras-clave, en español e inglés.

Los trabajos recibidos serán sometidos a evaluación por la Comisión existente al efecto, que aprobará o denegará su publicación y establecerá, en su caso, la sección del Anuario en la que se incluirá el trabajo. Para la publicación de un trabajo se tendrá en cuenta, además de la evaluación positiva por la Comisión, la temática del trabajo y la cantidad de trabajos que se haya recibido para cada edición del Anuario. Por este motivo no puede garantizarse la publicación de todos los trabajos recibidos, aunque en todo caso se contestará al remitente.

PARLAMENTO Y CONSTITUCIÓN. ANUARIO

— Año 2006 - 2007 N° 10 —

COLABORAN EN ESTE NÚMERO

Enrique Belda Pérez-Pedrero

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Castilla-La Mancha. Vocal del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

Marina Gascón Abellán

Catedrática de Filosofía del Derecho. Universidad de Castilla-La Mancha

M^a Joaquina Guerrero Sanz

Letrada del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

Marta Klopocka

Doctoranda en la Cátedra de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho, Administración y Economía. Universidad de Wrocław (Polonia)

Luis López Guerra

Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Carlos III

Betzabé Marciani Burgos

Profesora Ordinaria de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú

María Martín Sánchez

Profesora Ayudante de Derecho Constitucional. Universidad de Castilla-La Mancha

Victor Manuel Martínez Bullé-Goyri

Investigador de titular del tiempo completo. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Director General del Centro Nacional de Derechos Humanos de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México

Pilar Molero Martín-Salas

Becaria de Investigación de la Junta de Comunidades de C-LM. Universidad de Castilla-La Mancha

María Elena Rebato Peño

Profesora Asociada de Derecho Constitucional. Universidad de Castilla-La Mancha

Miguel Revenga Sánchez

Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Cadiz

Alejandro Sáiz Arnáiz

Catedrático de Derecho Constitucional. Universitat Pompeu Fabra

José Manuel Vera Santos

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad Rey Juan Carlos

Tomás Vidal Marín

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Castilla-La Mancha

ÍNDICE

I. ESTUDIOS	Págs.
Luis López Guerra , “ <i>La reforma de la justicia en América latina. Consideraciones desde la perspectiva de la gestión de la justicia</i> ”	9
Alejandro Sáiz Arnáiz , “ <i>Constitución y secesión</i> ”	33
Miguel Revenga Sánchez , “ <i>Garantizando la libertad y la seguridad de los ciudadanos en Europa: sobre nobles sueños y pesadillas en la lucha contra el terrorismo</i> ”	57
Marina Gascón Abellán , “ <i>¿Puede el Estado adoptar medidas paternalistas en el ámbito de la protección de la salud?</i> ”	85
Víctor Manuel Martínez Bullé Goyri , “ <i>Los derechos humanos en América latina y su tutela no jurisdiccional</i> ”	111

II. NOTAS

Betzabé Marciani Burgos , “ <i>Algunos problemas éticos y jurídicos de la globalización</i> ”	135
Marta Klopocka , “ <i>El Tribunal Constitucional de la República de Polonia: organización y funcionamiento</i> ”	167

III. CRÓNICAS

(1 de enero a 31 de diciembre de 2.006)

Enrique Belda Pérez-Pedrero , “ <i>Comentario legislativo de interés autonómico: "La paridad electoral como finalidad disociada de las acciones positivas en favor de un sexo"</i> ”	181
Tomás Vidal Marín , “ <i>Comentario jurisprudencial de interés autonómico: Acerca de la constitucionalidad del Jurado Regional de Valoraciones de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha: la STC 315/2006</i> ”	199
Pilar Molero Martín-Salas , “ <i>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (1 de enero de 2005 a 31 de diciembre de 2006)</i> ”	215
María Martín Sánchez , “ <i>Actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha</i> ”	235
M^a Joaquina Guerrero Sanz , “ <i>Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria</i> ”	261
María Elena Rebato Peño , “ <i>Actividades de Derecho Público de la Universidad de Castilla-La Mancha</i> ”	289

IV. CRÍTICA DE LIBROS

José Manuel Vera Santos , “ <i>El Presidente del Gobierno en España: status y funciones, de Mateos y de Cabo, O.I., Prólogo de Pedro González-Trevijano. Madrid, La Ley-URJC, 2006</i> ”	305
---	-----

I. ESTUDIOS

SUMARIO

- **Luis López Guerra**, *La reforma de la justicia en América latina. Consideraciones desde la perspectiva de la gestión de la justicia*
- **Alejandro Sáiz Arnáiz**, *Constitución y secesión*
- **Miguel Revenga Sánchez**, *Garantizando la libertad y la seguridad de los ciudadanos en Europa: sobre nobles sueños y pesadillas en la lucha contra el terrorismo*
- **Marina Gascón Abellán**, *¿Puede el Estado adoptar medidas paternalistas en el ámbito de la protección de la salud?*
- **Victor Manuel Martínez Bullé Goyri**, *Los derechos humanos en América latina y su tutela no jurisdiccional*

**LA REFORMA DE LA JUSTICIA EN AMÉRICA LATINA.
CONSIDERACIONES DESDE LA PERSPECTIVA
DE LA GESTIÓN DE LA JUSTICIA¹**

Luis López Guerra

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad de Carlos III

SUMARIO

- 1. Introducción. La posibilidad de un análisis común de los procesos de reforma de la justicia.*
- 2. Los criterios para un análisis conjunto. Administración de justicia como servicio (al) público.*
- 3. La justicia como organización compleja.*
- 4. Una nota histórica: los modelos europeos y americano de dirección de la justicia.*
- 5. Cortes Supremas, Consejos de Justicia, Ministerio de Justicia.*
- 6. La pluralidad de instancias competentes en la reforma de la justicia en América Latina.*
- 7. La perspectiva macro: ¿dirección o coordinación?.*
- 8. La perspectiva micro: ne procedat iudex ex officio?.*
- 9. Reforma de la justicia como creación.*

El presente texto recoge la ponencia presentada al Seminario sobre la reforma de la Justicia en Iberoamérica, celebrado en Madrid, los días 22 y 23 de marzo de 2007 en el Centro de Estudios Jurídicos, bajo los auspicios de la Conferencia de Ministros de Justicia de Iberoamérica. Pueden consultarse las Actas del Seminario, incluyendo las ponencias y comunicaciones presentadas, en la publicación de los mismos efectuada de forma conjunta por el Ministerio de Justicia y la editorial del BOE, Madrid, 2007.

1. Introducción. La posibilidad de un análisis común de los procesos de reforma de la justicia

El estudio conjunto de una serie de procesos de reforma de la justicia en diversos países supone al menos una consideración inicial: que todos esos procesos tienen algo en común, algo que permite deducir conclusiones aplicables a todos ellos. Esta consideración aparece como requisito necesario, si no quiere caerse en una enumeración de casos particulares, cada uno con sus peculiares características. Pero no parece fuera de lugar estimar que una homogeneidad mínima sí se da entre los diversos sistemas judiciales de América Latina², y entre los procesos de reforma que en ellos han emprendido, homogeneidad suficiente para llevar a cabo un análisis conjunto, con todos los matices y precisiones que son del caso.

Base para esta consideración es no sólo el elemento común que implica su origen histórico compartido (la herencia de un mismo pasado colonial)³ sino el que, como es bien sabido, los países de América Latina han experimentado un desarrollo constitucional con fases muy similares, que, en el momento actual han desembocado en lo que pudiera denominarse, en forma simplificada, el impulso re-democratizador que se origina alrededor de los años ochenta del pasado siglo. Impulso que, por otra parte, se encuentra en la base de los diversos proyectos de reforma judicial, inspirados tanto por una general tendencia a la democratización de la vida pública, como por un también general impulso y apoyo internacional, por organizaciones tanto de países concretos como supranacionales.

Partiendo de esta homogeneidad inicial contamos ya con diversos análisis globales de los procesos de reforma de la Justicia de los países latinoamericanos, así como de los programas de cooperación desarrollados por agencias de ámbito nacional o internacional⁴. No se pretende un análisis de este tipo en las líneas

2. Ver las consideraciones de Luis Paulino Mora Mora en su "Introducción" a la obra de Alberto M. Binder y Jorge Obando, *De las repúblicas aéreas al Estado de Derecho*, AdHoc, Bs.As. 2004, pág. 29.

3. Sin olvidar, en todo caso, las peculiaridades propias, cada una por su lado, de la colonia española y portuguesa.

4. Debe destacarse, a este respecto, con referencia a los procesos de reforma, aparte del libro de Binder y Obando citado en la nota 1, el trabajo de Linn Hammergren *Fifteen years of Judicial Reform in Latin America: Where we are and why we haven't made more progress*. Puede encontrarse en <http://www.undp.pogar.org/publications/judiciary/linn2/index.html#intro>. También, Jorge Obando, "Reforma del sector justicia" en *Gobernabilidad y desarrollo democrático en América latina y el Caribe*, PNUD, N.Y. n.d. págs. 125-146. Una interesante visión puede encontrarse en Diez Pecados de la reforma judicial en América Latina. *Corporación Excelencia en la justicia*, Bogotá, 1997. Para el papel de la cooperación internacional, la ponencia presentada a este Seminario por Linn Hammergren, "El papel de la cooperación internacional en el desarrollo de los sistemas judiciales latinoamericanos: aciertos, errores y desafíos".

que siguen, sino, más bien, en y prestando atención a una cuestión parcial en estos procesos de reforma (en concreto, cómo debe enfocarse la gestión de la reforma judicial, y, en términos más amplios, la gestión del sistema de justicia en su conjunto), su propósito es, partiendo de las experiencias con que contamos, y de los análisis globales antes expuestos, aislar algunos puntos que se han revelado especialmente destacados en la reforma de la justicia, relativos a quién y cómo deber dirigir la política de la justicia, y que han dado lugar, no sólo a discusiones doctrinales, sino también a la formulación y puesta en práctica de alternativas u opciones diversas en las políticas públicas de los países latinoamericanos, y en los programas de cooperación internacional.

2. Los criterios para un análisis conjunto. Administración de justicia como servicio (al) público⁵

Un primer punto que parece debe destacarse es el relativo al enfoque de la justicia no sólo como mecanismo de resolución de conflictos concretos, de acuerdo a Derecho, sino también como servicio público. Tradicionalmente, la atención por parte de los actores y observadores (y también de los reformadores) de la política se ha centrado, en el ámbito de la justicia, en aquellos aspectos que versan sobre la garantía de la independencia de los órganos judiciales, unipersonales o colegiados, en la resolución de los casos que se les planteaban. Ello resulta perfectamente comprensible, por cuanto la independencia del juez, sujeto únicamente al imperio de la ley, se configura como esencial para que pueda hablarse de un Estado constitucional de Derecho.

Pero caben otras visiones complementarias. Cabe contemplar a la justicia como una prestación pública, esto es, como un servicio que el Estado presta a sus ciudadanos, como uno de los servicios que en un Estado moderno justifican la misma existencia de la comunidad política. Servicio que responde a su vez, a una demanda social, demanda creciente sobre todo en sociedades en proceso de desarrollo, en que al crecimiento del número de sus componentes se une muchas veces la intensificación y la complejidad de las relaciones jurídicas (y los correspondientes conflictos) que caracterizan a sociedades modernas o que aspiran a serlo. Cabría pues hablar de un "servicio público de la justicia" como se habla de un servicio público de la educación, la salud o los transportes.

5. Me remito para esta cuestión a mi trabajo "*Modelos de gobierno de los jueces*" en *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*, Lima, Palestra, 2001, págs. 125-156.

Ciertamente, no han dejado de formularse críticas frente a este tipo de enfoques; sobre todo partiendo de que, al emplear la terminología "servicio público" se estaría asimilando la justicia a las prestaciones propias del poder ejecutivo, o más precisamente, se estaría asimilando la administración de justicia a los órganos administrativos dependientes del ejecutivo, como pudieran ser el servicio de correos, o los hospitales públicos. Con ello se vendría a olvidar el carácter esencial que la justicia debe revestir, esto es, la independencia frente a cualquier tipo de poderes, públicos o privados.

La crítica no es infundada, y debe conducir a cuidadosas matizaciones cuando se emplee el término "servicio público" para referirse a la justicia. Sin embargo, ello no impide a que efectivamente, hoy, la administración de justicia deba responder a una efectiva demanda social, mediante unas prestaciones que reúnen las características del servicio público, o si se quiere, y recogiendo la esencia de la crítica, de servicio (al) público. Por otro lado, para desvincular los términos "servicio público" y "dependencia del gobierno" e incluso desde una perspectiva técnica, cabe recordar que la aparición de las llamadas "administraciones independientes" supone que, desde dentro de la misma administración, como parte de la rama ejecutiva, cabe la prestación de servicios al público sin que ello represente una dependencia del Gobierno, de los poderes directivos de la Administración General del Estado, o de las administraciones regionales o municipales. Piénsese en órganos como algunas Comisiones federales en Estados Unidos (Federal Communications Commission, por ejemplo) o, en España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores. La ecuación "servicio público igual a dependencia del ejecutivo" no sería ya válida en todos los supuestos.

Admitiendo, en todo caso, la particular posición de la administración de justicia, como un tipo de servicio al público distinto de los correspondientes a la administración general, de lo que se trata, en realidad, al emplear la perspectiva del servicio público, es poner el énfasis en la perspectiva del ciudadano, es decir, del receptor en último término de las prestaciones de la administración de justicia. Esta perspectiva hace posible una más fácil evaluación de esta administración, al permitir verificar cómo una demanda ciudadana, expresada por las peticiones de los ciudadanos a los Tribunales, se ve efectivamente respondida por éstos. Este enfoque hace posible también disponer de unos datos correspondientes a los resultados de la actuación de los Tribunales, medidos en términos tanto cuantitativos como cualitativos, como pueden ser la carga de trabajo de los tribunales, la rapidez en la resolución de casos, la frecuencia de las revocaciones por órganos superiores, o el grado de satisfacción de los "usuarios" de la justicia.

Sin duda, este enfoque exige una precondition, para poder ser puesto en práctica: la disposición de datos suficientes y fiables respecto de la Administración de Justicia. En no pocas ocasiones se ha señalado precisamente que uno de los mayores obstáculos para la propuesta y realización de planes y programas de reforma de la justicia consiste en la falta de datos fiables sobre factores tan importantes como el número de casos ingresados en las diversas jurisdicciones, la duración media de los procesos, o los mismos efectivos, humanos y materiales, con que cuenta la Administración de Justicia.

Estas propuestas deben considerarse teniendo en cuenta que la Administración de Justicia es una prestadora de un servicio, pero de un servicio que tiene una característica esencial: la de responder al valor justicia, valor arraigado en la conciencia social del Estado constitucional, y en muchas ocasiones, explícitamente proclamado en los textos constitucionales. Y ese valor justicia implica que las decisiones en él basadas (esto es, las decisiones emitidas por los órganos jurisdiccionales) deben ser decisiones que respondan a una visión imparcial de los litigios, adoptadas por tanto por órganos independientes. La evaluación del servicio público de la justicia no puede prescindir pues de categorías cualitativas, como son la imparcialidad y la independencia de la organización judicial. Estas categorías aparecen como un *præ* imprescindible, si bien, por sí solas, no bastan para garantizar que efectivamente, el sistema judicial vaya a cumplir las funciones y satisfacer las demandas que se le formulan por los ciudadanos.

Partiendo, pues, este enfoque, que considera a la Justicia como servicio público, es posible proponer unos criterios o cánones que puedan servir para la evaluación y comparación del rendimiento de los sistemas judiciales, para la elaboración de propuestas de reforma, y para analizar los resultados (posibles o efectivos) de los mismos.

3. La justicia como organización compleja

La concepción de la justicia como servicio público pone el acento en una dimensión a veces infravalorada; la de que la Administración de Justicia integra una organización, con las necesidades de toda entidad organizativa. En ocasiones este enfoque queda en segundo lugar, al volcarse la atención fundamentalmente en los requisitos atinentes al juez individual, esto es, a los órganos jurisdiccionales considerados como unidades aisladas, poniéndose el acento en la

independencia de cada juez. Ello se explica si se tiene en cuenta que el poder judicial se configura como un poder difuso, que se expresa en una multiplicidad de órganos que actúan independientemente unos de otros, sometido únicamente al imperio de la ley, sin una relación de supraordenación jerárquica entre ellos, en el sentido de que la relación de los tribunales superiores con los inferiores es (al menos idealmente) la que se articula a través del sistema de recursos, esto es, del cuestionamiento de las decisiones adoptadas por los tribunales inferiores ante los tribunales de nivel superior.

Desde la perspectiva del servicio público, la Administración de Justicia es también una organización, en que una multiplicidad de elementos deben colaborar para conseguir un resultado, la satisfacción de la demanda ciudadana de justicia. Y ello plantea los problemas típicos de toda organización; la procura de recursos, la selección de personal, la inspección, y evaluación de los servicios, la distribución de los recursos humanos y materiales existentes, el mantenimiento de una imagen adecuada. La gestión y adecuación de este complejo organizativo representa por tanto un aspecto esencial para la adecuada prestación del servicio público de la justicia.

Como toda organización, la de la justicia incluye sectores muy diversos. En ocasiones se ha pasado por alto que, si bien la justicia es fundamentalmente cosa de jueces, no es *sólo* cosa de jueces. Las decisiones judiciales son sólo posibles tras procesos en que concurren colectivos muy diversos; abogados, fiscales, defensores públicos, funcionarios⁶... El buen funcionamiento de la justicia sólo será posible si todos estos colectivos actúan en forma coordinada, o al menos, sin interferirse mutuamente. Pues debe tenerse en cuenta que no sólo se trata de colectivos distintos, sino -lo que es importante- que en muchas ocasiones actúan sometidos a autoridades diferentes: Colegios de Abogados, Cortes Supremas, Consejos de la judicatura, Ministerios de Justicia.

Cabe, pues, hablar de una diversidad de niveles de dirección y gestión en el ámbito de la justicia. Por un lado, y en lo que pudiéramos denominar nivel micro, la gestión en los niveles directos de servicio al ciudadano, esto es, en las unidades operativas de justicia, como son juzgados y tribunales, en el aspecto jurisdiccional, y otras instituciones no jurisdiccionales, en ámbitos conexos (registros civiles

6. En palabras de la Ponencia "*Procesos para la reforma de la justicia*" en el *Documento de Ponencias de la XV Conferencia de Ministros de Justicia de América latina*, (Madrid, Ministerio de Justicia, 2006), pág. 5. "No se debe confundir lo judicial con el sector justicia, lo judicial forma parte del sector sin embargo no lo agota y en materia de generación de políticas públicas no lo debe dirigir".

y de la propiedad, sistema penitenciario, sistema policial). Por otro, en la gestión y gobierno, en un nivel medio, de aquellos sectores diferenciados en el mundo de la justicia: jueces, Ministerio Fiscal, Colegios de Abogados, etc. Y finalmente, y en el nivel que pudiéramos denominar "macro", la dirección de la política general de la justicia, como parte de la dirección de la política general.

Pues, en efecto, y con respecto a este último punto, la dependencia de autoridades diversas de los diversos sectores de la justicia da lugar a la necesidad, para una actuación eficiente, y una prestación adecuada del servicio a los ciudadanos, de la existencia de instancias que hagan posible una dirección común, o al menos un acuerdo entre los diversos sectores. Y ello supone llevar a cabo una diferenciación inicial. El gobierno de la justicia aparece como algo diferenciado del gobierno de los jueces. Sin duda, como se ha dicho, corresponde a los jueces el monopolio de la actuación jurisdiccional. Por ello, la organización y gestión de lo referente a la judicatura tienen una importancia crucial. Cuando se habla del "gobierno de los jueces" se hace pues referencia a un elemento determinante en el buen funcionamiento del servicio. Pero ello es sólo parte de las actividades propias del "sector justicia". La presencia de otros colectivos supone también que existirán otros órganos de gobierno, a veces situados en el mismo nivel de importancia constitucional. El gobierno de los jueces es pues sólo parte del gobierno de la justicia. Este gobierno (si existe) deberá ser un órgano de impulso y coordinación de las muy diversas instancias, judiciales o no, que integran un amplio complejo organizativo.

Cualquier programa de reforma de la justicia, de mayor o menor amplitud, pues, debe partir de la interrelación entre los diversos elementos de un sistema interconectado, elementos que, además, actúan con una cierta independencia unos de otros. La presencia de un factor de coordinación (con una posición de mayor o menor supraordenación sobre todo el sistema) resulta así lógicamente imprescindible. Los fenómenos de imitación y difusión cultural se han dado también en el ámbito del Derecho, y en este aspecto, no han faltado fórmulas que, en leyes y constituciones, han tratado de incorporar en los diversos ordenamientos de América Latina instituciones de dirección de la justicia creadas en el contexto europeo.

Pero en este aspecto convendría diferenciar situaciones muy distintas. Existe el peligro de adoptar lo que los traductores llaman "falsos amigos", esto es, conceptos que "suenan" en forma similar, pero en realidad significan cosas distintas. En el ámbito del Derecho, y de la organización de la justicia, las mismas instituciones pueden significar cosas distintas en contextos diversos.

4. Una nota histórica: los modelos europeos y americano de dirección de la justicia

En lo que se refiere a la dirección de la justicia, es posible hablar de dos líneas de evolución muy distintas en los países europeos y latino americanos, líneas que aparentemente se encuentran confluyendo en los últimos años, pero cuya confluencia es en muchos aspectos dudosa. Ello puede dar lugar a algunas confusiones a la hora de evaluar la conveniencia de diversos modelos de gestión de la justicia. Para comprender la diferencia entre los dos grandes sistemas, es necesario llevar a cabo una cierta mirada histórica en retrospectiva. La gran diferencia entre los modelos europeo y americano ha radicado (y sigue radicando, en gran medida) en que en los países americanos se llevó a cabo tempranamente una formulación (al menos en las constituciones) del principio de separación de poderes mucho más radical que la verificada en los países europeos, lo que no ha dejado de tener consecuencias organizativas importantes en todo el ámbito de la justicia.

La organización de la justicia, en la época colonial, tanto en Europa como en América, respondía al mismo principio; la concentración de poder en manos del Rey. Ello se traducía, en los aspectos organizativos, en la confusión entre autoridades judiciales y administrativas, o en la designación y remoción de estas autoridades por la voluntad real. En cuanto a los aspectos jurisdiccionales, el Rey y su Consejo se configuraban como autoridades supremas, quedando sometidas a su decisión las resoluciones adoptadas por cualquier órgano jurisdiccional.

La introducción del régimen constitucional supuso considerables cambios en esta materia. Pero esos cambios se llevaron a cabo en forma muy distinta en Europa y en América. En las colonias americanas, la independencia supuso dos procesos complementarios. Por un lado, la ruptura con toda subordinación política y administrativa con respecto a las potencias colonizadoras. Pero por otro, supuso también la ruptura con los regímenes y principios dominantes hasta el momento en esas potencias. En realidad, el combate entre absolutismo y constitucionalismo que se estaba desarrollando en Europa se reprodujo en América, donde constitucionalismo e independentismo se encontraron en el mismo bando. Ello dio lugar a que la victoria de los independentistas representara también el rechazo de los principios políticos del Antiguo Régimen, y en lo que aquí importa, el rechazo (en principio, al menos en los textos constitucionales) del predominio incondicionado del Ejecutivo en la vida política, y la adopción por el contrario de una versión radical de la teoría de la separación de poderes. Y todo ello

en un plazo relativamente breve, de forma que en el primer tercio del siglo XIX, las antiguas colonias de Estados Unidos y España se habían definido ya como repúblicas constitucionales.

Como es sabido, en Europa la evolución política fue más lenta; tras el final del periodo revolucionario francés, se abrió un proceso de lenta erosión de los poderes del Monarca, proceso que sólo llevó a una total adopción de regímenes democráticos basados en la separación de poderes tras la primera guerra mundial. Hasta entonces, las llamadas monarquías constitucionales mantenían no pocos residuos del antiguo régimen.

Esta diferencia entre Europa y América se tradujo en el ámbito de la Justicia. El principio de separación de poderes suponía una diferenciación entre poder judicial y ejecutivo, no sólo funcional, sino, sobre todo, orgánica, en el sentido de la consideración de los jueces como algo distinto de los funcionarios del poder ejecutivo y de la administración del Estado. En la práctica, esta distinción se tradujo sobre todo, como es bien sabido, en la configuración del órgano constitucional superior en materia de justicia; órgano que, en el constitucionalismo latinoamericano se situó, como regla general, en la Corte Suprema, que aparecía así, no sólo como suprema instancia jurisdiccional, sino como cabeza administrativa del sistema judicial. El papel de otras instancias, como las pertenecientes al ejecutivo (Ministerio de Justicia) se reducía notablemente, no solo respecto de los jueces, sino también de los funcionarios de la Justicia, y del Ministerio Fiscal. La lectura, aún hoy, de las Constituciones de los países latinoamericanos, y su comparación con los textos constitucionales de los países europeos sigue siendo elocuente.

En efecto, la lenta implantación del constitucionalismo en los países europeos trajo como consecuencia el mantenimiento del papel del poder ejecutivo en el ámbito de la justicia en una forma mucho más intensa que la que se produjo en Latinoamérica. Si bien las Constituciones europeas (y entre ellas la española) reconocían la independencia del poder judicial, esa independencia se entendía desde la perspectiva funcional (los jueces obedecían sólo a la ley al dictar sus resoluciones); pero la organización de la Administración de Justicia se seguía concibiendo como una parte más de la maquinaria administrativa del Estado, dirigida por el Poder Ejecutivo; no ya por el Rey, pero sí por el Gobierno, y más específicamente, por el Ministerio de Justicia. El hecho de que los jueces administraran justicia de manera independiente no parecía como algo contradictorio con su situación como funcionarios integrados en un cuerpo administrativo

pagado con cargo a los presupuestos del Estado, administrados por el Ministerio de Justicia, como órgano encargado también de los procesos de selección y promoción del colectivo judicial.

Ciertamente, esta situación se vio sometida al proceso general de evolución del constitucionalismo europeo. Y en algunos supuestos en forma que no puede considerarse desfavorable. La consolidación del concepto de "servicio civil" referido a los empleados públicos, como sujetos a una obligación de imparcialidad, garantizada mediante un status propio, "blindado", por decirlo así frente a la influencia del gobierno del momento supuso que la estructura de una carrera administrativa se extendiera también al ámbito judicial, y se creara así una carrera judicial, que aseguraba la independencia del juez tanto en lo que se refería a los procesos de selección y promoción como en lo que atañía al régimen disciplinario.

5. Cortes Supremas, Consejos de justicia, Ministerio de Justicia

El desarrollo de estos dos modelos contrapuestos condujo a que, mientras en Europa el eje de la organización administrativa de la justicia se colocaba en el Ministerio de Justicia, en América Latina se configuraran las Cortes Supremas como elemento determinante del aparato de la justicia, al depender de ellas, como dirección organizativa, no sólo el colectivo de jueces, sino también los empleados de los Tribunales, y, en no pocos casos, la misma acreditación de los componentes de la Abogacía. El principio de separación de poderes se tradujo también, en no pocos casos, en la separación del Ministerio Fiscal del área de influencia del Ejecutivo mediante procedimientos como la elección parlamentaria del Fiscal General.

El resultado fue un sistema en que, aun manteniéndose una cierta pluralidad de elementos (jueces, Colegios de Abogados, Fiscales) se destacaba sobre todo el papel de la Corte Suprema, mientras que el papel del ejecutivo queda notablemente difuminado, incluso en aspectos tan importantes como la elaboración de los proyectos de presupuestos del poder judicial. Prueba de que se trataba de una expresión de una voluntad consciente puede encontrarse en alguna referencia específica en los textos constitucionales, prohibitiva de la creación de un departamento de justicia en el seno del ejecutivo⁷. Por otro lado, la falta de una concepción funcional del juez condujo a que en muchos sistemas no se esta-

7. Artículo 14 de las disposiciones transitorias de la *Constitución Mexicana de Querétaro* (1917). "Quedan suprimidas las Secretarías de Justicia y de Instrucción Pública y Bellas Artes".

bleciera un régimen de carrera judicial, y de inamovilidad garantizada de los jueces, nombrados en muchos casos a plazo. En los supuestos en que esa inamovilidad se preveía, seguía más el modelo anglosajón del juez "a vida" en un órgano jurisdiccional determinado, que el modelo europeo de promoción dentro del escalafón judicial.

Por el contrario, en el modelo europeo tradicional, y aún dentro del pluralismo organizativo típico de la justicia, el gobierno de este sector seguía en gran manera en manos del poder ejecutivo, concretamente del Ministerio de Justicia. No sólo la provisión de los medios materiales y administrativos de la organización seguía estando en manos del ejecutivo, sino que también el Ministerio Fiscal se integraba dentro de la esfera de competencias del Ministerio de Justicia.

Resulta conveniente tener en cuenta esta diferencia histórica a la hora de diseñar programas de reforma de la justicia que pretendan trasladar miméticamente a un contexto soluciones adoptadas en el otro. Como ejemplo, vale la pena considerar lo ocurrido respecto de una técnica de dirección de un sector de la justicia (el sector judicial) representada por los Consejos de la magistratura. Un proceso de difusión cultural ha llevado a que se defienda en América Latina la adopción de este organismo, siguiendo las líneas marcadas por ejemplos europeos, a partir de la Constitución italiana de 1948, y la creación del Consejo de la Magistratura en ese país, ejemplo seguido posteriormente por países como España, Portugal, y otros muchos países de Europa Central y Oriental. Pero no hay que olvidar que, mientras en Europa la creación de los Consejos de la magistratura sirvió sobre todo para resaltar competencias a quien ostentaba el poder directivo de la justicia en ese contexto, es decir, al poder ejecutivo, en el ámbito latino americano la creación y fortalecimiento de los Consejos vino a afectar, no tanto a las competencias del ejecutivo sino a las competencias de la Corte Suprema, para dar mayor entrada a otras influencias sobre la dirección de la justicia, como pudieran ser las del parlamento, los colegios de abogados, las universidades, o incluso instituciones de la sociedad civil.

El fenómeno de difusión cultural de que se ha hecho mención ha contribuido a difuminar, aparentemente, las diferencias entre los modelos europeo y americano de dirección y gobierno de la justicia. Instituciones europeas como los Consejos de la magistratura, o la carrera judicial, se han introducido, en sucesivas reformas, en los países latinoamericanos. Pero, al establecerse en un contexto constitucionalmente distinto, sus efectos sobre los mecanismos de gestión y dirección del aparato de la justicia pueden diferir notablemente de los experimentados por las mismas instituciones en su lugar original de creación.

En ambos casos, en Europa y en América, la creación de los Consejos judiciales ha supuesto una ampliación del pluralismo en la dirección, al añadir nuevos organismos de gobierno a los previamente existentes. Pero sus efectos sobre el "mapa de poder" de la justicia son distintos; en Europa esa creación ha llevado a un dualismo entre poder judicial y poder ejecutivo, mientras que en América Latina ha venido a crear una censura dentro del mismo poder judicial, al mantenerse en muchos casos las prerrogativas de dirección de las Cortes Supremas.

6. La pluralidad de instancias competentes en la reforma de la justicia en América Latina

En cualquier caso, la evolución de la organización de la Justicia en América Latina ha tenido como resultado que se definan como protagonistas de cualquier tipo de reforma una serie de sujetos públicos y semi-públicos, equivalentes en gran parte (en el nombre, aunque no en sus funciones) a los existentes en el contexto europeo. Ello supone la existencia de una pluralidad de instancias de dirección de esos procesos, lo que implica también la presencia de una variedad de interlocutores ante los programas de apoyo a la reforma de la justicia:

a) Las Cortes Supremas.

Aun cuando la introducción de los Consejos de la magistratura haya, en algunos países, disminuido sus competencias tradicionales, su influencia sigue siendo notable, bien en términos legales y formales (como en el caso de Costa Rica, El Salvador, Paraguay, Uruguay, y otros muchos países) bien en términos reales, debido a su ascendiente social y político.

Esta influencia se ve reforzada en aquellos casos en que entre sus competencias se incluye el juicio de constitucionalidad de las leyes, al unirse en el mismo órgano las competencias de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional. En muchos casos, esas competencias comprenden la selección de jueces (o partes del procedimiento de selección) así como funciones de homologación de abogados, gestión de medios materiales, e incluso tareas de orden legislativo, como la propuesta de presupuestos para la justicia, o la intervención en determinada legislación; competencias todas ellas relevantes en cualquier proceso de reforma.

b) Los Consejos de justicia.

Su introducción en América Latina, siguiendo los ejemplos europeos, ha

supuesto una notable innovación, si bien, como se ha dicho, las diferencias de contexto suponen que el papel de los Consejos latinoamericanos difiera notablemente del correspondiente en los países europeos. Los tipos de Consejos y las funciones que ostentan son muy variados, y van desde modelos multifuncionales y con una considerable amplitud de funciones (por ejemplo, en el caso de Colombia) a Consejos que continúan vinculados a las respectivas Cortes Supremas (como en el caso de Costa Rica).

También en su composición son muy diversos, admitiendo presencia, bien de órganos corporativos (universidades, colegios de abogados) bien de representantes no jurídicos de entidades sociales (como en el caso de Perú) bien incluso de órganos legislativos (como el supuesto de la Argentina). En cualquier forma, se configuran como protagonistas naturales en los procesos de reforma, ya que usualmente, su misma introducción en el sistema de justicia se ha debido a la expresa voluntad de introducir cambios sustanciales en el sistema judicial. Por ello, no es extraño que muchas reformas constitucionales, así como propuestas de reforma en procesos de paz se centren en muchos casos, en el régimen de estos consejos⁸.

c) Academias de la judicatura.

Suelen encontrarse vinculadas a los Consejos de justicia, o, en algún caso, en forma directa o indirecta, a la Corte Suprema. Aún así, pueden actuar con algún grado de autonomía, en aspectos tan importantes como la capacitación judicial (y de otros actores, como Fiscales, funcionarios o Defensores Públicos).

d) Ministerio de Justicia.

Pese a que, como se dijo, su importancia relativa ha sido inferior en América Latina que en Europa, no hay que olvidar que representan, en el ámbito de la justicia, al elemento directivo general de la política, esto es, al poder ejecutivo. Aun cuando en muchos países el Ministerio de Justicia no cuenta con las competencias típicas de su contraparte europeos (como la dirección de los recursos humanos no judiciales los medios materiales de la Administración de Justicia, o la gestión del Ministerio Fiscal) sí mantiene, en la mayoría de los supuestos, la importante función de orientar la tarea legislativa.

En ocasiones, esta tarea se ve compartida con el gabinete de la Presidencia de la República, aun cuando cabe esperar que en la mayoría de los casos, Ministerio

8. Ver, por ejemplo, en el caso de El Salvador, las consideraciones que se efectúan en Acuerdos hacia una nueva Nación, *Recopilación de los Acuerdos de paz suscritos con el Gobierno de la Nación*, Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional, 1992, págs. 82-83.

y Gabinete actúen en forma coordinada. En todo caso, es evidente que hay una serie de funciones absolutamente determinantes en el área de la justicia en que el papel de las agencias ejecutivas es imprescindible. Entre esas áreas pueden citarse la relativa a la defensa y representación procesal del Estado, la dirección de la seguridad jurídica preventiva (esto es, los mecanismos para constatar y dar fe sobre situaciones y negocios jurídicos de los ciudadanos, mediante redes registrales y notariales) la elaboración de estadísticas fiables y la información a los ciudadanos.

e) Ministerio Fiscal.

La peculiar evolución del sistema de Justicia en Iberoamérica coloca en muchos casos al Ministerio Fiscal en una posición de autonomía, al ser su cabeza de origen parlamentario. No es extraño que, bien en las mismas Constituciones, bien en propuestas de reforma, se defina al Ministerio Fiscal como un poder (o al menos un órgano constitucional) separado del legislativo, ejecutivo y judicial⁹. Así, ha podido afirmarse, desde una posición oficial, que *"no podría haber una plena reforma judicial si paralelamente (...) no se lograba un marco jurídico funcional y coherente que asegurara la independencia a los representantes del Ministerio Público, tanto en el ámbito interno como en el externo, es decir; tanto respecto de las vías ejecutiva, legislativa y judicial, como respecto de los superiores jerárquicos correspondientes"*¹⁰. Menos frecuente es su inserción directa o indirecta en el ámbito del Poder Ejecutivo, siguiendo el modelo del *Attorney General* norteamericano.

f) Colegios de Abogados.

Su posición varía, ya que incluso en algún país no es obligatoria la colegiación. Por otro lado, es frecuente que la homologación para el ejercicio de la profesión de abogado no dependa de los Colegios (siguiendo el ejemplo del examen para el ejercicio de la Abogacía organizado por la *Bar Association*, en el modelo norteamericano) sino de las Cortes Supremas. Así y todo, y en forma general, su papel es considerable, por cuanto suelen disponer de una fuerte influencia social y política, así como de posibilidades y competencias en el ámbito de la capacitación. Por otro lado, la abogacía, en muchos casos, sigue siendo el vive-ro para el resto de las profesiones jurídicas, como la judicatura, la fiscalía, o la docencia universitaria.

9. Por ejemplo en Jorge Carpizo, *"El Ministerio Fiscal como órgano constitucional autónomo"* en *Revista de Estudios Políticos*, julio-septiembre 2004, págs. 39-78.

10. Aura Celeste Fernández, R. Secretaria de Estado Coordinadora del Comisionado, *"Presentación" a Anteproyecto de Estatuto del Ministerio Público*, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, Santo Domingo, 1999, pág. 9.

g) Defensoría del Pueblo.

Esta institución de nuevo cuño, también adoptada con múltiples denominaciones de modelos europeos, reviste también importancia en el ámbito de la Justicia, sobre todo en lo referido al acceso de los ciudadanos a los Tribunales, entre otras materias. Debe tenerse también en cuenta su proyección en la opinión pública, y su protagonismo, frecuente, en el ámbito de la cooperación internacional.

h) Facultades de Derecho.

Se ha puesto en muchos casos de relieve la importancia de la formación universitaria como elemento inicial en la capacitación de jueces, fiscales y abogados. Aun cuando su importancia formal se encuentre relativizada por el papel de las Cortes Supremas, como habilitadoras para la función de defensa, y por los Colegios de Abogados, siguen siendo la fuente de los profesionales jurídicos, y no cabe por ello minimizar su papel como factor clave en el mejoramiento de la justicia.

Sería posible enumerar otros sujetos relevantes en la reforma de la Justicia, entre ellos, la Procuraduría de la República, las autoridades de policía, y los responsables del sistema penitenciario. Sin necesidad de entrar en detalles adicionales, lo que se pretende recalcar es que cualquier propuesta de reforma debe situarse en un contexto multidimensional, en el sentido de que las instancias que deben cooperar son usualmente muchas; un programa planteado exclusivamente en relación con una sola de ellas puede, como muestra la experiencia, encontrarse con que sus resultados se ven notablemente disminuidos, y aun anulados, por la falta de colaboración de otros órganos.

Y debe también señalarse la frecuencia de la posibilidad contraria, esto es, que instituciones distintas estén desarrollando programas similares, con objetivos y metodología diversa. Y, desde la perspectiva de colaboración con la reforma, si se viene a unir la pluralidad de sujetos competentes en materia de Justicia con la diversidad de fuentes de colaboración internacional, el resultado puede ser un panorama en que se malgastan inútilmente muchos recursos, al incidir sobre los mismos temas, o al no contarse con la colaboración de todos los organismos competentes. Por ello la necesidad de coordinación es evidente¹¹.

No faltan los ejemplos de los (malos) resultados de esta falta de coordinación en programas de reforma. Uno (sin necesidad de especificar países) pudiera ser

11. Me remito en este punto a las consideraciones efectuadas en mi trabajo *Judicial Reform in Spain*, que puede encontrarse en <http://www.undp.pogar.org/publications/judiciary/lopez/spain.pdf>.

el representado por algún caso en que, con abundante apoyo exterior, se procedió a la reforma legislativa del proceso penal, a efectos de establecer un sistema contradictorio, y que primase las pruebas practicadas en la vista oral. Los encomiables esfuerzos llevados a cabo en el ámbito de los poderes legislativo y ejecutivo se han visto en algún caso frenados, y sus efectos disminuidos, al no haberse establecido, paralelamente a la reforma legislativa, una habilitación de medios personales al Ministerio Fiscal, al necesitarse, como es obvio, no sólo una capacitación específica para el nuevo tipo de proceso, sino también un aumento de efectivos, al disminuir (al menos en teoría) el papel del juez de instrucción en beneficio de la función investigadora del Ministerio Fiscal¹².

Otro supuesto de problemas derivados de la falta de mecanismos de colaboración pudiera ser el que ha representado, en algunos contextos, la falta de coordinación entre el Consejo de la Judicatura (o institución equivalente) y la Corte Suprema, en materia de establecimiento (también en múltiples casos con abundante apoyo externo) de sistemas de capacitación y carrera judicial. La creación de vías de formación y capacitación para los futuros jueces tendrá sentido, evidentemente, si la selección de jueces (a realizar en muchos casos por la Corte Suprema) obedece a los criterios establecidos en el proceso de formación, y se lleva a cabo entre los que ha tomado parte en ese proceso. La falta de adecuación entre ámbos procesos (formación y selección) puede hacer inútil las mejoras de la capacitación de los candidatos a puestos judiciales, si el órgano encargado de la selección (por ejemplo, la Corte Suprema) no escoge a los nuevos jueces de entre los candidatos formados por los programas de capacitación del Consejo de la judicatura, o de la Escuela Judicial u órgano similar.

En este mismo área no faltan ejemplos de falta de coordinación entre la Academia de Magistratura o Escuela Judicial encargada de formar a los jueces (o a los candidatos a jueces) y la actuación gubernamental y parlamentaria encargada de proveer los fondos para la dotación económica de las plazas que esos candidatos deben ocupar. El resultado de una descoordinación de este tipo implica que los esfuerzos de capacitación no tengan resultados a corto o medio plazo, al no desempeñar los candidatos capacitados función judicial alguna.

12. Resulta especialmente interesante al respecto el trabajo de Juan Enrique Vargas Viancos, *Lessons Learned: Introduction of Oral Process in Latin America*, USAID, 1996.

7. La perspectiva macro: ¿dirección o coordinación?

Por todo ello, la existencia de una dirección política del proceso de reforma, concebida, no como el gobierno de cualquiera de los colectivos concretos del sector justicia (jueces, abogados, fiscales) sino como la función de orientación, planificación y coordinación de todos los recursos y actividades encaminados a mejorar el sistema judicial, reviste así una decisiva importancia; y desde el punto de vista de la cooperación a la reforma, la existencia de esa dirección hace posible la presencia de un interlocutor concreto que evite duplicidades en la ayuda a la reforma. No es pues extraño que en numerosos casos se haya tratado de habilitar fórmulas para encontrar fórmulas de dirección política que eviten la mala utilización de los fondos disponibles, o incluso su inutilidad. En forma genérica, podrían señalarse dos fórmulas:

a) Creación una autoridad común.

Por un lado, se ha pretendido, en algún caso, la creación de una autoridad común de dirección de los procesos de reforma judicial, usualmente vinculada al poder ejecutivo (Presidencia de la República). Un ejemplo podría ser el de la República Dominicana, donde el Decreto presidencial 22-98 vino a crear, a partir de la Comisión Nacional de Apoyo a la Reforma, un órgano denominado Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia (CAMJ), coordinado por una Secretario de Estado caso de República Dominicana). De acuerdo con el decreto de creación, el objetivo de este órgano sería "*reflexionar sobre el sistema de administración de justicia; promover iniciativas para su modernización y apoyar el surgimiento y desarrollo de proyectos en las instituciones del sistema del sector justicia; así como también prestar asesoría, capacitación e información a los programas y proyectos que los diversos actores ejecuten*". Su finalidad, pues, sería la de imprimir una orientación común a los procesos internos de reforma, así como a los programas de cooperación¹³.

Este tipo de soluciones, si bien parecen a primera vista las más eficaces (por cuanto que usualmente el Poder ejecutivo dispone de mayores medios personales y materiales, y de una mayor agilidad en su funcionamiento que el poder judicial) no deja de plantear problemas; entre ellos, que puede implicar una relación de jerarquía y subordinación entre los órganos competentes en materia de justicia, relación que no es fácilmente aceptada, y que en ocasiones encuentra graves obstáculos legales y constitucionales. Los poderes tradicionales de las

13. Recogido en *Novedades de la Reforma Judicial*, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, Santo Domingo, 1999.

Cortes Supremas, o la nueva posición obtenida por los Consejos de Justicia, amén de las naturales pretensiones de autonomía de los Colegios de Abogados, y otras instituciones, vienen a unirse a las también frecuentes disensiones dentro del mismo poder ejecutivo en cuanto a la política de la justicia. No es por ello descartable (y ello debe tenerse en cuenta, desde la perspectiva de la cooperación, al establecer relaciones con el órgano de dirección) la posibilidad de que persistan, pese a ese papel director del Poder ejecutivo, mecanismos paralelos de reforma de la justicia, protagonizados por otras instituciones.

b) Organismos de coordinación.

Una solución alternativa, que pretende evitar estos problemas de jerarquía entre poderes del estado, es la consistente en crear un órgano colegiado de coordinación, en que estén representados los diversos sujetos que pueden tener competencia en la reforma judicial; poder ejecutivo, Cortes supremas, Consejos de la justicia, y otros. Esta solución evita efectivamente, al menos hasta cierto punto, los roces competenciales, si bien no deja de presentar algunos inconvenientes, como pudiera ser la lentitud en su actuación, debido a su mismo carácter colegiado, y a la necesidad de conseguir consensos.

Como ejemplo, en la República de El Salvador se constituyó una Comisión Coordinadora del sector Justicia, basada en el principio de que *"la Constitución de la república (...) establece la independencia de los órganos del Gobierno, pero dispone que ellos colaborarán entre sí en el ejercicio de las funciones públicas"*¹⁴ es decir, desde una perspectiva de equiparación jerárquica entre los poderes del Estado. Ello se traduce, por ejemplo, en que la Presidencia de la Comisión y la dirección de sus sesiones *"corresponderá, en forma rotatoria a cada uno de los miembros de la Comisión, de acuerdo al orden siguiente: Presidente del Órgano Judicial, Ministro de Justicia, Fiscal General de la República, Procurador General de la República y Presidente del Consejo Nacional de la Judicatura"* (artículo 11). Un ejemplo cercano, pero con matices propios (al tratarse de un órgano integrado en el Organismo Judicial) pudiera ser el de la República de Guatemala, donde una labor de coordinación es ejercida por la "Comisión de Modernización del Organismo Judicial".

La mayor eficacia de estos órganos de coordinación se consigue cuando esa misma coordinación también existe entre los sujetos de la colaboración internacional, en forma de consejos o comisiones de donantes, bien en vía diplomática

14. Preámbulo a la Ley Orgánica de la Comisión Coordinadora del Sector Justicia y de la Unidad Técnica Ejecutiva. Utilizo el texto de la reforma aprobada por Ley Orgánica de 1 de marzo de 1996.

(en que se integrarían las representaciones de los gobiernos responsables) bien en forma más amplia, participando entidades internacionales de corporación o incluso organizaciones no gubernamentales.

8. La perspectiva micro: ne procedat iudex ex officio?

Hemos tratado hasta ahora de lo que mas arriba se denominó el nivel macro, esto es, la perspectiva macropolítica, que tiene en cuenta la adopción de las decisiones básicas en el sistema judicial. Desde esta perspectiva, en relación con los procesos de reforma de la justicia, es quién adopta las decisiones básicas que deben ser seguidas por los diversos sectores y agentes del mundo de la justicia; y, en relación con los programas de cooperación, la cuestión que se plantea, en toda formulación de este tipo de programas, es la relativa a la elección del interlocutor o interlocutores dentro del sistema de justicia, y a la garantía de que los recursos y esfuerzos invertidos van a ser adecuadamente gestionados. Ello implica no sólo la selección del partner institucional (Consejos, Cortes Supremas, Ministerio de Justicia...) sino también el aseguramiento de que habrá un seguimiento de las actividades que se promocionan, y de los resultados a obtener. Cuando existe realmente una instancia de dirección o coordinación general, la primera tarea se ve facilitada, al existir únicamente un interlocutor; no tanto la segunda, por cuanto la unidad de acción no significa necesariamente una mayor transparencia en la gestión de recursos.

Ahora bien, y como se indicó, junto a la gestión a nivel macropolítico, encaminada a una mayor eficiencia en la aplicación de los recursos existentes (propios o procedentes de la cooperación internacional) se configuran unas instancias de dirección a nivel intermedio en cada uno de los ámbitos de la justicia. Puede hablarse así de un gobierno de los jueces (Consejos de Justicia, Cortes Supremas) de los Abogados (Colegios de Abogados) o incluso del Ministerio Fiscal (sea este gobierno atribuido al ejecutivo, según el tipo norteamericano, o a un órgano independiente, según ocurre en varios países latinoamericanos). Y finalmente, no dejan de plantearse problemas de gestión en el ámbito de la justicia a un nivel inferior, correspondiente a lo que designamos como "unidades operativas" directas de prestación del servicio público de la justicia, concretamente en el referente a la prestación de la tutela judicial (en su sentido más amplio, es decir comprendiendo también la acción de agentes extrajudiciales: fiscales, abogados, defensores públicos...) por Juzgados y Tribunales en los casos que ante ellos se presentan.

El nivel intermedio (gobierno de jueces y abogados) presenta peculiaridades que han sido objeto de abundante atención tanto por la literatura jurídica como por las legislaciones nacionales. Menor atención ha recibido, en mi opinión, en los programas de reforma judicial, lo referente a la gestión en el nivel "micro", como algo distinto de la ordenación de los procesos, y que versa sobre la organización interna y distribución de funciones en juzgados y tribunales. Las líneas que siguen pretenden únicamente apuntar algunas de las cuestiones que surgen en este ámbito de gestión.

Si el sector justicia puede considerarse un macrocosmos, en el sentido de comprender un amplio conjunto de actores y subsistemas, lo mismo podría decirse de los servicios o agencias individuales, esto es, tribunales y juzgados. Dentro de cada uno de ellos, coexisten representantes de todos los grupos que integran el sector, jueces, abogados, funcionarios, fiscales, policías, asistentes sociales, y además, dentro de ellos se llevan a cabo funciones muy distintas; desde la gestión del personal de la oficina judicial (reparto de trabajo, encomiendas concretas, permisos, turnos de vacaciones, asignación de primas) hasta la emisión de sentencias y autos definitivos, pasando por todas las actuaciones de trámite que se traducen en la llamada ordenación del procedimiento. A lo que hay que unir la gestión del espacio, y la determinación del calendario (y horario) de actuaciones. Lo que se denomina la oficina judicial es también una estructura compleja, un microcosmos que refleja, en pequeño, el sistema de la justicia.

Una posible vía para la reforma del sistema judicial (y para el diseño de programas de cooperación) podría ser considerar las fórmulas tradicionales de gestión de las unidades judiciales, y la distribución de tareas dentro de ellas como un *prius* intocable, orientando pues la acción colaboradora hacia la capacitación, la mejora de los sistemas de comunicación y la reforma de los procedimientos. No han faltado programas centrados específicamente en cada uno de estos aspectos. Pero tampoco han faltado otros que han partido de una perspectiva distinta; la de la reforma de los protocolos referidos a la gestión y adopción de decisiones también en este nivel. Y ello en dos direcciones: la referente a la gestión procesal, y la que atañe a la gestión administrativa.

No deja de llamar la atención que, en el sistema tradicional de origen español, asentado en la mayoría de los países latinoamericanos, se parta de dos principios aparentemente contrapuestos. Por una parte, se considera que, en términos generales, en los procesos, y particularmente (aunque no sólo) en los procesos civiles, el impulso procesal para la marcha del procedimiento ha de venir de las partes,

actuando en todo caso el juez contestando a las pretensiones de éstas (demandante y demandado en el proceso civil, acusador y defensa en el proceso penal). La expresión *ne procedat iudex ex officio* se aplica tanto para la iniciación del procedimiento como para su prosecución. Y las consecuencias son bien conocidas, y no carecemos de críticas al respecto: las partes se convierten en dueñas del proceso, tanto en la fijación de sus términos como en la determinación de su ritmo, que puede ser (raramente) acelerado, y (más frecuentemente) retrasado mediante las argucias procesales de que las partes o sus representantes se sirven.

Por el contrario, el ámbito de acción que se niega al juez en la marcha del proceso se le concede en aspectos fuera del área jurisdiccional, esto es, en la administración y gestión de los elementos personales y materiales de la oficina judicial. En la tradición hispánica, la tarea del juez, en muchos contextos, no es sólo jurisdiccional sino también administrativa y de jefatura de personal; el juez habla de "mi tribunal". En ocasiones ello se produce únicamente en algunos niveles; en otros casos, en todas las instancias. Ello, obviamente, dependerá del status del juez, y de la duración media de su gestión. Y las consecuencias, como se ha observado abundantemente, son que la atención simultánea a tareas jurisdiccionales y administrativas no redunda en muchas ocasiones en beneficio de ninguna de las dos.

La reforma de la gestión de casos (*case management*)¹⁵ atribuyendo un mayor protagonismo al juez en la fijación de los términos y en el ritmo de resolución del debate procesal, y de la administración judicial, reduciendo por el contrario el papel del juez en la gestión administrativa de la oficina aparecen así como opciones para los programas de reforma de la justicia, junto a los tradicionales centrados en la provisión de bienes (infraestructuras, equipos informáticos) y servicios (capacitación judicial, reforma de los procedimientos).

Debe señalarse que en el primer caso, el ejemplo que aparece como más utilizable es el que representan los ordenamientos anglosajones, y más específicamente el ejemplo del procedimiento norteamericano, en que la dirección judicial del procedimiento, y, sobre todo, el papel del juez en la resolución acordada o pactada del conflicto (incluso, frente al sistema europeo, en los procedimientos penales por la vía del *plea bargaining*) resultan elementos pacíficamente admitidos. Por lo que se refiere a la segunda cuestión, esto es, el despojar a al juez de sus poderes administrativos en la oficina judicial, atribuyéndoselos a un gerente

15. Ver el trabajo de Carlos G. Gregorio, "*Case Management and Reform in the Administration of Justice in Latin America*", USAID, 1996.

o director de la oficina (o, en algún caso de varias oficinas, que se engloban en unidades mayores) resulta más difícil encontrar modelos que ofrezcan una cierta seguridad de éxito. Posiblemente las experiencias que se están llevando a cabo en este aspecto en algunos países de América Latina (por ejemplo, en la jurisdicción penal en Chile) pudieran servir como punto de referencia.

9. Reforma de la justicia como creación

Estas consideraciones llevan a una reflexión que no es ociosa en el campo de la cooperación en la reforma judicial: que en muchos supuestos simplemente no existen ejemplos que garanticen el éxito de los modelos de reforma que se adopten. Pues precisamente el campo de la justicia se caracteriza porque, incluso en los países más desarrollados, es sometido a severas críticas en cuanto a la mayor ineficiencia del servicio público de la justicia para enfrentarse con las necesidades sociales. En muchos ámbitos de las instituciones (economía, sanidad educación) sin duda los países económicamente más desarrollados disponen de modelos utilizables para su trasplante a otros contextos en un grado inferior o más atrasado de desarrollo. Incluso en los países en que esos modelos se han generado, existe en muchas ocasiones una amplia confianza en la opinión pública respecto a su bondad y eficiencia. La escuela pública francesa, la seguridad social sueca, el sistema de transporte de masas japonés, la protección suiza de la naturaleza, podría parecer como paradigmas aceptados por sus creadores y merecedores de imitación en lo posible.

Pero es difícil encontrar un país que tenga por su propio sistema de justicia una admiración y reconocimiento que justifique su exportación; y cuando tal es el caso, suele ser en supuestos en que, precisamente, esa exportación es difícilmente practicable, por su coste, o por su peculiaridad cultural.

Por ello, no deja de ser frecuente que los problemas a resolver en los casos de América Latina sean problemas también sin resolver en países en mejor situación económica o de desarrollo económico y social. Los problemas de gestión a que se ha hecho referencia, tanto a nivel macro, como a nivel micro, no están, ni mucho menos, resueltos en los países de que proviene la ayuda al desarrollo aplicada en los programas de cooperación judicial.

Por ello, la simple importación de modelos experimentados en otros contextos no parece como una fórmula mágica universal, simplemente porque esos

modelos no existen, o se han revelado como ineficaces. La fórmula de los Consejos de la Judicatura no ha impedido las durísimas críticas a que se ve sometida la justicia en los países que la han adoptado: en algunos (como sería el caso de España) se admite generalmente que el Consejo del Poder judicial es el eslabón más débil, técnicamente, de toda la cadena de órganos constitucionales. Y similares consideraciones podrían realizarse respecto del sistema de organización del Ministerio Fiscal, o de la defensa de oficio, o del acceso a los Tribunales o a los recursos en la gran mayoría de los países desarrollados.

La cooperación en materia de reforma judicial se encuentra pues en una posición parecida a la del barón de Mauthausen: debe salvarse, saliendo del pantano, izándose de sus propios cabellos, al carecer de un punto de apoyo definido. Partiendo de un dato incontestable, como es la de una disposición limitada pero real de recursos, como bienes y servicios, las decisiones sobre cómo distribuir esos recursos no pueden partir de parámetros prefijados, siguiendo moldes ya experimentados que garanticen el éxito. No cabe hablar de un modelo español, o francés, o norteamericano de gestión de la justicia que asegure que los recursos disponibles, internos y externos, van a administrarse en forma eficiente.

Bibliografía

Acuerdos hacia una nueva Nación, *Recopilación de los Acuerdos de paz suscritos con el Gobierno de la Nación*, Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional, 1992.

Carpizo, Jorge "El Ministerio Fiscal como órgano constitucional autónomo" en *Revista de Estudios Políticos*, julio-septiembre 2004, págs. 39-78.

Deshazo, Peter y Vargas, Juan Enrique, *Judicial reform in Latin America*, CSIS, 2006.

Diez Pecados de la reforma judicial en América Latina. Corporación Excelencia en la justicia, Bogotá, 1997.

Fernández, R. Aura Celeste, Secretaria de Estado Coordinadora del Comisionado, "*Presentación*" a *Anteproyecto de Estatuto del Ministerio Público, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia*, Santo Domingo, 1999.

Gregorio, Carlos G. *"Case Management and Reform in the Administration of Justice in Latin America"*, USAID, 1996.

Hammergren Linn, *Fifteen years of Judicial Reform in Latin America: Where we are and why we haven't made more progress*. Puede encontrarse en <http://www.undp.pogar.org/publications/judiciary/linn2/index.html#intro>.

Hammergren , Linn, *"El papel de la cooperación internacional en el desarrollo de los sistemas judiciales latinoamericanos: aciertos errores y desafíos"*. Madrid, 2007.

Ley Orgánica de la Comisión Coordinadora del Sector Justicia y de la Unidad Técnica Ejecutiva, y su Reglamento. UTE, San Salvador, 1996.

López Guerra, Luis, *Judicial Reform in Spain*. En <http://www.undp.pogar.org/publications/judiciary/lopez/spain.pdf>.

López Guerra, Luis "Modelos de gobierno de los jueces" en *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*, Lima, Palestra, 2001, págs. 125-156.

Mora Mora, Luis Paulino, en "Introducción" a la obra de Alberto M. Binder y Jorge Obando, *De las "repúblicas aéreas" al Estado de Derecho*, AdHoc, Bs.As. 2004.

Novedades de la Reforma Judicial, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, Santo Domingo, 1999.

Obando, Jorge "Reforma del sector justicia" en *Gobernabilidad y desarrollo democrático en América Latina y el Caribe*, PNUD, N.Y. n.d. págs. 125-146.

"Procesos para la reforma de la justicia" en el *Documento de Ponencias de la XV Conferencia de Ministros de Justicia de América Latina*, (Madrid, Ministerio de justicia, 2006), pág. 5.

Vargas Viancos, Juan Enrique, *Lessons Learned: Introduction of Oral Process in Latin America*, USAID, 1996.

CONSTITUCIÓN Y SECESIÓN*

Alejandro Sáiz Arnáiz

*Catedrático de Derecho Constitucional
Universitat Pompeu Fabra, Barcelona*

SUMARIO

1. *Planteamiento.*
2. *Los motivos del silencio.*
3. *El “derecho” (de secesión) y su (imposible) garantía judicial.*
4. *Los otros ejemplos.*

* Una primera versión de este texto se presentó como ponencia a la Conferencia Internacional sobre "Democracia, ciudadanía y territorialidad en sociedades plurinacionales", que se celebró en Oñati (Gipuzkoa) entre los días 14 y 16 de marzo de 2007, organizada por el Instituto Internacional de Sociología Jurídica y el Gobierno Vasco. La publicación de los trabajos debatidos en aquellas fechas correrá a cargo del IVAP. Estas páginas del Anuario Parlamento y Constitución reproducen en gran medida la intervención del autor en dicha Conferencia, si bien se han introducido algunos cambios de contenido y estructura.

1. Planteamiento

Las páginas que siguen contienen una serie de reflexiones, que se pretenden únicamente *iniciales*, sobre la relación que puede establecerse entre la Constitución o, si se prefiere, el Derecho Constitucional, y (el derecho a) la secesión. *La pregunta a la que pretendo dar respuesta, o cuando menos facilitar algunos argumentos para hacerla posible, es la siguiente: ¿por qué la primera, la Constitución, no se ocupa de la segunda, la secesión?*

Es verdad que pueden ponerse algunos (contados, ciertamente) ejemplos de Constituciones en las que se ha previsto la secesión, pero no creo que en ningún caso se trate de buenos precedentes. Vaya por delante que mi interés se limitará a los ordenamientos que podemos considerar como constitucional-democráticos, lo que ya excluye algunos casos¹. Así, conviene recordar que en la Unión Soviética el derecho de las Repúblicas a "*freely to secede from the U.S.S.R.*" (arts. 17 y 72 de las Constituciones de 1936 y 1977, respectivamente) era pura y simplemente impracticable en un contexto de ausencia de toda garantía democrática y de aneación por ocupación militar de una buena parte de aquellas Repúblicas. Tampoco puede considerarse como un referente -aunque en ocasiones se emplee como tal- el caso de Etiopía, cuya Constitución de diciembre de 1994 proclama que toda "*Nation, Nationality and People [...] has an unconditional right to self-determination, including the right to secession*" (art. 39.1). En este país, y más allá de las previsiones constitucionales, el sistema político no responde a los patrones pluralistas exigibles a una democracia contemporánea, y son abundantes las denuncias de vulneración a gran escala de los derechos humanos básicos y de fraude electoral. Conviene además recordar que la independencia de Eritrea en 1993, más de cuarenta años después de su integración en Etiopía, fue el resultado de una guerra

1. Evitaré también el tratamiento de episodios de secesión o divisiones de Estados sucedidos muy atrás en el tiempo y que, aunque solo fuera por esta razón, difícilmente encajan en el esquema constitucional-democrático, único en el que hoy día tiene sentido plantearse el análisis de la secesión. No aludiré, por ejemplo, a la separación de Noruega de Suecia (1905), a la de Hungría de Austria (1867) y, por otros motivos adicionales, a la de Singapur de Malasia (1965). Para estos tres supuestos, R.A. Young, "*How Do Peaceful Secessions Happen?*", *Canadian Journal of Political Science/Revue canadienne de science politique*, diciembre 1994, págs. 773 ss. Quede aclarado, en todo caso, que en ninguno de estos casos la respectiva ley fundamental preveía, anticipando los requisitos y el procedimiento, la secesión (incluso podría cuestionarse la referencia a Hungría, que en 1867 devino una parte autónoma del Imperio Austrohúngaro, pero que no declaró su independencia hasta el 1 de octubre de 1918, tras la derrota de éste en la Primera Guerra Mundial). Podría quizá también citarse el ejemplo de Islandia, cuya separación de Dinamarca se llevó a cabo con apoyo en el Acta de Unión, que hacía posible la terminación unilateral de la misma; sin embargo, el hecho de que la citada separación se produjera en medio de la II Guerra Mundial, cuando los alemanes ocupaban Dinamarca y los ingleses Islandia, tinta de excepcionalidad la aparición del nuevo Estado.

civil a lo largo de buena parte de los años ochenta del pasado siglo y que los conflictos territoriales entre ambos países se manifestaron violentamente todavía entre 1997 y 2000, sin que a día de hoy Etiopía haya aceptado la decisión del Tribunal Internacional de Justicia que en 2002 estableció definitivamente las fronteras entre estos dos países. Con estos antecedentes, y a la luz de la actual situación en aquella República, no parece que la garantía constitucional del "derecho de secesión" en Etiopía pueda tomarse demasiado en serio. La división de Checoslovaquia en 1993 plantea una hipótesis diferente. En efecto, y aunque para entonces aquel Estado federal adecuaba la organización de su poder público a estándares democráticos, la emergencia de las Repúblicas checa y eslovaca no resulta ser un buen ejemplo de secesión respetuosa con las previsiones normativas². La Constitución de aquel país, originaria de 1960, y reformada en sentido "federal" en 1968, incorporó a su Preámbulo, mediante la revisión de diciembre de 1990, el derecho a la autodeterminación, "*up to separation*", de las dos Repúblicas; sin embargo, el referéndum que a tales efectos se exigía no se celebró y la disolución de la República se llevó a cabo, mediante una ley constitucional aprobada por la Asamblea Federal, contra la opinión mayoritaria de la ciudadanía tal y como resultaba de la totalidad de los sondeos de opinión y a pesar de las demandas de un numeroso grupo de parlamentarios para que se convocase el referéndum³.

Mi intención es referirme en todo caso a la secesión, no al derecho de autodeterminación. Trataré, en definitiva, de la que desde el punto de vista de sus efectos puede considerarse como la manifestación más contundente de aquel derecho que, como bien se sabe, no tiene porqué concretarse necesariamente en la secesión o separación de aquella parte del Estado que lo ejerce⁴. En ningún caso me ocuparé de la justificación política o moral de la secesión, ni entraré en la polémica sobre su eventual consideración como *derecho* de una colectividad

2. En realidad, ya se ha dicho, en este supuesto se trató no tanto de una separación o secesión como de la disolución o, mejor aún, de la división en dos de un Estado que dejó de existir. Lo que normalmente sucede en los casos de secesión es que una parte del territorio de un Estado accede a la independencia, pero el Estado preexistente, mermado ahora en su territorio, continua existiendo hacia el futuro.

3. R.H Cox y E.G. Frankland, "*The Federal State and the Breakup of Czechoslovakia: An Institutional Analysis*", Publius, núm. 1, 1995, págs. 71 ss. (en la pág. 86 recuerdan cómo la disolución se acordó por el Parlamento federal el 11 de noviembre de 1992, con efectos de 1 de enero de 1993, "*illegally because the federal Constitution required a referendum*"). En el mismo sentido, recordando la violación de la legislación que exigía un referéndum sobre toda iniciativa repartición, S. Massa, "*Secession by mutual assent: a comparative analysis of the dissolution of Czechoslovakia and the separatist movement in Canada*", *Wisconsin International Law Journal*, 1995, págs. 183 ss., en particular, págs. 190-191.

4. Una excelente síntesis de la teoría de la autodeterminación en su doble vertiente, interna y externa (como secesión), en P. Macklem, "*Militant democracy, legal pluralism, and the paradox of self-determination*", *ICON*, núm. 4, 2006, en concreto, págs. 499-506.

definida (aunque ambos aspectos serán objeto de tratamiento tangencial)⁵; mi propósito será únicamente el de (intentar) explicar las razones para su no incorporación constitucional. En otros términos: *aceptando, como acepto, que pueden existir razones poderosas para defender la secesión en ciertos casos, creo que dichas razones no son suficientes para avalar el reconocimiento constitucional del derecho a separarse*. Creo, en definitiva, que si la Constitución ha de jugar un papel llegado el caso (esto es, explicitada democráticamente una demanda secesionista), no puede aspirar a regular previamente una materia como ésta, de hondo calado político. Como ha reconocido D. Grimm, "las Constituciones que llevan demasiado lejos la juridificación de la política ponen ellas mismas las bases de su elusión y menosprecio: el perfeccionismo constitucional convierte a la Constitución en irrelevante"⁶.

En una primera parte de este escrito enunciaré los motivos que, en mi opinión, hacen aconsejable el silencio en las Constituciones sobre la posible secesión de una parte del Estado. A continuación, y desde los problemas que plantearía la (imposible) *justiciabilidad* de semejante derecho a separarse, me referiré al caso canadiense como ejemplo de la aporía (inviabilidad de orden racional, DRAE) que en el Estado constitucional de Derecho representa la secesión. Finalizaré con unas constataciones y conclusiones traídas de recientes experiencias o previsiones relativas, *lato sensu*, a la secesión.

2. Los motivos del silencio

Empecemos, pues, por las razones que justificarían la omisión en el trata-

5. W. Kymlicka, *Fronteras territoriales*, trad. esp., 2006, ha recordado cómo la defensa de un 'derecho plebiscitario de secesión' es la postura más coherente con toda filosofía política que enfatice la libertad, la diversidad y que funde la legitimidad de la autoridad política en el consentimiento de los gobernados. Al tiempo, sin embargo, este autor reconoce que el derecho plebiscitario de secesión solo se toma en serio por la filosofía académica. Se considera, afirma, una postura "ingenua", además de "peligrosamente irresponsable. Se percibe como una invitación a la inestabilidad y al fomento de conflictos étnicos. Para muchos, la secesión es únicamente admisible como último recurso, solo en el caso de que sea la única vía contra una gran opresión o injusticia, como sucede con el genocidio o la esclavitud. Bajo cualquier otra circunstancia, los límites existentes deben ser tratados como sacrosantos. Quienes adoptan este punto de vista no niegan que las fronteras existentes fueron trazadas de manera injusta. Por el contrario, es precisamente porque muchas de las fronteras del mundo se formaron injustamente, sin el consentimiento de la población local, por lo que el conceder el derecho de secesión a cualquier grupo que lo deseara sería una receta para el desastre. Ninguna parte del mundo quedaría a salvo de la consiguiente inestabilidad" (págs. 40-41).

6. D. Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, trad. esp., Madrid, 2006, pág. 33.

miento constitucional de la secesión⁷. *¿Por qué en más de dos siglos de Estado constitucional ninguna Constitución⁸ ha hecho posible y regulado el procedimiento a través del cual una parte de su territorio podría separarse del resto para devenir un Estado independiente?* Habría una primera explicación que me atrevería a calificar como de sentido común: *las Constituciones se elaboran para durar, para proyectarse en el tiempo indefinidamente, con voluntad de estabilidad y permanencia; sin fecha de caducidad.* Aceptar el derecho de secesión en su seno sería tanto como reconocer el ánimo o voluntad temporal del Estado cuyo poder público la Constitución funda, legitima, dota de identidad política, organiza y limita.

Esta incuestionable voluntad de los textos constitucionales resulta perfectamente compatible con (más aún: es inconcebible sin) las cláusulas de reforma presentes en la totalidad de aquéllos. Se trata así de evitar lo que Condorcet denominó "constituciones perpetuas, que son portadoras en su seno del principio de una destrucción violenta"⁹. Precisamente por esta razón, creo que las cláusulas de intangibilidad constitucional, los límites materiales a la reforma, resultan difícilmente defendibles en esta materia. Cláusulas, por cierto, que figuran en Constituciones tan próximas a la nuestra como la portuguesa ("Las leyes de reforma constitucional habrán de respetar: a) La independencia nacional y la unidad del Estado", art. 288) y la francesa ("*Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire*", art. 89, cuarto inciso). En definitiva, en mi opinión, la Constitución no

7. Sobre el particular, por todos, C.R. Sunstein, "*Constitutionalism and Secession*", *University of Chicago Law Review*, 1991, págs. 633 ss.; R.L. Watts, *Sistemas federales comparados*, trad. esp., Madrid, 2006, en concreto págs. 233-234; A. Buchanan, *Secession*, trad. it., Milán, 1994, en particular, págs. 202 ss., en las que el autor, formula un "derecho constitucional a la secesión" desde cuatro posibles modelos típicos al tiempo que reconoce las muchas dificultades para su práctica; del mismo autor, "*Autodeterminación, secesión y primacía del derecho*", en R. McKim y J. Maman (comps.), *La moral del nacionalismo, vol. II*, Barcelona, 2003, págs. 157 ss., en las que, entre otros contenidos, elabora una propuesta para someter "las crisis de secesión a la primacía del derecho internacional", y C.N. Okeke, "*A note on the right of secession as a human right*", *Annual Survey of International and Comparative Law*, 1996, en especial, págs. 30-36.

8. El hecho cierto es que si se excluye la experiencia de Checoslovaquia, cuyas singularidades de todo tipo no pueden ignorarse, no conozco ninguna otra Constitución escrita de un Estado democrático en la que la secesión se haga (o se haya hecho) posible y se establezcan los trámites para llevarla a término. Un repaso a diversas previsiones constitucionales que, a juicio de los autores, posibilitan la secesión, se encuentra en P.J. Monahan y J. Bryant, *Coming to Terms with Plan B: Ten Principles Governing Secession*, C.D. Howe Institute, núm. 83, June 1996 (se trata de un documento que anticipa el planteamiento de la opinión consultiva al Tribunal Supremo de Canadá. Entre las págs. 3-18 se contienen numerosos datos de Derecho Comparado en los que abundan los errores).

9. Citado por G. Zagrebelsky, *Historia y Constitución*, trad. esp., Madrid, 2005, pág. 48.

tiene que (no está concebida para) incentivar la secesión -y éste podría ser uno de los efectos de su previsión- pero tampoco tiene que impedir la reforma constitucional para dar respuesta a una demanda independentista planteada en términos inequívocamente democráticos¹⁰.

La referencia histórica habitual a la falta de previsión en las Constituciones de la secesión resulta del primer discurso de toma de posesión del Presidente de los Estados Unidos A. Lincoln en marzo de 1861:

"Perpetuity is implied, if not expressed, in the fundamental law of all national governments. It is safe to assert that no government proper, ever had a provision in its organic law for its own termination".

Y es muy importante notar el contexto en el que esta afirmación se hace, cuando ya varios Estados secesionistas habían declarado unilateralmente su separación de la Federación y a solo cinco semanas del ataque confederado al Fuerte Sumter, que fue el primer episodio bélico de la Guerra Civil (1861-1865).

La Constitución norteamericana no prohibía explícitamente la secesión, pero tampoco la reconocía; este silencio ambiguo (una auténtica *"conspiracy of silence"* en los términos de M. Burgess)¹¹ consintió muchas interpretaciones, al menos hasta casi un siglo después de cerrada la Convención de Filadelfia. Durante muchos años se entendió por destacados políticos y juristas estadounidenses, con opinión mayoritaria en algunos Estados del sur, que la unión federal no era una decisión del pueblo (*"We the People"*), sino un acuerdo entre Estados iguales y soberanos, independientes en todo aquello que no habían cedido al poder común. Se explica de este modo, y como expresión de la propia soberanía, la tesis de la *nullification*, según la cual los Estados podían *anular* las leyes federales que invadieran los *States' rights*, de modo que, como puede leerse en la *Virginia Resolution*, aquéllos estaban legitimados para *"that the necessary and proper measures will be taken by each, for co-operating [...], in maintaining the Authorities, Rights, and Liberties, referred to the States respectively, or to the*

10. En España es mayoritaria la tesis que sostiene que la independencia de alguna de las partes de su territorio sería posible mediante la reforma constitucional por el procedimiento agravado, es decir, que no existe un límite implícito a la reforma constitucional para la garantía de la indisoluble unidad de la Nación española (art. 2 CE). Al respecto, por todos, B. Aláez Corral, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, Madrid, 2000, págs. 378-382.

11. En "El futuro del pasado: conectar los orígenes y formación de las federaciones con sus consecuencias", ponencia presentada a la Conferencia Internacional mencionada en la primera nota de este trabajo.

people"¹². Frente a esta lectura de la Constitución entendida como un pacto entre Estados disponible por cada uno de éstos, se alzó, entre otras muchas, la voz de Lincoln en su *Inaugural Address* de 1861:

"Again, if the United States be not a government proper, but an association of States in the nature of contract merely, can it, as a contract, be peaceably unmade, by less than all the parties who made it? One party to a contract may violate it -- break it, so to speak; but does it not require all to lawfully rescind it? Descending from these general principles, we find the proposition that, in legal contemplation, the Union is perpetual, confirmed by the history of the Union itself. [...]. It follows from these views that no State, upon its own mere motion, can lawfully get out of the Union, -- that resolves and ordinances to that effect are legally void, and that acts of violence, within any State or States, against the authority of the United States, are insurrectionary or revolutionary, according to circumstances".

La polémica, como se sabe, acabó (al menos en sus perfiles jurídicos) tras la Guerra Civil, con la decisión del Tribunal Supremo en el caso *Texas v. White*, de 1868. Los términos en los que el Tribunal se pronunció a propósito de la ilicitud constitucional de la secesión, en este caso del Estado de Texas, fueron los siguientes:

"[...] the question whether the right of a State to withdraw from the Union for any cause, regarded by herself as sufficient, is consistent with the Constitution of the United States.

The Union of the States never was a purely artificial and [74 U.S. 700, 725] arbitrary relation. It began among the Colonies, [...]. It was confirmed and strengthened by the necessities of war, and received definite form, and character, and sanction from the Articles of Confederation. By these the Union was solemnly declared to 'be perpetual.' And when these Articles were

12. La *Virginia Resolution* fue redactada a finales de 1798 por J. Madison, al tiempo que T. Jefferson escribía la (inicialmente más radical) *Kentucky Resolution*. Fue la reacción de estos Estados de mayoría republicana a las conocidas como *Aliens and Sedition Acts*, un conjunto de cuatro leyes salidas de la mayoría federalista en el poder en Washington que invadían los *States' Rights*. Se trataba, en palabras de Jefferson, de "a nullity as absolute and as palpable as if Congress has ordered us to fall down and worship a golden image" (citado en R. Chernow, Alexander Hamilton, Nueva York, 2004, pág. 573). Estas mismas tesis sirvieron casi treinta años después a J.C. Calhoun para recordar en su *South Carolina Exposition* la capacidad de cada Estado para anular toda pretensión usurpadora del Gobierno federal (Disquisición sobre el gobierno, trad. esp., Madrid, 1996).

found to be inadequate to the exigencies of the country, the Constitution was ordained 'to form a more perfect Union.' It is difficult to convey the idea of indissoluble unity more clearly than by these words. What can be indissoluble if a perpetual Union, made more perfect, is not?

But the perpetuity and indissolubility of the Union, by no means implies the loss of distinct and individual existence, or of the right of self-government by the States. Under the Articles of Confederation each State retained its sovereignty, freedom, and independence, and every power, jurisdiction, and right not expressly delegated to the United States. Under the Constitution, though the powers of the States were much restricted, still, all powers not delegated to the United States, nor prohibited to the States, are reserved to the States respectively, or to the people. And we have already had occasion to remark at this term, that the people of each State compose a State, having its own government, and endowed with all the functions essential to separate and independent existence, and that without the States in union, there could be no such political body as the United States. [...]. The Constitution, in all its provisions, looks to an indestructible Union, composed of indestructible States. [74 U.S. 700, 726] When, therefore, Texas became one of the United States, she entered into an indissoluble relation. All the obligations of perpetual union, and all the guaranties of republican government in the Union, attached at once to the State. The act which consummated her admission into the Union was something more than a compact; it was the incorporation of a new member into the political body. And it was final. The union between Texas and the other States was as complete, as perpetual, and as indissoluble as the union between the original States. There was no place for reconsideration, or revocation, except through revolution, or through consent of the States.

Considered therefore as transactions under the Constitution, the ordinance of secession, adopted by the convention and ratified by a majority of the citizens of Texas, and all the acts of her legislature intended to give effect to that ordinance, were absolutely null. [...]. Our conclusion therefore is, that Texas continued to be a State, and a State of the Union, notwithstanding the transactions to which we have referred"¹³.

La Constitución de los Estados Unidos expresa ejemplarmente desde su Preámbulo su voluntad de permanencia. El Tribunal Supremo recuerda en el pasaje que se acaba de reproducir que la condición "perpetua" de la unión de los

13. Texas v. White, 74 U.S. 700, 724-726 (1868).

Estados resultante de los *Articles of Confederation*, expresamente proclamada como tal¹⁴, se refuerza en la Constitución federal, con la que se pretende "*to form a more perfect union*". El texto votado en Filadelfia y sometido a ratificación en los Estados nunca se pretendió de proyección temporal limitada. "*I cannot reconcile myself to the idea of a division of this Continent, even fifty years hence*", escribía en Londres John Adams (que sería el primer Vicepresidente de la historia de los Estados Unidos y su segundo Presidente) a un amigo inglés cuando aún se discutía en la Convención en septiembre de 1787.

De cuanto hasta aquí se ha dejado apuntado resulta ya el segundo de los argumentos que, siempre en mi opinión, empujan a favor de la no previsión constitucional de la secesión y del trámite para hacerla efectiva. Me refiero a lo que podríamos calificar como silencios (y ambigüedades) conscientes del constituyente, que juegan a favor de la estabilidad y permanencia de la Constitución y en virtud de los cuales se renuncia a proceder a ciertas regulaciones cuya sola existencia puede generar conflictos más graves que los provocados por los problemas que se pretenden afrontar. La renuncia en el momento constituyente puede favorecer el consenso, el acuerdo de amplia base política para hacer posible la aprobación del documento constitucional: se evita el problema, por decirlo en otros términos, orillando su tratamiento. Y la renuncia puede también favorecer la dinámica institucional, el funcionamiento ordenado del sistema político, ya que éste no se ve perturbado por la existencia de ciertas previsiones que pueden incentivar la inestabilidad del propio orden constitucional.

Varios son los efectos negativos que para la política democrática puede tener el reconocimiento del derecho de secesión. Su previsión constitucional, se dice, implica la concepción del Estado como una realidad permanentemente en cuestión, ya que alguna de sus partes puede optar por la separación provocando de este modo una nueva conformación del Estado restante. Así las cosas, la inestabilidad se ve fuertemente incentivada por cuanto se asume que el destino del Estado, su futuro, en definitiva, depende de las varias entidades territoriales que lo integran. La toma de decisiones en el seno de las instituciones estatales, en particular de aquellas decisiones que tengan un alcance estratégico, se ve dificultada en virtud del notable potencial de chantaje del que disponen los sujetos titulares de la opción secesionista, que pueden amenazar con su ejercicio si una determinada decisión que se desea adoptar por las instituciones comunes del Estado no respeta sus propios intereses.

14. Que se encabezaban con la siguiente fórmula: "*Articles of the Confederation and perpetual Union between the states of New Hampshire, [...]*".

Llegamos así a la tercera de las razones a la que me quiero referir. Asumido que la garantía de la secesión es una solución cara, costosa desde el punto de vista constitucional (puede incentivar la inestabilidad; dificulta el proceso decisorio; incrementa las posibilidades de chantaje de una parte; cuestiona la voluntad de permanencia de la Constitución), siempre es posible imaginar alternativas menos onerosas que la separación para hacer frente a las razones que históricamente han justificado las reivindicaciones secesionistas. El constitucionalismo como ideología y la Constitución como técnica de organización del poder han sido desde sus orígenes instrumentos para la libertad que han sabido adecuarse a las múltiples transformaciones de todo tipo que ha experimentado el Estado contemporáneo en los últimos dos siglos. Hagamos un brevísimo repaso a los motivos que han justificado y justifican la demanda secesionista y a las posibles respuestas a los mismos.

Las razones vinculadas a las vulneraciones a gran escala de los derechos humanos, que en no pocas ocasiones se han dado para defender la secesión del territorio que las padece, no resultan relevantes en el marco de un Estado constitucional democrático, que -como ya se ha dicho- es el único que interesa en estas páginas. Si esas vulneraciones se producen estamos ya fuera del objeto de nuestro estudio: no hay Estado constitucional y las respuestas imaginables a la situación descrita no se agotan, ni mucho menos, en la propuesta secesionista. Podrá tratarse (históricamente así ha sido en no pocas ocasiones) de un supuesto de dominación colonial, pero entonces la solución ha de venir desde el Derecho Internacional. En estos casos, insisto, los parámetros de análisis no son los propios de un Estado democrático normalizado en el que funcionan cotidianamente las medidas "ordinarias" de prevención y reacción frente a las lesiones de los derechos fundamentales.

En algunas ocasiones, la reivindicación de la secesión se sustenta en causas de carácter histórico o territorial, vinculadas normalmente a la génesis del Estado respecto del que se pretende la secesión. La localización de las fronteras, ha recordado recientemente Kymlicka, "casi siempre ha venido determinada por factores que ahora reconocemos como ilegítimos -por ejemplo, conquistas, colonización [...]-. En suma, sabemos que las fronteras existentes son en su mayoría el producto de injusticias históricas"¹⁵. En este ámbito, y con independencia de

15. W. Kymlicka, op. cit., pág. 38. Precisamente la delimitación del territorio, la definición de las fronteras, suele ser uno de los principales y más difíciles problemas a resolver cuando se produce una secesión. Véase, al respecto, M.G. Cohen, "*Le problème des frontières en cas de dissolution et de séparation d'États: Quelles alternatives?*", *Revue Belge de Droit International*, núm. 1, 1998, págs. 129 ss.

que quizá también aquí el Derecho Internacional Público tenga más que decir que el Derecho Constitucional (tal y como nos enseña la experiencia anglo-irlandesa), el problema puede situarse en la fijación del momento en el que se ha de poner fin al repaso a la historia. La decisión dependerá siempre del sujeto que la adopta, y por eso mismo podrá ser tachada por unos u otros de arbitraria.

Las causas de tipo cultural, identitario e incluso económico que podrían avallar una propuesta de secesión, pueden ser perfectamente afrontadas desde el Derecho Constitucional con un coste mucho menos gravoso del que puede tener (*rectius*: del que siempre tiene) la separación de una parte del Estado. La primera Constitución de la historia, la Constitución federal de los Estados Unidos es un buen ejemplo de cuanto acaba de decirse. El "milagro en Filadelfia", término empleado por dos de los más cualificados protagonistas de la Convención (G. Washington y J. Madison)¹⁶, fue un intento coronado con éxito -al menos eso puede decirse hoy en día- de acomodar dos concepciones bastante enfrentadas de la Unión y de sus poderes; de equilibrar las pretensiones de los pequeños y de los grandes Estados; del sur y del norte; los esclavistas y los que no lo eran tanto. En aquellas circunstancias la federación se concibió como más ventajosa para todos que el mantenimiento de un *statu quo* (la independencia en el seno de la Confederación) que ponía en peligro la propia existencia como Estados soberanos de las antiguas colonias británicas.

En la actualidad las técnicas conocidas de distribución territorial del poder político consienten la respuesta a pretensiones de tipo identitario en el seno de un Estado que, de otro modo, podrían llevar a plantear la secesión. Las propuestas en el terreno simbólico, competencial y de integración de los poderes del Estado que resultan de modelos como el federalismo plurinacional y las asimetrías territoriales, pueden servir a estos efectos¹⁷. En todo caso, no ha de desconocerse que estas fórmulas de acomodación de la diversidad necesitan del

Este autor concluye que la regla aplicable en la materia es el *uti possidetis*, resultado de la práctica internacional y que es, al mismo tiempo, y con sus límites, el criterio que mejor se adecua al sistema jurídico internacional para regular las situaciones de emergencia de un nuevo Estado independiente.

16. Así lo recuerda en el Prefacio de su obra, que por cierto titula con esas mismas palabras, C. Drinker Bowen, p. XI (*Miracle at Philadelphia. The Story of the Constitutional Convention May to September 1787*, Bostón, reimpresión de 1986).

17. Véanse, en este sentido, las propuestas de A.G. Gagnon, *Au-delà de la nation unificatrice: Plaidoyer pour le fédéralisme multinacional*, Barcelona, 2007, *passim*; A. Eide, "In Search of Constructive Alternatives to Secession", en C. Tomuschat (ed.), *Modern Law of Self-Determination*, Dordrecht/Boston/Londres, 1993, págs. 139-176 (con una perspectiva también desde el Derecho Internacional) y, sin ánimo de agotar la lista, las contribuciones que se contienen en E. Fossas y F. Requejo (eds.), *Asimetría federal y Estado multinacional*, Madrid, 1999.

acuerdo entre quienes pretenden el (llamémoslo así) "tratamiento nacional" y las demás partes del Estado; un acuerdo que de no alcanzarse puede exacerbar la reivindicación independentista, ahora plenamente justificada, se diría, por cuanto no se han satisfecho las reclamaciones identitarias.

El cuarto argumento contra la garantía constitucional de la secesión tiene un carácter marcadamente formal, aunque no por eso su importancia puede considerarse menor: ¿Cómo articular técnicamente desde la Constitución el derecho (de secesión) que se reconoce?. A este propósito habría de darse respuesta a preguntas como: ¿quién puede ejercerlo?; ¿a través de qué procedimiento?; ¿cuáles son las mayorías exigibles tanto desde el punto de vista de la participación como para la aprobación de la propuesta?; ¿han de fijarse previamente los criterios de arreglo para el caso de que prospere la iniciativa? (reparto de la deuda pública, sucesión internacional, etc.) y ¿puede reivindicarse ante los Tribunales?.

3. El "derecho" (de secesión) y su (imposible) garantía judicial

Es claro que si la secesión se hace posible en la Constitución y desde ésta se fijan las condiciones para su ejercicio, la intervención de un órgano judicial (un Tribunal Constitucional, pongamos por caso) resultará perfectamente imaginable para garantizar la observancia de aquellas condiciones y, en última *ratio*, el respeto a la propia Constitución. Ahora bien: ¿cuáles son límites de una eventual intervención judicial en este terreno?. ¿Hasta dónde puede llegar a decidir en términos de puro Derecho un tribunal vinculando a los sujetos político-constitucionales en una materia de la *más alta tensión* política?.

Es precisamente para responder a esta pregunta para lo que tiene pleno sentido acudir, tal y como se proponía al inicio de estas páginas, a la opinión consultiva emitida por el Tribunal Supremo de Canadá el 20 de agosto de 1998¹⁸ y al contexto en el que la misma se produjo.

En los últimos veintisiete años se han celebrado en Quebec dos referenda en los que se planteó su abandono de la Federación canadiense, sustituyendo su

18. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217. En lengua castellana pueden consultarse los comentarios de J.F. López Aguilar, "Quebec, Canadá, España: renegociando contratos", en AA.VV., *Informe Comunidades Autónomas 1998*, Barcelona, 1999, págs. 731 ss., y A. Ruiz Robledo y C. Chacón Piqueras, "Comentario del Dictamen del Tribunal Supremo canadiense de 20 de agosto de 1998 sobre la secesión de Quebec", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 1, 1999, págs. 275 ss.

vigente estatus constitucional, como una más de las diez Provincias que integran el Estado de Canadá¹⁹, por fórmulas en ambos casos poco precisas de partenariado o asociación que se habrían concretado de haber prosperado alguna de ambas consultas (así resultaba del texto de las nada claras preguntas planteadas en el referéndum de 1980 y en el posterior de 1995)²⁰. En la primera de tales ocasiones solo el 40,44% de los votantes se manifestó a favor de la propuesta; en la segunda, lo hizo el 49,40%. En ambos casos, el porcentaje de participación fue muy elevado: el 85,6 y el 93,5, respectivamente, sobre el total del censo.

El contexto jurídico en el que se celebraron las dos consultas fue en buena medida el mismo: la Constitución de Canadá no prevé la separación de una parte de su territorio, al tiempo que no contiene límites materiales a su reforma. Por otra parte, nada en el texto constitucional impide la convocatoria de un referéndum por un Gobierno provincial. Ningún obstáculo formal existía, en definitiva, a la realización de unas consultas que no se planteaban como decisiones últimas sobre la independencia o separación de Quebec (términos ambos con una connotación claramente negativa en la opinión pública quebequesa), sino como autorizaciones a las autoridades políticas provinciales para proponer al poder federal una nueva relación de "soberanía-asociación" (así en 1995). El contexto político se alteró entre uno y otro referéndum. Mientras que el primero de ellos se celebró en el marco resultante de la Ley Constitucional de 1867, texto fundacional de la Federación que contó con el apoyo de la Provincia francófona, el segundo tuvo lugar tras la gran reforma constitucional de 1982, que fue expresamente rechazada por la Asamblea Nacional de Quebec por cuanto significaba -así se dijo- una limitación de las competencias provinciales y desconocía la singularidad quebequesa.

La convocatoria y celebración de las consultas de 1980 y 1995 no se cuestionó en ningún momento ante los Tribunales por el Gobierno canadiense. En 1995 fue un ciudadano quebequés quien solicitó, sin éxito, la suspensión cautelar del referéndum. Atender a tal demanda podría, en palabras del órgano judicial, "crear un problema más grave que el que se pretende resolver". No obstante, en el pronunciamiento sobre el fondo de la precitada demanda (un juicio declarativo) la *Cour Supérieure* sostuvo que la iniciativa del Gobierno y del Parlamento provinciales, en virtud de la cual se pretendía "proclamar la soberanía de Quebec" sin respetar el trámite de reforma constitucional, "constituye

19. Sobre el particular, A. Saiz Arnaiz, *Estado federal y 'estatuto particular'. La posición constitucional de la Provincia de Quebec en la Federación canadiense*, Madrid, 1997, passim.

20. Una traducción de estas preguntas en A. Saiz Arnaiz, op. cit., pág. 150.

una amenaza grave a los derechos y libertades del demandante garantizados por la Carta canadiense de los derechos y libertades [...]”²¹.

Tras el resultado del referéndum celebrado en octubre de 1995, en el que unos pocos miles de votos impidieron el éxito de la iniciativa *québécoise*, el Gobierno federal concretó algunos de sus compromisos en el terreno de la autonomía provincial mediante iniciativas políticas y legislativas que pueden calificarse como de baja intensidad y, por lo mismo, muy lejos de la voluntad de "estatuto especial o particular" para Quebec. Al mismo tiempo, y puesto que los líderes del Partido *Québécois* manifestaron su voluntad de convocar un nuevo referéndum pasados unos años, el Gobierno federal se planteó acudir al Tribunal Supremo para solicitar de éste una "Opinión Consultiva" sobre la validez constitucional, y a la luz del Derecho Internacional, de una eventual secesión unilateral de Quebec. En septiembre de 1996 se formalizó dicha solicitud. La decisión del Tribunal Supremo de Canadá (insisto: una opinión consultiva, y no una sentencia, y por lo tanto no vinculante formalmente aunque en la práctica constitucional canadiense se otorga a dichas opiniones la misma fuerza de obligar que al resto de decisiones judiciales) se produjo en fecha 20 de agosto de 1998. Se trata, creo que sin exageración, de una muestra ejemplar de resolución judicial que, por su convincente y completa motivación, se ha convertido en cita o referente obligado universal en los últimos años en todo debate sobre la secesión o independencia.

Aunque el Gobierno de Quebec se negó a comparecer, rechazando la competencia del Tribunal para pronunciarse sobre una cuestión de naturaleza -se dijo- marcadamente política, los argumentos de la secesión se hicieron valer por el *amicus curiae* llamado a intervenir por el propio Tribunal Supremo. En la causa presentaron alegaciones, además del Gobierno de Canadá y del *amicus curiae*, varios Gobiernos provinciales, distintas asociaciones (tribus indias, grupos de defensa de los derechos de las minorías) y algunos particulares. La riqueza de los documentos producidos por todos ellos, y la intensidad y calidad del debate político-constitucional ante el Tribunal Supremo están fuera de toda duda. En lo que aquí interesa la pregunta planteada al Tribunal por el Gobierno canadiense era doble. ¿Puede el Parlamento o el Gobierno de Quebec, en virtud de la Constitución de Canadá, proceder unilateralmente a la secesión?. ¿Puede el Parlamento o el Gobierno de Quebec, de acuerdo con el Derecho Internacional, proceder unilateralmente a la secesión?.

21. *Bertrand c. Procureur General du Québec*, C.S. Québec, J. Lesage, 8 de septiembre de 1995 (Núm. 200-05-002117-955).

Para responder a la primera pregunta, el Tribunal Supremo recuerda la pertinencia de cuatro grandes principios constitucionales, ninguno de los cuales puede interpretarse haciendo abstracción de los demás ni impedir la aplicación de otro u otros. Se trata del "federalismo", de la "democracia", del "constitucionalismo y de la primacía del Derecho" y del "respeto a los derechos de las minorías". Estos principios, se afirma, pueden generar "obligaciones jurídicas [...] que suponen límites sustanciales a la acción de los poderes públicos". Simplificando mucho el razonamiento y las conclusiones a las que llega el Tribunal Supremo, puede afirmarse cuanto sigue:

1. La secesión de una Provincia no puede hacerse unilateralmente a tenor de la Constitución. La secesión requeriría necesariamente la reforma constitucional.

2. Ahora bien, una mayoría clara en Quebec a favor de la secesión, expresada en respuesta a una pregunta referendaria clara, conferiría al proyecto de secesión una legitimidad democrática que el resto de integrantes de la Federación tendrían la obligación de reconocer. Incumbe a los actores políticos, y nunca a los Tribunales, determinar en qué consiste una "mayoría clara" en respuesta a una "pregunta clara".

3. En tales condiciones, el resto de las Provincias y el poder federal "no tendrían ninguna razón válida para negar al Gobierno de Quebec" su derecho a dar los pasos necesarios para realizar la secesión siempre que esta Provincia "respetase los derechos de los demás".

4. A estos efectos habrían de entablarse negociaciones ("que no serían fáciles") entre las partes implicadas sobre "el acto potencial de la secesión y las eventuales condiciones en las que ésta debería de llevarse a cabo". El contenido de las negociaciones y el proceso a seguir se fijarán por los actores políticos, sin que los Tribunales puedan pronunciarse al respecto. El Tribunal Supremo adelanta que en dichas negociaciones "habrían de tratarse los intereses de las otras Provincias, los del Gobierno federal, los de Quebec, los derechos de todos los canadienses dentro y fuera de Quebec y, particularmente, los derechos de las minorías". En todo caso se trataría de "conciliar los derechos de dos mayorías legítimas": la mayoría de la población de Quebec y la del conjunto de Canadá. Si una de las parte no actuara de acuerdo con los principios antes aludidos "pondría en peligro la legitimidad del ejercicio de sus derechos y, en última instancia, la aceptación del resultado por la comunidad internacional".

En cuanto a la segunda pregunta el Tribunal Supremo concluye, tras un minucioso análisis de la legalidad internacional, que la Provincia de Quebec no puede llevar a cabo unilateralmente una secesión como ejercicio del derecho de autodeterminación por cuanto no se trata de un pueblo parte de un imperio colonial, ni se encuentra sometido a la dominación y explotación extranjera, ni se está privado de su "autodeterminación interna" (elecciones periódicas, autogobierno,...). Más aún, un Estado de las características de Canadá ("cuyo Gobierno representa sin discriminación al conjunto del pueblo o de los pueblos que residen en su territorio, y que respeta los principios de la autodeterminación en su funcionamiento interno") se encuentra amparado por el Derecho Internacional para el mantenimiento de su integridad territorial. Nada de cuanto se ha afirmado, concluye el Tribunal Supremo, impide una declaración unilateral de independencia, que conduciría a una secesión *de facto* cuyo éxito dependería de su reconocimiento por la comunidad internacional. En ningún caso, sin embargo, semejante reconocimiento otorgaría una justificación retroactiva a la secesión ni en virtud de la Constitución, ni en virtud del Derecho Internacional²².

El panorama jurídico quedaba en buena medida despejado frente a hipotéticas futuras consultas: ni el Derecho Constitucional de Canadá, ni el Derecho Internacional consentían una secesión unilateral, pero una voluntad democrática claramente expresada por el pueblo de Quebec habría de llevar a los actores políticos, guiados por el respeto a los principios constitucionales, a entablar negociaciones a la búsqueda de un acuerdo respetuoso con dicha voluntad y, al tiempo, con los intereses del resto de los integrantes de la Federación²³. Curiosamente las dos partes afectadas, los Gobiernos de Quebec y de Canadá, valoraron positivamente el pronunciamiento judicial²⁴.

22. La respuesta acerca de la eventual legalidad internacional de una independencia unilateral de Quebec fue criticada por algunos autores, que la consideraron fruto de una lectura "unsophisticated" del Derecho Internacional que evitó todos los aspectos "interesantes y complicados" de la pregunta, en particular los efectos de una práctica estatal reciente, tras la caída del comunismo, en virtud de la cual se estaría comenzando a aceptar "un derecho de secesión más expansivo del que anteriormente se había admitido" (S.J. Toope, "Re Reference by Governor in Council concerning Certain Questions relating to Secession of Quebec from Canada. 161 D.L.R. (4th) 385. Supreme Court of Canada, August 20, 1998", *American Journal of International Law*, April 1999, págs. 519-525).

23. Esa obligación de negociar ha sido considerada por algunos como la "most interesting feature" de la opinión consultiva (D.P. Haljan, "A Constitutional Duty to Negotiate Amendments: Reference Re Secession of Quebec", *International and Comparative Law Quarterly*, April, 1999, págs. 447 ss. (la cita está sacada de las págs. 455-456). En una muy interesante lectura de esta opinión consultiva, J. Woehrling entiende que el Tribunal Supremo parece haber introducido, junto a las convenciones constitucionales (exigibles solo políticamente) y al Derecho Constitucional (impuesto por los Tribunales), una nueva categoría en la Constitución de Canadá, "intermedia entre las dos anteriores, a saber, unos principios que son, por un lado, jurídicos pero por otro lado susceptibles únicamente de sanciones polí-

La reacción federal llegó de la mano de la conocida como *Ley de Claridad*, de junio de 2000, en cuyo Preámbulo son constantes las remisiones a la Opinión del Tribunal Supremo. Se trata de un texto de solo tres artículos que atiende a los llamamientos que en dicha Opinión se hacían a los actores políticos: se atribuye a la Cámara baja del Parlamento federal la competencia para evaluar tanto el carácter claro de la pregunta que pretenda someterse a referéndum provincial, como la condición igualmente clara de la mayoría en su caso obtenida, rechazándose implícitamente que preguntas como las de los referenda de 1980 y 1995 sean claras. En defecto de claridad el Gobierno federal "no entablará ninguna negociación sobre las condiciones en las que una Provincia podría dejar de formar parte de Canadá". Por el contrario, cumplidos los requisitos de claridad, la secesión de una Provincia será posible tras la pertinente reforma constitucional que habrá de llevarse a cabo una vez "concluidas las negociaciones en las que participarán, en especial, los Gobiernos del conjunto de las Provincias y de Canadá" (quede aquí solamente apuntado que si algún día se verificara tal situación se trataría de la primera ocasión en la historia del Estado constitucional en la que una secesión se llevaría a cabo respetando un procedimiento democrático previamente establecido). Tres meses después de aprobada la Ley se celebraron elecciones generales en Canadá: el Partido Liberal revalidó su mayoría parlamentaria y obtuvo en la Provincia de Quebec más votos que los soberanistas del Bloque Quebequés.

A la Ley de Claridad respondió con (clara) voluntad contradictoria la Asamblea Nacional de Quebec mediante la *Ley sobre el ejercicio de los derechos fundamentales y las prerrogativas del pueblo y del Estado de Quebec*, aprobada tres meses después. En su Preámbulo se reconoce la "importancia política" de la Opinión Consultiva del Tribunal Supremo al tiempo que se sostiene que la Ley de Claridad es expresión de una "política del Gobierno federal tendente a cuestionar la legitimidad, la integridad y el buen funcionamiento de [las] instituciones democráticas" de Quebec. Me limitaré a recordar aquí que en lo relativo a la doble necesidad de claridad se sostiene, de un lado, la sola competencia de las "instituciones políticas" quebequesas para determinar las condiciones o

ticas a causa de su 'no justiciabilidad'". Este autor responde convincentemente a su propia pregunta: ¿Por qué el Tribunal no ha optado por decir que la obligación de negociar, en caso de referéndum positivo en Quebec, surge de una convención constitucional basada en los principios de democracia y de federalismo? (véase, *in extenso*, "El juicio del Tribunal Supremo de Canadá sobre la eventual secesión de Quebec", RVAP, núm. 54, 1999, págs. 405 ss., la cita en pág. 420).

24. Un excelente análisis del ambiente constitucional en el que se produjo el Dictamen del Tribunal Supremo, así como de las respuestas federal y provincial al mismo se encuentra en P. Pérez Tremps, *El marco (a)constitucional del debate sobre la secesión de Quebec*, Barcelona, 2004, *passim*.

modalidades del referéndum y, de otro, que la "opción ganadora es la que obtiene la mayoría de votos declarados válidos, es decir, el 50% más uno de los votos". La Ley provincial fue recurrida al poco de su aprobación ante la *Cour Supérieure* de Quebec por el Partido de la Igualdad, que se presenta como defensor de los intereses de la minoría anglófona en aquella Provincia. La demanda de juicio declarativo fue inadmitida a trámite en agosto de 2002 por una doble razón: la *Cour* entendió que la pretendida amenaza a los derechos constitucionales de los recurrentes resultante del texto legislativo era hipotética y no real en ausencia de convocatoria referendaria, pero además, con remisión a la opinión consultiva del Tribunal Supremo de Canadá, recordó que, "*réserve judiciaire oblige*", no compete a los tribunales pronunciarse sobre "*questions politiques*"²⁵.

Esta larga exposición de la experiencia canadiense hace posible una doble conclusión de notable interés. En primer lugar, evidencia los límites del Derecho, y del Derecho Constitucional en particular, como cauce regulador de toda pretensión secesionista: las muy opuestas regulaciones de dos leyes que gozan de idéntica presunción de validez, la federal de Claridad, por un lado, y la relativa al ejercicio de los derechos fundamentales y las prerrogativas del pueblo y del Estado de Quebec, por otro, no dejan lugar a dudas en cuanto a la (seguramente escasa) eficacia ordenadora de ambos textos en un futuro proceso de secesión. En puridad de términos, las leyes en cuestión se comportan mucho más como un auténtico semillero de conflictos que como cauce preventivo y reparador de éstos. La segunda conclusión se encuentra íntimamente ligada a cuanto se acaba de escribir: los límites del Derecho Constitucional para poner orden en un proceso de estas características se completan desde la incapacidad de los tribunales, naturalmente asumida por sus protagonistas en Canadá, para resolver los conflictos que a lo largo de aquél puedan surgir. Solo dos ejemplos sacados de la opinión consultiva del Tribunal Supremo canadiense: los tribunales no pueden ser nunca competentes para decidir acerca de la claridad de una pregunta y de una mayoría; los tribunales nada tienen que poder decir sobre el contenido y los trámites de las negociaciones sucesivas a una consulta en la que se haya votado (*claramente*) por la secesión.

Cuanto se acaba de decir es perfectamente compatible con el reconocimiento de un importante papel al Derecho Constitucional en cualquier proceso de secesión, que obligará, en la mayoría de las ocasiones, si no siempre, a la reforma de la Constitución como mínimo para dar respuesta a la nueva realidad terri-

25. *Keith Owen Henderson and Equality Party c. Procureur Général du Québec*, C.S. Québec, J. Côté, 16 de agosto de 2002 (Núm. 500-05-065031-013).

torial e institucional del Estado ("restante", si se quiere). La intervención del Derecho Constitucional ha de tener un propósito esencialmente "formalizador" de una decisión ya adoptada y aceptada por los que el Tribunal Supremo de Canadá denominó "actores políticos". *La secesión no se debe discutir desde la Constitución, pero en ésta no puede desconocerse la secesión democráticamente decidida y políticamente arreglada.*

En definitiva, creo que la estrategia constitucional adecuada es no proclamar la secesión como derecho (o, quizá mejor, como posibilidad constitucionalmente garantizada) pero tampoco impedirla, ya lo he dicho, por ejemplo mediante límites materiales a la reforma, explícitos o implícitos, vinculados a la integridad territorial del Estado o a su unidad. El Derecho Constitucional, que no parece concebido para organizar la ruptura del Estado, ha de ser capaz, sin embargo, de responder desde el previo acuerdo político a las demandas de secesión que puedan expresarse en el seno de un Estado democrático. En otras palabras: la Constitución ni previene, ni organiza la secesión, aunque llegado el caso afronta los efectos que la misma provoca. Y ello es así porque la secesión se sitúa, como objeto de regulación, fuera de las fronteras del Derecho Constitucional y entra de lleno, en cambio, en el espacio del Derecho Internacional Público y, antes, de la política.

De la política, porque políticas son las estrategias para alcanzar la secesión y políticas son las razones en las que se sustenta la demanda de secesión, que propone, ni más ni menos, que una radical remoción de las bases sobre las que se asienta esa comunidad política organizada que denominamos Estado moderno: se pone en cuestión el territorio, la ciudadanía, el monopolio del uso de la fuerza; en suma, la soberanía. Cuando se discute sobre la secesión, el debate se lleva "fuera del terreno ordinario del poder constituido [...], hacia el terreno excepcional del poder constituyente, donde se lucha por el poder político y por la identidad política con demandas radicales de legitimidad que las partes se cuestionan recíprocamente"²⁶. La secesión, así las cosas, "tiene un estatuto exquisitamente (aunque no exclusivamente) político"²⁷.

Del Derecho Internacional Público, porque éste tiene mucho que decir cuando se trata de la emergencia de un nuevo sujeto estatal²⁸; porque la declaración

26. G. Nevola, "La politica della secessione", *Rivista Italiana di Scienza Politica*, núm. 1, 1998, pág. 125.

27. *Ibidem*, pág. 122.

28. Véase, por ejemplo, H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. esp., México D.F., 1995 (quinta reimpresión de la segunda edición de 1958), págs. 246 ss. (dentro del Capítulo que lleva por título "Los elementos del Estado", los epígrafes dedicados al territorio y al "tiempo como elemento del Estado").

unilateral de independencia es fundamentalmente un problema de relación entre Estados; porque el derecho de autodeterminación, en el que se puede amparar la pretensión de secesión, se ha reconocido y ejercido en el marco de la ONU²⁹, y porque el Derecho Internacional Público se ha preocupado de regular los efectos de la sucesión de Estados en materia de tratados³⁰. Pero es que, además, una secesión perfectamente aceptable por el Derecho Internacional no tiene porque serlo por el Derecho Constitucional: para aquél, valen la fractura de Checoslovaquia (decidida por el Parlamento federal) y la separación de Eritrea; para éste, la primera se hizo quebrantando el ordenamiento jurídico federal y la segunda, fruto de un acuerdo de paz tras un enfrentamiento bélico, se sitúa completamente extramuros de la propia competencia³¹.

4. Los otros ejemplos

Creo que algunas experiencias recientes pueden servir, en buena medida, para confirmar esta idea de la proximidad de la secesión a la política y al Derecho Internacional y de su (prudente) alejamiento de la Constitución. Los ejemplos en la Europa de los años noventa del pasado siglo nos sitúan muy lejos del Derecho Constitucional y nos aproximan al Derecho Internacional y a la política (internacional, en este caso): el estallido de la Unión Soviética y la emergencia de un gran número de Estados independientes no fue un proceso constitucionalmente controlado, antes bien se produjo en el más estrepitoso desorden constitucional. La declaraciones unilaterales de independencia fueron en todos los casos la respuesta a ocupaciones militares relativamente recientes o a repartos territoriales decididos (o consentidos) por algunas potencias a lo largo del siglo veinte.

27. Una Organización, por cierto, que hace del respeto a la soberanía y a la integridad territorial de sus Estados miembros uno de sus principios fundamentales. El que fuera Secretario General, U Than't, se pronunciaba en 1970 en los siguientes términos: las Naciones Unidas, decía, "nunca han aceptado, no aceptan y no creo que acepten nunca el principio de secesión de una parte de uno de sus Estados miembros" (citado en V.P. Nanda, *"Revisiting Self-Determination as an International Law concept: a major challenge in the post-cold war era"*, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Winter 1997, pág. 3). Sobre este aspecto, véase D. Murswiek, *"The Issue of a Right of Secession. Reconsidered"*, en C. Tomuschat (ed.), *Modern Law of Self-Determination*, Dordrecht/Boston/Londres, 1993, págs. 21-40, en las que se refiere a la práctica de las Naciones Unidas (en particular, págs. 23-24). De gran interés resulta igualmente el trabajo de M. Eisner, *"A Procedural Model for the Resolution of Secessionist Disputes"*, *Harvard International Law Journal*, núm. 2, 1992, págs. 407 ss.

30. *Viena Convention on succession of States in respect of treaties*, firmada el 23 de agosto de 1978.

31. J.D. van der Vyver se refiere a estos casos como ejemplos de aceptación por el Derecho Internacional de la secesión: si está libremente decidida por el pueblo o si es el resultado de un rediseño de las fronteras fruto de acuerdo de paz tras un conflicto armado (*"The Self-Determination of Minorities and Sphere Sovereignty"*, *American Society of International Law Proceedings*, 1996, pág. 90).

Tampoco parece que la secesión de Montenegro, tras un referéndum celebrado en mayo de 2006, pueda ponerse como ejemplo de un proceso ordenado desde el Derecho Constitucional. La unión entre Serbia y Montenegro, formada tras el Acuerdo de Belgrado en febrero de 2003 con los restos de la República Federal de Yugoslavia, preveía la posible convocatoria por las autoridades montenegrinas de un referéndum por la independencia a partir del tercer año de su creación, pero aquel pacto tenía mucho más de acuerdo internacional que de hecho constituyente; en la práctica, y mientras subsistió, ambas repúblicas se comportaron mucho más como Estados soberanos que como partes de una federación. De hecho, aquel Acuerdo transformó la federación hasta entonces existente en una *Unión* cuya Constitución incorporó "referencias inequívocas al carácter estatal y soberano de las dos Repúblicas"³². La tutela internacional sobre todo el proceso resulta más que evidente si tiene presente que fue la propia Unión Europea la que impuso a la República secesionista las condiciones para la aceptación de la validez de la consulta: había de votar al menos el 50% de los inscritos en el censo (lo hicieron casi 90 de cada 100) y más del 55% de los votantes debería de pronunciarse por el sí (porcentaje que se superó por unas décimas)³³.

En ocasiones se ha aludido al Acuerdo de Viernes Santo como fundamento de una posible decisión *constitucional* por la que se convocaría un referéndum en Irlanda del Norte para hacer posible su anexión a la República de Irlanda³⁴. Sin embargo, de nuevo en esta ocasión nos damos de bruces con la política y con el Derecho Internacional. Es cierto que en aquel Acuerdo se proclama que Irlanda del Norte dejará de formar parte del Reino Unido cuando así lo decida "*a majority of the people of Northern Ireland votig in a poll*", a cuyos efectos el Secretario de Estado competente puede convocar un referéndum "*if at any time*

32. S. Mancini, "*Il Montenegro e la 'democrazia' della secessione*", *Quaderni Costituzionali*, núm. 1, 2007, pág. 158.

33. M. Asplund, *The Legitimacy of Secession and the Case of Montenegro* (Bachelor Thesis in Political Science, leida en la *Jönköping University* en enero de 2007) (<http://www.diva-portal.org/hj/abstract.xsql?dbid=667>). Dos datos de aquel referéndum avalan la naturaleza intrínsecamente polémica de toda consulta de este tipo: 1) se impidió el ejercicio del derecho a voto a los montenegrinos residentes en Serbia, mientras que pudieron ejercer ese mismo derecho los montenegrinos de la diáspora residentes en otros ámbitos geográficos; 2) el voto se fracturó claramente por razones territoriales: más del 60% de los votantes en las zonas limítrofes con Serbia y la República Srpska se pronunciaron contra la secesión.

34. En puridad de términos no puede hablarse en este caso de secesión sino, más bien, de incorporación (a la República de Irlanda y previa separación del Reino Unido). Una traducción al castellano de estos Acuerdos, con un breve comentario, en A. Pérez Ayala, "Acuerdo de 'Viernes Santo', alcanzado en Belfast, el 10 de abril de 1998, en las negociaciones multipartitas", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 8, 1999, págs. 217-262.

it appears likely to him that a majority of those voting would express a wish that Northern Ireland should cease to be part of the United Kingdom and form part of a united Ireland", de modo que si esa situación llegara a producirse, si el voto mayoritario fuera favorable a la incorporación, el Secretario de Estado "*shall lay before the Parliament such proposals to give effect to that wish as may be agreed between Her Majesty's Government in the United Kingdom and the Government of Ireland*". Hay, en definitiva, una previsión sobre la posible decisión democrática del pueblo norirlandés y sus efectos, para los que por cierto se reclama el acuerdo (internacional) bilateral entre el Reino Unido e Irlanda. Ahora bien, no puede desconocerse que el *Good Friday Agreement* de 1998 es un acuerdo político, elaborado por los partidos políticos norirlandeses bajo el patronato de los Gobiernos de los dos Estados afectados y que, para vincular a éstos, también en el contenido relativo a la decisión de los ciudadanos norirlandeses, fue necesario un *Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of Ireland*, en el que puede leerse que los dos Gobiernos "*recognise the legitimacy of whatever choice is freely exercised by a majority of the people of Northern Ireland with regard to its status [...]*". Las reformas legislativas (en el Reino Unido) y constitucionales (en la República de Irlanda) por las que se incorporan algunos contenidos de estos Acuerdos políticos e internacionales son, precisamente, efecto y no causa de los mismos³⁵.

35. También en el ámbito constitucional británico se ha presentado muy recientemente un documento del Gobierno escocés en el que la independencia se plantea como una de las hipótesis de futuro para Escocia. Se trata de *Choosing Scotland's Future. A National Conversation. Independence and responsibility in the modern World* (<http://www.scotland.gov.uk/Publications/2007/08/13103747/0>). Este *paper*, que se describe en la página web del Gobierno escocés como "*an examination of the constitutional options*", analiza, junto con otras posibilidades (el mantenimiento del *statu quo* y el incremento de poder mediante la reforma de la *Scotland Act* 1998), la vía jurídica a la plena soberanía desde lo que se denomina "la actual posición constitucional de Escocia", enmarcada, tal y como allí se recuerda, en la *Union of the Crowns* de 1603, las *Acts of Union* de 1707 y 1801 y "*subsequent constitutional legislation*". Se asume que la independencia (sin poner en cuestión a la Corona: se habla así de unos posibles *United Kingdoms*) obligaría a la reforma de esa normativa constitucional y, por consiguiente, a la intervención del Parlamento de Westminster. Se prevé la consulta popular previa y, a estos efectos, se incorpora un *Draft Bill for a referendum* en el que se reconoce el derecho de sufragio activo a los que lo poseen para participar en las elecciones locales "sin exclusiones" (...ni inclusiones) (se aclara que se evita la "definición de categorías de personas residentes fuera de Escocia para atribuirles el voto en el referéndum"). El *Draft Hill*, se afirma, contempla una Escocia independiente "basada en la entidad territorial y política de Escocia, no en el lugar de nacimiento, ni en la pertenencia a un grupo étnico". Este documento es "el primer paso" en un diálogo nacional en el que se aspira a la máxima participación ciudadana mediante variadas formas, de manera que al final del proceso, en el que el Gobierno comparece defendiendo la opción independentista, se pueda concretar la opción de futuro y los pasos a dar para alcanzarla de entre las tres posibles: la continuidad sin cambios o con cambios mínimos en el actual arreglo constitucional, la ampliación de las competencias de Escocia en áreas identificadas durante el diá-

Finalmente y como último (no) ejemplo me referiré brevemente al art. I-60 ("Retirada voluntaria de la Unión") del abortado Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. En el debate doctrinal sobre la naturaleza jurídica de dicho texto -¿tratado o constitución?- se aludió a aquella disposición precisamente para sostener su condición de Tratado. Se fijaban allí, tras un reconocimiento de la libre decisión de cada Estado para retirarse de la Unión, "de conformidad con sus normas constitucionales", las condiciones que hacían posible dicha retirada. Una retirada, por cierto, que en el silencio actual de los Tratados haría posible, a juicio de algunos estudiosos, y no sin polémica, el art. 54.b) del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969, con el consentimiento de todas las partes. El Consejo Constitucional francés, en su decisión de 19 de noviembre de 2004, aludió, entre otras razones, al art. I-60 precisamente para concluir que aquel Tratado "conserva el carácter de un tratado internacional". En igual sentido se ha pronunciado J. V. Louis, para quien el derecho de retirada es "uno de los signos más elocuentes de la naturaleza de organización internacional de la Unión Europea"³⁶; la línea que separa una unión de Estados libres y soberanos de un Estado federal.

Pocas dudas pueden quedar sobre la función de aquel art. I-60 ("retirada") y la condición de la organización en la que despliega sus potenciales efectos (Unión supranacional) -lejos, muy lejos, de la secesión en un Estado federal- cuando en el documento elaborado por la Presidencia de la CIG ("Proyecto de Tratado por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea") en julio de 2007, una vez *enterrado* el Tratado Constitucional, el art. I-60 se convierte en art. 35 del Tratado de la Unión Europea, manteniendo prácticamente idéntico su texto³⁷. La retirada (*nuestra* secesión) que se asume sin dificultades en el Derecho Internacional, se acepta ahora incluso en el Derecho de la Unión Europea resolviendo un problema (¿era o no posible?) que "durante largo tiempo ha apasionado a los juristas"³⁸. Pero ni el uno ni el otro son Derecho Constitucional.

logo nacional, y el inicio del camino que lleve a Escocia a convertirse en un "*fully independent country*". Habrá que esperar y ver qué sucede finalmente en un recorrido que se anuncia largo, pero de confirmarse la alternativa secesionista, y de llevarse a cabo desde los presupuestos jurídicos y políticos que resultan del documento aquí comentado, se trataría, ha de reconocerse, de una independencia constitucionalmente irreprochable.

36. "*Le droit de retrait de l'Union Européenne*", *Cahiers de Droit Européen*, núm. 3-4, 2006, pág. 293. El debate histórico sobre el posible abandono de las Comunidades (ahora Unión), en págs. 294 ss.

37. CIG 1/07, 23 de julio.

38. J. Ziller, *La nuova Costituzione europea*, Bolonia, 2004, pág. 37.

Por decirlo en los términos de dos profesores canadienses que escribieron sobre el particular años antes de que se pronunciara el Tribunal Supremo de su país, la secesión "es mucho más un asunto político que jurídico [...]. El Derecho Constitucional no puede asumir un papel de liderazgo en la resolución del problema [...]. Pero, aunque su papel es limitado, sería erróneo relegar el Derecho Constitucional al reino de la irrelevancia en el proceso de separación"³⁹.

39. N. Finkelstein y G. Vega, *The Separation of Quebec and the Constitution of Canada*, North York, 1992, pág. 1.

**GARANTIZANDO LA LIBERTAD Y LA SEGURIDAD
DE LOS CIUDADANOS EN EUROPA: NOBLES SUEÑOS
Y PESADILLAS EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO¹**

Miguel Revenga Sánchez

*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Cadiz*

SUMARIO

1. *El “método europeo” de la lucha contra el terrorismo.*
2. *¿Guerra contra el terror; o lucha por (y desde) el Derecho?.*
3. *La Orden Europea de Detención y Entrega: democracia y desconfianza.*
4. *Las listas de organizaciones e individuos adeptos al terrorismo:
pluralidad de órdenes jurídicos y tutela de los derechos.*
5. *La recolecta y transmisión de datos y el “huidizo” derecho a la intimidad.*
6. *La “pesadilla”: contribuyendo a la guerra al margen de vínculos. Los
vuelos secretos de la CIA.*

1. El trabajo que doy aquí a la imprenta es un "work in progress" cuyas versiones sucesivas he tenido ocasión de presentar durante esta primavera en sendos Cursos de doctorado, de la Universidad de Pisa, por invitación de los profesores Alessandro Pizzorusso y Roberto Romboli, y de la Universidad Autónoma de Barcelona, por invitación del profesor Pérez Francesc. A los tres, y a los doctorandos que escucharon activamente y ayudaron con sus observaciones, mi agradecimiento.

1. El "método europeo" de la lucha contra el terrorismo

Por qué Europa liderará el siglo XXI es el nombre de un ensayo de Mark Leonard, en el que el autor teje los argumentos dirigidos a justificar el título del libro en torno a la idea de que la "debilidad" de Europa es la principal fuente de su fortaleza (de la de Europa, se entiende). Según el joven politólogo inglés, de la obsesión de Europa por las formas y marcos legales, que a menudo obliga a recorrer tortuosos caminos antes de decidir cualquier cosa, surge un poder que a la larga consigue ir remodelando el mundo a la imagen de un orden basado en el respeto a la ley y en el compromiso de aunar esfuerzos *nacionales* para resolver problemas *globales*. Es un poder lento y fundado en la persuasión más que en la fuerza, pero es un poder que transforma por contagio, y de manera profunda, a aquellos órdenes políticos con los que entra en contacto (Leonard, 2005).

Las tesis de Leonard están influidas por las ideas de Joseph Nie (al que cita explícitamente) sobre el poder *duro* y el poder blando; el primero basado en la capacidad de conseguir lo que se quiere por la vía de la coerción, y el segundo, en la habilidad de hacerlo por la de la atracción, que Nie aplica para explicar la "paradoja del poder norteamericano" (Nye, 2003). También Ignatieff se entrega al juego de las paradojas entre una debilidad, que puede ser fuente de fortaleza, y una fortaleza susceptible de causar debilidad, en su exitoso libro *El mal menor*. El libro lleva por subtítulo "Ética política en una era de terror", pero en realidad tiene como idea-eje que la rigidez de los estándares morales de las sociedades democráticas, renuentes a traficar con los imperativos del mal menor -la debilidad de los fuertes- puede resultar letal en el combate que libran -que libramos- contra el terror (Ignatieff, 2005).

Aquellas contraposiciones y estas paradojas dan pie para hacer ejercicios especulativos que los autores suelen resolver con brillantez. Lo que es menos esperable es que ciertos documentos sucumban a los encantos del contraste, y realicen la alabanza de la fuerza, a costa de menospreciar los vericuetos debilitantes de las limitaciones jurídicas y el apego a las formas. Así sucede nada menos que en el aprobado en 2005 por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos, en el cual se refleja la estrategia defensiva de la Nación para los próximos años. En las primeras páginas del documento se relacionan los desafíos que se ciernen sobre la fortaleza del país, entre los cuales está el que procede de "aquellos que siguen una *estrategia propia de los débiles*, recurriendo a los foros internacionales, los procesos judiciales y el terrorismo". Se puede decir de manera más alambicada, pero no de forma más clara: como amenaza

para la fortaleza de los Estados Unidos, la propensión *de los débiles* a llevar determinadas causas ante el foro de los jueces, o a suscitar ciertos debates ante el de las organizaciones internacionales, representa un peligro no menos dañino que el causado por quienes están dispuestos a utilizar el terrorismo.

Que lo que llaman en los Estados Unidos "guerra contra el terrorismo" ha producido ya allí ciertas transformaciones en un modo de concebir la libertad política con una tradición de más de doscientos años, ofrece pocas dudas. Si la libertad se había considerado, sobre todo, como una garantía de la autodeterminación individual para llevar adelante un proyecto de vida -la *pursuit of happiness*- ahora parece que la idea de libertad ha cobrado una poderosa deriva "política" y "comunitarista", en el sentido de que tiende a ser concebida como un estilo de vida en común, cuya reafirmación frente a quienes pretenden destruirlo bien merece atenuar el componente más individualista (y potencialmente heterodoxo) del entendimiento de la libertad (véase Chalmers, 2004).

Mucho más dudoso es que pueda hablarse de la existencia misma de un "método europeo" para hacer frente al terrorismo. Desde luego, en Europa no ha enraizado la idea de una "guerra" contra el terror en disposición de justificar la causa de la excepcionalidad. Hay una conciencia de la importancia del desafío, pues desafortunadamente, y en especial en algunos países y durante muchos años, hemos padecido de cerca sus consecuencias. De hecho, y como es bien sabido, en 1977 el Consejo de Europa ya abrió a la firma de los Estados un Convenio europeo para la supresión del terrorismo. Pero, como suele ocurrir en bastantes de las ocasiones en las que nos referimos a Europa como una abstracción, es preciso aclarar que no estamos pensando en la organización que dio pie en 1950 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bajo cuyo impulso, al menos desde 1961, y precisamente en la primera de las sentencias que dictó, el Tribunal creado a resultas de dicho Convenio ya tuvo que decidir hasta qué punto el acoso del terrorismo podía justificar la vulneración de ciertos derechos². Nos referimos a la Europa (ahora) de los 27 miembros de la Unión, que es la única a la que, por la consistencia y la ambición de los vínculos que la vertebran, cabe exigirle un tipo de respuesta al terrorismo en el que pueda detectarse un método.

Dicho método europeo debería estar a la altura del objetivo que la Unión se marcó en 1992, por añadidura de los que ya tenía establecidos en los tres Tratados originarios. Este objetivo es el que viene expresado en el artículo 29 del

2. Lawless contra Irlanda, Sentencia de 1 de julio de 1961, 1 *European Human Rights Reports*, 15.

Tratado de la Unión: "ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia". Para el logro del mismo, el propio artículo 29 anuncia todo un programa de cooperaciones y acciones comunes, sin olvidar "la prevención y la lucha contra la delincuencia (...), en particular el terrorismo (...)"³.

El ingreso del terrorismo en la letra de los Tratados no fue un punto de partida, sino la culminación natural de una cooperación informal en la lucha contra la delincuencia que algunos de los Estados miembros venían practicando desde mediados de los años 70. Lo que aquí nos planteamos no es describir la historia de esa cooperación, ni valorar la medida en que los atentados del 11 de septiembre, y los que se produjeron en Madrid y en Londres, trastocaron la percepción de lo que demanda aquel objetivo del Tratado de la Unión. Lo que pretendemos, mucho más modestamente, es situar el "noble sueño" de conciliar los tres vértices del triángulo libertad-seguridad-justicia, en el contexto de (alguno de) los problemas causados por (alguna de) las recientes respuestas europeas al terrorismo. Para ello partimos de la bifurcación entre un modo norteamericano y unos *modos europeos* de responder a la amenaza terrorista. Hablamos después de las consecuencias, en parte inesperadas, que han acarreado en la Unión Europea al menos tres de los componentes más importantes de la "respuesta europea" post-11 de septiembre: la Orden Europea de detención y entrega, la elaboración de listas de organizaciones y personas vinculadas al terrorismo a efectos del bloqueo de sus fondos, y la acentuación de la política de recolecta y transmisión de datos personales. Finalmente constatamos que el noble sueño europeo de plantar cara al terrorismo sin traicionar los principios comunes a los Estados miembros en los que se funda la Unión (artículo 6 TUE), han llevado una vida paralela a la pesadilla resultante de una colaboración oculta con quienes lo combaten libres de vínculos, formales o materiales, con tales principios y todo lo que ellos representan.

2. ¿Guerra contra el terror, o lucha por (y desde) el Derecho?

Los atentados del 11 de septiembre son hoy para la mayoría de los ciudadanos de los Estados Unidos el equivalente a una declaración de guerra que se anuncia larga y en extremo dificultosa. Bajo los imperativos de esa supuesta

3. "preventing and combating crime, organized or otherwise, in particular, terrorism", dice la versión inglesa.

guerra, se han reforzado las prerrogativas del Presidente como comandante en jefe de los Ejércitos, se han remodelado a conciencia los aparatos administrativos, y se ha puesto en pie todo un programa sistemático de medidas legislativas dirigidas a reforzar la seguridad interior del país. Son unas consecuencias que hoy por hoy parecen irreversibles, con independencia de que sean los republicanos quienes continúen gobernando, o se culmine la alternancia en las próximas elecciones presidenciales. De hecho, el triunfo de los demócratas en las elecciones legislativas de 2006 no parece que haya producido (quiero pensar que) *todavía* un cuestionamiento frontal de las medidas más polémicas del gobierno Bush: teoría de la "respuesta bélica preventiva" al margen de la legalidad internacional (Irak), creación de espacios vacíos de Derecho (Guantánamo), y de categorías jurídicas espurias (combatiente enemigo), con la finalidad de remodelar (tortura) o denegar (*habeas corpus*) el contenido de ciertos derechos constitucionales, por citar algunas.

Por su parte el Tribunal Supremo, del que podría haberse esperado que cumpliera un papel decisivo para refrenar los excesos en la guerra contra el terrorismo, comenzó dictando unas sentencias prometedoras para la causa de las garantías constitucionales⁴. Pero adoptó luego una deriva que, contra lo que pudiera parecer a primera vista, y como consecuencia del acusado déficit de jurisprudencia de principios sobre el carácter indeclinable de los derechos, ha acabado por respaldar plenamente, con la colaboración decisiva del Congreso (Ley de Comisiones Militares), la "Constitución de la Excepción"⁵.

Ante una situación de guerra, se nos dice, lo que se necesitan son respuestas contundentes y a la altura del desafío. Como señala Ackerman en un importante libro recién traducido al castellano, poco importa que la propia expresión "guerra contra el terrorismo" no resista un análisis racional, como tampoco importa que, por el camino de las respuestas contundentes, se acabe olvidando que lo que dota de sentido a las medidas excepcionales es su carácter limitado en el tiempo y su función de instrumento para la recuperación de la normalidad (Ackerman, 2007).

4. Me refiero a los casos Hamdi contra Rumsfeld, Rumsfeld contra Padilla, y Rasul contra Bush, los tres fallados el 28 de junio de 2004.

5. Véanse los casos Hamdam contra Bush, fallado el 30 de junio de 2006, y la Decisión de 2 de abril de 2007 denegando el *certiorari* solicitado por un grupo de prisioneros de Guantánamo, contra la Sentencia de la Corte de Apelación del Distrito de Columbia, en la que se respaldó la disposición de la *Military Commissions Act* que impide a los (llamados) combatientes enemigos plantear un *habeas corpus* ante el juez ordinario.

Las distancias con la *debilidad* de Europa a la hora de articular propuestas y ensayar formas de respuesta son evidentes. Por lo pronto, está el lenguaje. Es difícil encontrar Declaración política o texto con alcance normativo de las instituciones europeas, cuyo argumento sea la respuesta al terrorismo, que no reasegure el compromiso de la Unión con los derechos fundamentales. Bien sé que con la expresión de compromisos se avanza poco (sobre todo cuando en la práctica no se atienden), pero interesa por lo que tiene de exteriorización de unos puntos de vista o, quizá mejor, de un "estilo" de aproximarse al problema de la lucha contra el terrorismo, que dice bastante del modo de ser de Europa. En su condición de comunidad política, el desafío que representa el terrorismo lo es, en el caso de Europa, de segundo grado. Son los Estados quienes están expuestos a la lacra terrorista y sobre ellos recae principalmente la responsabilidad de combatirlo. Y lo que Europa pueda hacer en este terreno cumple una función puramente ancilar, cuya sede natural es la de la cooperación intergubernamental.

Pero en su condición de comunidad de Derecho, el terrorismo es un fenómeno que afecta a la médula de Europa: en el plano simbólico, porque es la negación de todo cuanto representan los valores en los que se funda la Unión; y en el terreno de la práctica porque las reformas legales y las estrategias por las que se opta frente a la amenaza, son terreno abonado para excesos *seguritarios* que pueden llevar al sacrificio de los otros dos polos del "triángulo" (los de la libertad y la justicia) más allá de lo admisible. Es aquí donde cobra todo su sentido el carácter del orden jurídico europeo como un orden desdoblado en varios niveles con capacidad de contrapesarse recíprocamente: desde el nivel nacional, para contrarrestar los excesos *européos* y dejar indemne la correspondiente ordenación de los derechos. Y desde el nivel europeo, para vigilar que ciertas respuestas nacionales no acaben poniendo en riesgo la subsistencia de los principios que se relacionan en el artículo 6 TUE (véase Menéndez, 2007).

La respuesta europea al terrorismo ha ocasionado un repunte de los problemas jurídicos derivados de la extraña vida que continúan llevando los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión: un oscuro objeto del deseo, que no llega a tener expresión acabada como consecuencia de la técnica fluida y/o vaporosa con el que se expresa el compromiso de respetarlos, y que tampoco llega a satisfacerse debido a la falta de valor jurídico de la Declaración que los proclama. *Nihil novum sub sole*; se trata de la reedición de problemas viejos que vuelven sobre los caminos de la protección multi-nivel de los derechos, y sus sutiles equilibrios. Si acaso, un punto exacerbados, puesto que a los múltiples órdenes nacionales y a los dos órdenes europeos, el de la *Gran Europa* del Convenio, que

es el que actúa de espejo, y al de la Unión, se sobrepone, en este asunto de la lucha contra el terrorismo, la cuestión del vínculo al Derecho Internacional emanado del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Así pues, frente a la renuencia norteamericana -o el abierto rechazo- a reconocer la fuerza vinculante del Derecho Internacional de los derechos, Europa vive inmersa en un ambiente jurídico en el que la defensa de los derechos tiene uno de sus componentes centrales en la interconexión de los ordenamientos y en la supremacía de un Tribunal, el Europeo de Derechos Humanos, al que se le reconoce *auctoritas* y en algunos casos *potestas*, para determinar el contenido y el alcance de la protección nacional de los derechos. Esto da pie para que en Europa se difunda una cultura sobre el valor de los derechos fundamentales plenamente consciente del sometimiento de los mismos a ciertos límites infranqueables cuya concreción no está al alcance de veleidades nacionales. Y todo ello con independencia de que el propio modo de ser de los derechos en la Europa reconstruida desde la cenizas de la Segunda Guerra cuente en su haber con algunos *absolutos dogmáticos* que, desafortunadamente, y a tenor de lo que vamos viendo, resultan ajenos a la cultura jurídica norteamericana.

Este contraste -que es decisivo- se aprecia en ciertas decisiones señeras de relevantes Cortes nacionales y europeas (recuérdese, por ejemplo, la Sentencia del TEDH en el caso *Soering*⁶). Y de manera llamativa, en algunas de las dictadas recientemente a propósito de la lucha contra el terrorismo. Veamos un par de muestras: la primera a modo de ejemplo de una toma de posición contundente contra el poco respeto mostrado en los Estados Unidos hacia las garantías constitucionales; y la segunda, de más fuste teórico, para apreciar hasta qué punto ciertas opciones del legislador para combatir el terrorismo pueden chocar con un entendimiento "a la europea" del orden de los valores en el que se fundamenta la Constitución y su sistema de los derechos.

En la de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 20 de julio de 2006, en el caso conocido coloquialmente como *el del talibán español*, se casa y anula una de la Audiencia Nacional en el que se condenó a un nacional del Reino de España por el delito de integración en organización terrorista. La Audiencia había dado cierta relevancia probatoria a la declaración prestada por agentes de

6. *Soering* contra el Reino Unido, Sentencia de 7 de julio de 1989, 11 *European Human Rights Reports*, 439. En la sentencia, como es bien sabido, el TEDH otorga "protección de rebote" a un nacional de los Estados Unidos cuya extradición a ese país le ponía en riesgo de ser condenado a muerte, lo que fue equiparado a un trato inhumano o degradante prohibido por el Convenio.

la Unidad Central de Información Exterior que se desplazaron a la base de Guantánamo y sometieron allí a interrogatorio al encausado. En el Fundamento Jurídico Sexto de la sentencia del Tribunal Supremo, la Sala enfatiza la nulidad radical a efectos de prueba, directa o indiciaria, de "toda diligencia o actuación practicada en ese escenario". Y aunque señala retóricamente que no corresponde a la Sala pronunciarse sobre la situación de mantener privados de libertad indefinidamente a personas en esos "*limbos*" (sic), no escatima un contundente *exkursus* para calificar la situación de los prisioneros de Guantánamo como "acabado ejemplo de lo que alguna doctrina científica ha definido como *Derecho Penal del Enemigo*", así como para denunciar que "La detención de cientos de personas, entre ellas el recurrente, sin cargos, sin garantías y por tanto sin control y sin límites, (...) constituye una situación de imposible explicación y menos justificación desde la realidad jurídica y política en la que se encuentra enclavada".

Y en la del Tribunal Constitucional alemán, de 15 de febrero de 2006, la Corte de Karlsruhe tuvo que dilucidar si la facultad concedida al Ministro federal de la Defensa para dar la orden de derribar un avión secuestrado, y susceptible de ser empleado por los terroristas como un misil, se acomodaba o no a la Constitución. Esta atribución ministerial había sido recogida en 2004 por la Ley de Seguridad en el Transporte Aéreo. La sentencia concluye que semejante facultad para resolver opciones trágicas es contraria a la Constitución por un triple orden de razones. En primer lugar, porque la ley infringe el orden de reparto de competencias entre la Federación y los Länder, al transformar una potestad de policía, que está en manos de estos últimos, en una acción militar que sólo vendría justificada en una situación constitucional de guerra. En segundo lugar, porque la ley se decanta por una *solución* del dilema que implica necesariamente el sacrificio *instrumental* de vidas inocentes, lo que es contrario al carácter intangible de la dignidad humana y al derecho a la vida (artículos 1.1 y 2.1 de la Constitución). Y en tercer y último término, porque el artículo 14.3 de la ley -que es en el que aparecía recogida la posibilidad de derribar el avión secuestrado- habría infringido el principio de proporcionalidad en el sacrificio de derechos, al tratar como cierta e incontrovertible una base fáctica para la decisión de carácter especulativo. Se trata, por supuesto, de una decisión polémica y que está bien lejos de haber recibido el apoyo unánime de la doctrina (en términos encomiásticos puede verse Lepsius, 2006 y, en sentido crítico, Ladiges, 2007).

Pero en contraste con lo que viene siendo la justificación última del "programa" de medidas legislativas adoptadas en los Estados Unidos -la *guerra* contra el terrorismo- lo que llama poderosamente la atención es el esfuerzo por

defender una racionalidad constitucional que, pese al carácter y la seriedad de la amenaza, continúa diferenciando entre "guerra" y "prevención". Y sobre esa base, y mal que les pese a quienes se embarcan en la lógica de los males menores, la contundencia con la que se rechaza la posibilidad de que una ley pudiera revestir con el aura de la legalidad los cálculos *utilitaristas* que están dando pie en otras latitudes al oxímoron de intentar dar respaldo jurídico a la "tortura de salvación" o a las técnicas de interrogatorio coercitivo (como triste muestra de esto último, véase Dershowitz, 2004, o el *memorandum* de John Yoo, redactado en 2002, para el Departamento de Justicia de los Estados Unidos)⁷.

3. La Orden Europea de Detención y Entrega: democracia y desconfianza

De todas las medidas adoptadas en el ámbito de la Unión a partir de 2001, la Orden Europea de Detención y Entrega (OEDE) no es quizá la más importante desde el punto de vista práctico. Embargar cuentas corrientes de organizaciones terroristas y compartir información pueden parecer expedientes de más utilidad. No obstante, por su significado para valorar hasta qué punto están dispuestos los Estados miembros a llegar en sus compromisos del tercer pilar (cooperación policial y judicial en materia penal), la OEDE sigue siendo para muchos la respuesta de referencia a escala europea frente a los atentados del 11 de septiembre. Por lo pronto, ha tenido el efecto de reducir espectacularmente el tiempo que empleaban algunos Estados miembros en resolver las solicitudes de extradición que circulaban entre ellos: de 20 meses de media, a unos 43 días aproximadamente. Se trata de un mérito sin valor alguno para quienes piensan que la OEDE ha establecido los fundamentos de una "Europa de los carceleros" (González-Cuellar Serrano, 2006). Y es, por lo demás, un logro que aparece empañado como consecuencia de la "rebelión" puesta en marcha contra ella en Alemania y otros Estados miembros.

La esencia de la Decisión Marco sobre la OEDE consiste en erradicar del espacio europeo de seguridad-libertad-justicia, el instituto de la extradición con sus tradicionales rasgos característicos: la necesidad de la doble tipificación del delito y la prohibición de que pueda afectar a nacionales del Estado requerido.

7. Y para contraste, y al propósito de mostrar la imposibilidad de que tales aberraciones pudieran alguna vez pasar por respuestas legales al desafío terrorista, véase también Waldron, 2005 y La Torre, 2006. En *passant*: en el caso de España, la posibilidad de la opción trágica ante el avión secuestrado está recogida actualmente en la Ley Orgánica de Defensa Nacional y desarrollada, según parece, en un Plan de Emergencia que lleva el nombre de "Plan Renegade".

De hecho, entre los objetivos de la Decisión Marco, se menciona expresamente el de "suprimir la extradición" sustituyéndola por un "sistema de entrega entre autoridades judiciales", que materialice en el ámbito de la Unión el principio de la "libre circulación de decisiones judiciales en materia penal, tanto previas como definitivas". Para llevar a cabo tal objetivo, la Decisión Marco delimita 32 categorías de actividades delictivas (entre las que figura el terrorismo) en las que resultará aplicable la orden europea "sin control de la doble tipificación de los hechos", y vincula la posibilidad de denegar la entrega de nacionales al compromiso de ejecutar en el Estado requerido, y de conformidad con su Derecho interno, la pena o medida de seguridad impuesta.

Aprobada por el Consejo en junio de 2002, la Decisión Marco ha tenido sobre la vida interna de los Estados y sobre la de la Unión unos sorprendentes efectos inesperados que vuelven a poner sobre la mesa algunos *viejos* problemas (el de la "fuente" última de las garantías de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos) y otros que no lo son tanto, y que afectan de lleno a la cuestión del "modo europeo" de plantar cara al terrorismo: el del alcance jurídico de los actos normativos del tercer pilar y el de la naturaleza última de tal pilar y de la propia Unión Europea.

Primero fue el *Conseil d'Etat* el que vino a decir que la OEDE era contraria a la estipulación constitucional que permitía rechazar la extradición por delitos de carácter político, lo que obligó a acometer en Francia una reforma constitucional. Después hubo sendas Decisiones del Tribunal Constitucional de Polonia (abril de 2005) y de la Corte Suprema de Chipre (noviembre de 2005) declarando la inconstitucionalidad de las correspondientes leyes nacionales de transposición, en el primer caso por contradecir la prohibición constitucional de extradición de nacionales polacos, y en el segundo, por no ajustarse la ley al carácter constitucionalmente tasado de las causas de privación de libertad. Y entre una decisión y la otra, en el mes de julio de 2005, el Tribunal Constitucional alemán sentenció que la ley de desarrollo de la OEDE era inconstitucional en su integridad (Etxeberría Guridi, 2006, Tomuschat, 2006, Kühn, 2007).

Lo que más sorprende de esta reacción contra la Decisión Marco -con relevantes episodios también en Bélgica, Finlandia y la República Checa- es que llega en un "momento" en el que el Tribunal de Justicia parecía haber dado un paso de gigante para conferir a las Decisiones Marco del tercer pilar una fuerza equiparable a la de las Directivas Comunitarias. En el caso *Pupino*, fallado en junio de 2005, el TJ recurrió, en efecto, al paralelismo entre el régimen jurídico

de la Decisión Marco (artículo 34.2 b del Tratado de la Unión, TUE) y el de la Directiva (artículo 249 del Tratado de la Comunidad, TCE), para establecer que, al igual que en estas últimas, las Decisiones Marco imponen a los órganos jurisdiccionales nacionales un deber de interpretación del ordenamiento interno en el sentido más favorable posible a la efectividad de la norma europea. En *Pupino* se discutía la aplicación analógica por jueces italianos, en un proceso en el que las víctimas eran menores, de la Decisión Marco sobre el estatuto de las víctimas en un proceso penal. El TJ se pronuncia por la obligatoriedad de tal aplicación, y razona desde la óptica de los objetivos que se plantearon los Estados miembros ("crear una unión más estrecha") al dar existencia jurídica a un Tratado como el de la Unión. Tales objetivos, dice el TJ en el Párrafo 42, "difícilmente podrían lograrse de manera efectiva si el principio de la cooperación leal, que exige a los Estados miembros adoptar todas aquellas medidas, generales o particulares, apropiadas para el cumplimiento de las obligaciones contraídas bajo el Derecho de la Unión, *no rigiera también en el área de la cooperación policial y judicial en asuntos penales*, un área que se basa exclusivamente en la cooperación entre los Estados miembros y las Instituciones" (véase Sarmiento, 2005).

La posibilidad de que el caso *Pupino* pudiera haber representado un hito comparable a *Costa Enel*, reforzando la eficacia de los actos jurídicos del Título VI del Tratado de la Unión, y cuestionando la separación entre actuaciones comunitarias y actuaciones "de los pilares", es lo que el Tribunal Constitucional alemán parece haber cerrado por completo. Sus razonamientos dirigidos a concluir que la Ley de asistencia jurídica internacional en materia penal rebaja hasta límites inadmisibles la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos alemanes se sitúan exactamente en las antípodas de lo que el TJ afirma en el citado párrafo de *Pupino*: la Decisión Marco es una forma de manifestación del derecho de la Unión "situada fuera de las estructuras de la decisión supranacional que son propias del derecho comunitario"; "pese al avanzado proceso de integración, la Unión Europea es *todavía* un sistema jurídico parcial cuyo ámbito de encuadramiento es el del derecho internacional público"; "los requisitos derivados del principio democrático se cumplen sólo (con respecto a las Decisiones Marco) *porque* los Parlamentos nacionales conservan la facultad de re-diseñarlas y la de rechazar su implementación si ello es preciso", etc. Es decir, unos alegatos resueltamente adversos a las tesis de la unidad de orden jurídico del derecho europeo y favorables a la clásica estructura de "templo griego" de la Unión (por decirlo de acuerdo con la célebre metáfora de Bruno de Witte) (de Witte, 1998).

La lucha *européa* contra el terrorismo está llevando de nuevo a primer plano el viejo debate sobre la naturaleza de la Unión. Pero la cuestión no es ahora ésa. Lo que se aprecia en las vicisitudes de la OEDE es lo poco que confían los órganos judiciales de algunos Estados en el nivel de protección de los derechos fundamentales alcanzado en otros. La prevención frente al principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales desacredita la conexión que la Decisión Marco, en su Considerando 10, pretende establecer entre la OEDE y una comunidad de valores (artículo 6 TUE) generadora de vínculos que se suponen estables y sólidos mientras no se constate, mediante el procedimiento establecido en el artículo 7 del propio TUE, la violación grave y persistente de los mismos por parte de cualesquiera de los Estados miembros.

Y por otra parte los tribunales nacionales, habiendo tenido ocasiones, se han mostrado renuentes a dejar que sea el TJ quien se pronuncie sobre la validez de la Decisión Marco. Sólo la Corte de Arbitraje belga se decidió a plantear la cuestión, dando lugar (cuando el presente trabajo ya estaba terminado) a la Sentencia del TJ, de 3 de mayo de 2007, en la que el Tribunal desestima por completo los tres argumentos utilizados por los litigantes belgas en contra de la Decisión Marco: el de la inadecuación de tal instrumento normativo y los de la vulneración de los principios de legalidad penal e igualdad. En cuanto a lo primero, el TJ no comparte la idea de que la OEDE debería haber sido objeto de un Convenio (artículo 34.2 letra d TUE), y no de una Decisión Marco (artículo 34.2 letra b TUE), por no ajustarse al objetivo de la aproximación gradual de las normas punitivas. Para el TJ la aproximación del contenido de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros y, particularmente, de "las normas sobre los requisitos, procedimientos y efectos de la entrega entre autoridades nacionales" es precisamente el objetivo de la Decisión⁸. En cuanto a la vulneración del principio de legalidad penal, el TJ enfatiza el hecho de que la relación de las categorías de delito incluida en la Decisión Marco, no elimina la competencia estatal para el establecimiento de los "elementos constitutivos" de los delitos y sus penas correspondientes. Y en lo que se refiere a la vulneración del principio de igualdad y no discriminación entre los acusados de infracciones contempladas en la OEDE y los acusados de infracciones no previstas en ella, al TJ le parece que el factor diferencial utilizado por la OEDE es objetivo y razonable, por lo que la diferencia de trato está justificada.

8. Véanse los Párrafos 29 y 30 de la Sentencia de la Gran Sala, de 3 de mayo de 2007, en el asunto C-303/05, resolviendo la petición de decisión prejudicial planteada por el *Arbitragehof* belga en el asunto *Advocaten voor de Wereld VZW contra Leden van de Ministerraad*.

4. Las listas de organizaciones e individuos adeptos al terrorismo: pluralidad de órdenes jurídicos y tutela de los derechos

La elaboración de listas de organizaciones terroristas y de individuos que colaboran con ellas está dando también lugar a una serie de problemas que permiten evaluar los contornos de la aproximación europea a la lucha contra el terrorismo. Las listas comenzaron a materializarse a partir de una Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas aprobada contra los talibanes en 1999, y han sido la base de una actuación internacional contra la financiación del terrorismo cuyo carácter razonable parece indudable.

A partir de una nueva Resolución de Naciones Unidas tras los atentados de 2001 -la 1373, de 28 de septiembre- la política de inmovilización de fondos cobró una deriva específicamente europea, al ser el objeto de una Posición Común del Consejo (Posición Común 2001/931/PESC) en la que la Unión establece los procedimientos a seguir para dar efecto a la Resolución de Naciones Unidas. Aunque adoptada en el ámbito del pilar de la política exterior y de seguridad común (Título V TUE), la Posición Común también compromete al tercer pilar, pues su artículo 4 establece la obligación de los Estados miembros, "mediante una cooperación policial y judicial en materia penal en el marco del título VI", de prestarse mutuamente la asistencia más amplia posible para la prevención y la lucha contra los actos terroristas. La Posición va acompañada de un Anexo en el que se relacionan las "personas, grupos y entidades" que intervengan en actos terroristas, elaborada de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 1.4 de la Posición⁹, y prevé que el anexo será objeto de una revisión periódica cada seis meses "con el fin de asegurar que su permanencia en la lista está justificada". La revisión de las listas se materializa mediante Regulaciones de la Comisión (que se han sucedido desde entonces con mucha mayor frecuencia que la de 6 meses), y la propia Posición Común, con base en los artículos 15 y 34 TUE ha sido también objeto de varias actualizaciones.

La aplicación de los mimbres legislativos sucintamente descritos está generando en el seno de la Unión una conflictividad jurídica que ya ha sido caracte-

9. "La lista que figura en el anexo se confeccionará sobre la base de informaciones concretas o de elementos del expediente que muestren que una autoridad competente ha adoptado una decisión respecto de las personas, grupos y entidades mencionados, tanto si se trata de la apertura de investigaciones o de procedimientos en relación con un acto terrorista, como de la tentativa de cometer, o de participar, o de facilitar dicho acto, basada en pruebas o en indicios serios y creíbles, o si se trata de una condena por dichos hechos. Las personas, grupos y entidades identificados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas como relacionadas con el terrorismo y contra los cuales se hayan ordenado sanciones podrán ser incluidos en la lista".

rizada por alguna autora como "kafkiana" (Ley, 2007). Con olvido de los tintes humorísticos que también posee la obra de Kafka (del todo improcedentes en este contexto), el calificativo se aplica por lo común a aquellas situaciones en las que el individuo se nos aparece inerme frente a ciertas maquinarias burocráticas que se manifiestan de manera fría y obstinada. La "maquinaria burocrática" asume aquí la forma de una organización supranacional cuya naturaleza dista de ser clara, pero que se comporta a los efectos que estamos tratando como el brazo ejecutor de unas normas de *Ius cogens* cuyo acatamiento no podría eludir sin que los Estados que la integran incurrieran en una grave vulneración del Derecho Internacional.

Los asuntos decididos por el Tribunal de Primera Instancia (TPI) y por el TJ a propósito de las listas son interesantes casos de estudio sobre la cuestión de los derechos en la "constelación post-nacional". Las decisiones tienen que haberse las al menos con cuatro estratos del *multy-level constitutionalism* (directamente con el de las Naciones Unidas, y el de la Unión (de la *pequeña* Europa) y, al menos de refilón, con el del Convenio de la *gran* Europa y con el propio de cada uno de los Estados de los que el litigante es nacional), un embrollo del que se puede decir cualquier cosa menos que es sencillo de resolver. Y aunque quienes no somos adeptos a la tesis de la "única decisión correcta", tendemos a tratar con indulgencia las soluciones dadas a los casos difíciles, creo que no sería justo dejar de reconocer que las de los jueces de la Unión han ido ganando poco a poco cierta consistencia.

En los casos acumulados *Yusuf y Cadi*¹⁰, el TPI se limitó a invocar la capacidad de las Comunidades para imponer sanciones económicas y financieras a terceros "países" (artículos 60 y 301 del Tratado CE) y, en condiciones semejantes, también a "individuos" (artículo 308 TCE), así como a resaltar que, a la luz del Derecho Internacional y de la Carta de las Naciones Unidas (artículo 103), las obligaciones de los Estados Miembros, y de la propia Unión, consecuentes con su pertenencia a ellas, prevalecían absolutamente sobre cualquier otro vínculo que pudiera derivarse de la común participación en otros Convenios u organizaciones. La acción sancionadora del Consejo y de la Comisión vendría a ser entonces la mera puesta en práctica de Decisiones del Consejo de Seguridad (y de su Comité de Sanciones) cuya revisión por el TPI desbordaría claramente el ámbito de sus competencias. Unas líneas de razonamiento que el TPI completa invocando el carácter legítimo del bloqueo de fon-

10. Ahmed Ali Yusuf y Al Barakaat Internacional Foundation (Caso T-306/01) y Yassin Abdullah Kadi (Caso T-315/01) contra la Comisión, fallados el 21 de septiembre de 2005.

dos como instrumento de lucha contra el terrorismo internacional cuya importancia está por encima del derecho de los recurrentes a tener acceso a un Tribunal para la revisión de su causa.

Se trata, como se ve, de una jurisprudencia de absolutos, en el sentido de que respalda la ausencia de jurisdicción para entrar en el fondo del asunto (y así lo indica expresamente con olvido del derecho a un recurso efectivo del artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) a la vista del "interés público esencial en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional frente a una amenaza claramente identificada por el Consejo de Seguridad (de las Naciones Unidas)". Que tal interés pueda invocarse como causa justificadora de una actuación de la Unión decidida en el marco de los pilares del TUE, pero en apoyo de la cual se invocan los artículos 60, 301 y 308 del TCE tiene, por otra parte, el máximo interés para el debate sobre las limitaciones implícitas del Tratado CE y su relación con los objetivos genéricos de la Unión establecidos en el artículo 2 TUE, es decir, de nuevo, para la discusión sobre la naturaleza única o dual del sistema jurídico puesto en pie por los tres Tratados originarios y el Tratado de la Unión (véase, recientemente, Herrmann, 2007). Es una cuestión que aparece recurrentemente al hilo de los conflictos causados por las actuaciones de la Unión contra el terrorismo, y que recibe en los casos *Yusuf y Kadi* una respuesta favorable al carácter puente de los artículos 60 y 301 TCE en el contexto de la coexistencia de la Unión y la Comunidad como "ordenamientos jurídicos integrados pero separados"¹¹.

Incidentalmente, y como prueba de que la jurisprudencia de absolutos no siempre se corresponde con lo que exige la búsqueda de una solución justa, cabe recordar que Ahmed Yusuf es un nacional sueco al que se incluyó en la lista de individuos relacionados con el terrorismo por haber enviado un dinero a Somalia que nunca pudo probarse de manera convincente que acabara en las manos de Al Barakaat. De hecho, el sr. Yusuf recibió el apoyo público (y financiero) de relevantes personalidades públicas de Suecia, y fue finalmente tachado de la lista pocos meses después de haber recibido una respuesta tan decepcionante por parte del TPI (véase Dominica Bork, 2006).

11. Pese a rechazar que el artículo 308 TCE pudiera servir como base para conferir a las instituciones europeas facultades genéricas de cara a la consecución de los objetivos de la Unión (Párrafos 154 a 156), el TPI sí apoya que los artículos 60 y 301 TCE puedan actuar como "puente" entre éste y el pilar de la política exterior y de seguridad común: *"In the circumstances, account has to be taken of the bridge explicitly established at the time of the Maastricht revision between Community actions imposing economic sanctions under Articles 60 EC and 301 EC and the objectives of the Treaty on European Union in the sphere of external relations (...)"*.

Los casos de las listas decididos ulteriormente por el TPI no sitúan ya a éste en una posición contraria al derecho a la revisión judicial. En *Ayadi y Hassan*¹², el TPI sostiene que el recurso contra la inclusión en las listas debe materializarse, frente al Comité de Sanciones del Consejo de Seguridad, mediante las autoridades diplomáticas del país del que sea nacional (o en el que resida) el interesado. Las autoridades diplomáticas de los Estados miembros deberían velar entonces por satisfacer el derecho a una nueva consideración del caso por el Consejo de Seguridad, permitiendo al interesado hacer valer sus razones ante aquéllas. Y el rechazo de las autoridades nacionales a actuar da base para reclamar ante los tribunales *internos*. Es una "solución" a la que castizamente podríamos aplicar el dicho "echar balones fuera", pero que no trata al menos la lucha contra el terrorismo como un valor situado por encima de la causa de los derechos. Puestos a ser imaginativos, el TPI podría haber conectado la posibilidad de instar la revisión con el *factum* de la pertenencia al Consejo de Seguridad, como miembros permanentes, de Francia y el Reino Unido, trazando paralelismos con la prerrogativa de la protección diplomática y consular de la ciudadanía europea (artículo 20 TCE).

Y en el caso de los *Mujahidines del Pueblo de Irán*¹³ va más lejos: anula la decisión del Consejo mediante la cual esta organización fue incluida en la lista, porque los derechos de la misma no fueron respetados al no habersele informado de las razones que avalaban la inclusión, ni permitido el intento de rebatirlas. Como cualquier Tribunal respetuoso con lo que es quizá la regla de oro de la interpretación jurídica, el TPI razona el cambio de criterio a partir de las diferencias que encuentra entre este caso y los fallados anteriormente. En los casos citados antes, los órganos comunitarios se habían limitado a dar efecto a lo que ya venía dispuesto en las Resoluciones de la ONU y sus anexos. Mientras que ahora la correspondiente Resolución de Naciones Unidas había dejado un margen a los Estados para tomar la decisión de cuáles habían de ser las organizaciones o los individuos inscritos. De acuerdo con ello, el TPI considera que la Regulación del Consejo en la aplicación de la Posición Común, una vez que han surtido efecto las consecuencias asociadas a la inclusión en la lista, debe ser respetuosa con el derecho a conocer (y rebatir) las razones que avalaron la inclusión. Bien es verdad que el TPI es bien consciente del modo a través del cual llegan a menudo a conocimiento de los Estados las razones

12. Chafiq Ayadi contra el Consejo (Caso T-253/02) y Faraj Hassan contra el Consejo y la Comisión (Caso T-49/04), fallados el 12 de julio de 2006.

13. Organización de los Modjahedines del pueblo de Irán contra el Consejo (Caso T-228/02), decidido el 12 de diciembre de 2006.

para incluir a una organización en la lista: mediante información reservada de los Servicios de Inteligencia que no es susceptible de desvelarse sin destapar al mismo tiempo las fuentes de información y los métodos operativos. De ahí que la Sentencia se limite a postular un control judicial *restringido*, es decir, suficiente para comprobar que ha habido unos "mínimos de procedimiento" capaces de evitar los errores manifiestos o los abusos de poder, pero deferente hacia las consideraciones sobre el superior interés de la seguridad que pudieran invocar los Estados.

En el caso de los Mujahidines, el Tribunal consideró que, además de prescindir del trámite de audiencia, ni el Consejo ni el Reino Unido habían aportado pruebas sobre el carácter terrorista de tal organización. Muy otra hubiera sido tal vez la respuesta si se hubiese tratado de un grupo calificado formalmente como terrorista en sede judicial de cualesquiera de los Estados miembros. La decisión de la Gran Sala del TJ en el caso de *Gestoras Pro Amnistía*¹⁴, confirmando el Auto del TPI en el que éste declaró que no se había vulnerado la tutela judicial efectiva de los recurrentes, así permite vaticinarlo. Lo que los demandantes solicitaron era que se reconociera su derecho a percibir una indemnización, a cargo del Consejo, como consecuencia de haber sido incluidos en la lista anexa a la Posición Común 2001/931. El TPI razonó el rechazo de la pretensión sobre la base del carácter limitado de la revisión judicial en los actos del segundo y tercer pilar (artículos 46 y 35 TUE) y la consiguiente imposibilidad de entrar siquiera a discutir el fondo. El TJ confirma plenamente este punto de vista contrario a la aplicación, en las actuaciones derivadas del artículo 4 de la Posición Común, de la responsabilidad por daños regulada en el artículo 288 TCE¹⁵. La misma (nula) suerte corren las alegaciones relativas a la vulneración del derecho a la tutela. No obstante la letra del artículo 35.1 TUE, el TJ se explaya sobre su competencia para conocer, con carácter prejudicial, sobre la aplicación de cualquier disposición del Consejo, sea cual fuere su carácter, siempre que produzca

14. *Gestoras Pro Amnistía*, Juan María Olano y Julen Zelarain Erraste contra el Consejo (Caso C-354/04), fallado el 27 de febrero de 2007. El TPI acumuló a este caso, y desestimó igualmente, el de Segi, Araitz Zubimendi Izaga y Aritz Galárraga contra el Consejo (Caso C-355/04).

15. El argumento es puramente formalista: el artículo 288 TCE no se encuentra entre los que el artículo 41.1 TUE declara aplicables en el ámbito del tercer pilar (Párrafo 47 de la Decisión de la Gran Sala). Esto convierte en una incógnita el saber cuáles son los "tribunales" competentes, según la declaración del Consejo incluida como anexo de la Posición Común 2001/931, para conocer del derecho a ser indemnizado como consecuencia de "cualquier error en cuanto a las personas, grupos o entidades" mencionados en el anexo. Sobre este extremo abundan los Párrafos 58 a 62, para desestimar que una declaración de esa índole pudiese crear acciones no previstas en los textos aplicables, ni ser tenida en cuenta "para interpretar el Derecho derivado del Tratado UE".

efectos frente a terceros¹⁶. Y con ello, más la referencia a la responsabilidad de los órganos jurisdiccionales de los Estados para aplicar e interpretar las normas procesales internas, le basta para desestimar la alegación.

En los casos de *Gestoras y Segi*, el Reino de España, que actuó como coadyuvante, invocó los Autos del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional mediante los que se declararon ilegales las actividades de tales organizaciones. Y tal es, como decimos, un factor que podría explicar (aunque no justificar) el poco empeño que pone el TJ en hacer una jurisprudencia más apegada a las exigencias que se derivan, para las instituciones *comunes* de la Unión, del compromiso con los derechos fundamentales establecido en el artículo 6.2 TUE. Y eso que las Conclusiones del Abogado General, Paolo Mengozzi, en esta causa equivalen por sí solas a un ensayo sobre la cuestión de la proyección del mandato de respeto de los derechos en las actuaciones del tercer pilar¹⁷. Mengozzi pronostica que el ámbito de la cooperación judicial y penal en materia criminal va a empujar al TEDH a ejercer un papel cada vez más importante, y en el que no va a ser tan fácil mantener la "presunción de equivalencia" de protección de los derechos con la que hasta ahora el TEDH ha ido orillando conflictos y desencuentros¹⁸; es posible que así sea, sobre todo si se prolonga la insostenible situación de unos derechos "proclamados" y no incorporados.

Aunque, si nos guiamos por lo que el TEDH hizo en los casos de *Gestoras y Segi* contra los (entonces) 15 Estados miembros, voluntad de ser incisivo, no se aprecia por ningún lado. Ante la queja de los recurrentes de no haber tenido ocasión de rebatir su inclusión en la lista, El TEDH no admite la demanda, con el argumento de que el artículo 4 de la Posición Común (recuérdese, el que contempla la asistencia mutua más amplia posible para la prevención y la lucha contra actos terroristas), al ser una disposición genérica y abstracta que nada añade a las potestades que eventualmente pudieran ejercerse contra los recurrentes, no confiere a estos la condición de "víctimas" de una violación de derechos en el sentido del artículo 34 del Convenio¹⁹. Es,

16. "En la medida en que la finalidad del procedimiento que permite al Tribunal de Justicia pronunciarse con carácter prejudicial es garantizar el respeto del Derecho al interpretar y aplicar el Tratado, sería contrario a dicho objetivo interpretar restrictivamente el artículo 35..." (Párrafo 53).

17. Véanse, especialmente, los párrafos 77 a 90 de las Conclusiones (para la cuestión del "reparto de competencias" en la materia entre el TJ y el TEDH), y los Párrafos 133 a 140 (para la del "reparto de competencias" entre el TJ y los jueces y tribunales nacionales).

18. Un buen ejemplo de esta línea es el caso *Bosphorus* contra Irlanda, fallado por el TEDH el 30 de junio de 2005. Pero *Bosphorus* se refería, como es sabido, a actuaciones (rigurosamente) "comunitarias", y no del ámbito de los pilares "intergubernamentales".

19. *Segi* y *Gestoras* pro Amnistía contra Alemania y otros (Demandas 6422/02 y 9916/02), Decisión de inadmisión de 22 de mayo de 2002.

desde luego, un razonamiento que contrasta abiertamente con el utilizado en otras ocasiones por el TEDH al interpretar el artículo 34 propiciando un control de convencionalidad de normas estatales potencialmente lesivas de derechos²⁰.

5. La recolecta y transmisión de datos y el "huidizo" derecho a la intimidad

La protección de la intimidad, al hilo de la lucha contra el terrorismo, está siendo en la esfera europea un vivero de conflictos con los Estados Unidos, y una fuente constante de problemas sobre el ámbito adecuado para tomar decisiones. De una y otra cosa se extrae la impresión de que proteger la intimidad de los ciudadanos europeos, es algo que a la Unión le afecta sólo tangencialmente: una consecuencia más de la extraña relación que la Unión Europea mantiene con el concepto (normativo) de derechos fundamentales.

El propio contenido de lo que sea "intimidad" es, por lo demás, algo que carece de contornos precisos en el patrimonio constitucional europeo. Por no tener, ni siquiera tiene un *nomen iuris* del que se deduzca de manera indubitada cuál es el núcleo de lo que se protege. Y no es que el derecho a la vida privada y familiar del Convenio de 1950 no haya servido al TEDH para extraer contenidos que ni siquiera pudieron imaginar quienes lo redactaron. La cuestión es que se trata de un derecho sometido a una erosión tan irreversible, que se hace difícil hablar de unos "estándares" que pudieran servir para establecer barreras entre lo conforme al Convenio y lo contrario a él. Nuestros personales cálculos de coste/beneficio también contribuyen decisivamente a tal erosión; sabemos que "dejamos rastro" de muchas de las cosas que hacemos cada día, pero cargamos gustosos con tal inconveniente a cambio de las ventajas que obtenemos. Una Sentencia como la del Tribunal Constitucional alemán descalificando como inconstitucionales los sistemas de "vigilancia total" (*rundüberwachung*) basados en el cruce de datos y la definición en abstracto de categorías de sospechosos de actividad terrorista, parece inconcebible en muchos países -y desde luego en los Estados Unidos- en los que tal es un método empleado habitualmente por los servicios de seguridad²¹.

20. Emblemático en tal sentido puede ser, por ejemplo, el caso Klass y otros contra la República Federal de Alemania, 2 EHHR (1978), 245, en el que el Tribunal reconoce la condición de "víctimas potenciales" a un fiscal y a un grupo de abogados frente a una ley sobre intervención de las comunicaciones.

21. Me refiero a la Sentencia de 4 de abril de 2006, en la que, resolviendo un Recurso de Queja planteado por un estudiante marroquí, el BGV estableció que las amenazas potenciales o de carácter genérico, no justifican la creación de perfiles de sospecha y las pesquisas preventivas y masivas a la búsqueda de "terroristas durmientes". Y véase igualmente la de 12 de abril de 2005, en la que el Tribunal transige (por ser conforme a

La protección de los datos personales frente al uso indebido -una llamativa "laguna" del Convenio Europeo de derechos, que es "arqueología jurídica" desde este punto de vista es desde hace bastantes años objeto de atención del legislador comunitario (Bayo Delgado, 2005). El problema no es la falta de legislación, sino el emplazamiento de la misma en los estrictos contornos de las actividades sometidas al *Derecho comunitario*, precisamente en un momento en el que el intercambio de información entre los Estados -entre los europeos y entre los no europeos- es quizá el instrumento por antonomasia de la cooperación *intergubernamental* en la lucha contra el terrorismo. La exigencia de unanimidad en el tercer pilar es una rémora que dificulta hasta la exasperación el éxito de las iniciativas dirigidas a implantar en dicho pilar un sistema de protección de datos equiparable al del pilar comunitario. De manera que hay un interés para que el intercambio de datos (basado en la disponibilidad) sea cada vez mayor y más *confiado*²², pero tal tendencia no va acompañada de una superación del principio de la responsabilidad estatal por el uso y el destino de tales datos²³.

Ese cruce de tendencias se aprecia en la sentencia del TJ que anuló el Acuerdo concluido entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos sobre transmisión por las compañías aéreas de datos de sus pasajeros²⁴. La sentencia resuelve en sentido favorable el Recurso de Anulación interpuesto por el Parlamento contra el Consejo y la Comisión con un argumento muy sencillo: estos últimos decidieron que el nivel de protección dispensado por los Estados Unidos para los datos de los viajeros (*Personal Name Record*, en la jerga de uso común) era adecuado y que, en consecuencia, la transmisión no contravenía los términos de la Directiva 95/46/CE. Pero, según el TJ, el Consejo y la Comisión,

la ley) con la instalación secreta por la policía de un aparato GPS en un vehículo, pero también avisa al legislador para que impida que el efecto cumulativo de medidas de técnicas de vigilancia cada vez más sofisticadas, pueda acabar afectando al "núcleo" (*kernbereich*) de lo que se entiende por intimidad. (Ambas decisiones están comentadas en Kett-Straub, 2006 y Nicole Jacobe, 2005, respectivamente).

22. Véase el epígrafe 2.6 ("Acceso a la información necesaria para combatir el terrorismo y la criminalidad organizada") de la comunicación de la Comisión (COM2006, 331) sobre la ejecución del "programa de La Haya".

23. Una manifestación paradigmática puede apreciarse en el artículo 38 del Convenio Europol: "De conformidad con su Derecho Nacional, cada Estado miembro responderá de cualquier perjuicio causado a las personas, en el que intervengan datos que adolezcan de errores de derecho o de hecho almacenados o tratados por Europol. La víctima sólo podrá reclamar indemnización al Estado miembro en que se haya producido el hecho que originó el perjuicio y deberá acudir a los Tribunales que sean competentes en virtud del Derecho nacional de ese Estado. Ningún Estado miembro podrá invocar el hecho de que otro Estado miembro o Europol ha transmitido datos incorrectos para eludir la responsabilidad que le corresponda con arreglo a su Derecho nacional con respecto a una persona perjudicada".

24. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 30 de mayo de 2006, en los asuntos acumulados C-317/04 y C-318/04.

al adoptar tal Acuerdo, llevaron los términos de tal Directiva sobre protección de datos más allá de la esfera de aplicación de la misma, que está circunscrita a las actividades comprendidas en el ámbito del Derecho Comunitario, y que excluye expresamente el tratamiento de datos con fines de seguridad o defensa del Estado²⁵.

Bajo el rótulo "marco jurídico", la sentencia inicia sus razonamientos con una reproducción textual del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero su línea argumental carece luego de cualquier idea conectada con el mismo. La protección de la intimidad de los viajeros frente a la transmisión de una larga serie de sus datos personales al Departamento de seguridad de los Estados Unidos, una transmisión mantenida por espacio de meses sobre unas bases jurídicas que ahora se declaran nulas, flota así como una nebulosa bien perceptible, pero situada fuera del alcance del TJ. Ese "efecto-nebulosa" en lo que afecta al régimen jurídico de los derechos protegidos por el Convenio, es exactamente lo opuesto de lo que el TEDH viene estableciendo como el primero de los requisitos para considerar que una determinada restricción es legítima: una previsión legal de la suficiente calidad como para permitir al ciudadano conocer las consecuencias de sus conductas²⁶.

La Directiva 2006/24/CE sobre conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas (que ha sido recurrida ante el TJ por Irlanda, disconforme con el pilar elegido para adoptarla) sigue descargando plenamente en los Estados la responsabilidad de velar por el uso adecuado de los datos que ella misma obliga a conservar²⁷. Y lo mismo la Decisión Marco 2006/960/JAI del

25. Artículo 3.2 de la Directiva 95/46/CE: "Las disposiciones de la presente Directiva no se aplicarán al tratamiento de datos personales: (...) efectuado en el ejercicio de actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, como las previstas por las disposiciones de los títulos V y VI del Tratado de la Unión Europea y en cualquier caso al tratamiento de datos que tenga por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado (incluido el bienestar económico del Estado cuando dicho tratamiento esté relacionado con la seguridad del Estado) y las actividades del Estado en materia penal (...)".

26. Véase, por todas, la sentencia de la Sección Segunda del TEDH, de 6 de junio de 2006, en el caso *Segerstedt-Wiberg y otros contra Suecia* (Demanda nº 62332/00), especialmente los párrafos 74 a 80.

27. Artículo 4: "Los Estados miembros adoptarán medidas para garantizar que los datos conservados de conformidad con la presente Directiva solamente se proporcionen a las autoridades nacionales competentes, en casos específicos y de conformidad con la legislación nacional. Cada Estado miembro definirá en su legislación nacional el procedimiento que deba seguirse y las condiciones que deban cumplirse para tener acceso a los datos conservados de conformidad con los requisitos de necesidad y proporcionalidad, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión o del Derecho internacional público, y en particular el CEDH en la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos".

Consejo, de 18 de diciembre, sobre la "simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea", cuyo artículo 8 remite, para la protección de los datos intercambiados, a "las (correspondientes) disposiciones nacionales", de conformidad con lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa sobre tratamiento automatizado de datos²⁸.

El carácter "huidizo" y "lagunoso" de la protección de la intimidad ante el *factum* de un intercambio de datos que crece en proporción directa a lo que se percibe como una necesidad cada vez mayor de "cruzar" información sobre la conducta de individuos y organizaciones, causa inseguridad jurídica e incentiva comportamientos de hechos consumados al margen de cualquier regulación (Hijmans, 2006). Un ejemplo característico de ello lo encontramos en el asunto de la transmisión de datos de operaciones bancarias desde Europa a los Estados Unidos, de conformidad con el sistema SWIFT. Se trata de un sistema operado por una sociedad belga de mensajería financiera que registra y conserva los datos de transferencias bancarias internacionales de unos 8.000 bancos. SWIFT venía dando acceso incondicional de tales datos al Departamento del Tesoro de los Estados Unidos -y el Departamento los transfería a la CIA- al menos desde 2002, en cumplimiento de un mandamiento judicial emitido allí a las pocas semanas del 11 de septiembre. Este comportamiento era conocido en Europa por algunos grandes bancos y, desde luego, por el Banco Central Europeo, pero el asunto no salió a la luz hasta que el New York Times lo reveló en junio de 2006. Ante la filtración, tanto la sociedad belga como el Banco Central, y la propia Comisión, se escudaron, en la falta de una regulación que prohibiera la práctica. Y el Parlamento europeo, al margen hasta entonces del asunto, reaccionó llevándolo de inmediato al orden del día para un debate cuyo resultado no sirvió sino para constatar el carácter a-legal de la práctica e instar la actuación del Grupo europeo de Trabajo sobre protección de datos conocido como "Artículo 29"²⁹.

28. Y véase también el Apartado 7 del artículo 1, en el que se establece el "objetivo y ámbito de aplicación" de la Decisión marco: "La presente Decisión marco no supondrá modificación de la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos básicos plasmados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, ni se verá afectada ninguna obligación que incumba a los servicios de seguridad a este respecto".

29. En febrero de 2007, el *Article 29 Data Protection Working Party*, que toma su nombre del correspondiente artículo de la Directiva 95/46/CE, todavía continuaba mostrando su preocupación, a propósito de SWIFT, por "la persistencia de un trasvase de datos personales hacia los Estados Unidos realizado con quebrantamiento de las reglas europeas sobre protección de datos". (Véase el Comunicado de Prensa de 16 de febrero de 2007, en el sitio web http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsi/privacy/index.en.htm).

6. La "pesadilla": contribuyendo a la guerra al margen de vínculos. Los vuelos secretos de la CIA

La "inopia europea" (Bassets, 2006) ante las prácticas de SWIFT se queda pálida ante la demostrada a propósito de los centros de detenidos y los vuelos secretos de la CIA. El asunto se ajusta fielmente al guión habitual de los escándalos políticos y las "causas célebres". Ingredientes básicos del mismo son la programación de prácticas ilegales diseñadas y mantenidas en secreto por espacio de meses, cuando no de años; las denuncias difusas de la existencia de las mismas sin obtener mucho crédito y, al cabo, el interés generalizado de la opinión pública como consecuencia de la publicación de reportajes de investigación en periódicos de prestigio. Tal es el primer acto del drama, al que sigue un nudo de respuestas evasivas y negativas categóricas cada vez más insostenibles, que aumentan exponencialmente la curiosidad sobre el asunto y desembocan en la apertura de cauces de investigación que lo dejan por completo al descubierto. El epílogo suele ser la elaboración de informes dirigidos a obstaculizar la repetición futura de escándalos semejantes, cuyas propuestas de reformas legislativas y buenas prácticas, tienden más a caer en el olvido, que a llevarse a efecto.

Será raro encontrar un sistema democrático que no haya conocido, con un motivo o con otro, "guiones" de tal naturaleza. Y desde luego, en el ámbito de los servicios secretos, suele decirse que no hay más estímulo para las reformas, que los escándalos en los que periódicamente se ven atrapados.

Lo extraordinario de un caso como el de las actuaciones de la CIA en Europa no radica en el éxito obtenido para mantener el secreto durante tanto tiempo, sino en el carácter por así decir grosero y delictivo de las mismas, y en la propia amplitud del círculo de complicidad por omisión en el que se produjeron. Ahora sabemos casi todo acerca de unos planes que se venían llevando a la práctica antes del 11 de septiembre, pero que encontraron en la causa de la guerra contra el terrorismo el impulso decisivo para producir un efecto letal sobre el compromiso de la Unión Europea con los objetivos *normativizados* en el artículo 6 TUE. En el espacio de apenas un año -desde el reportaje de Dana Priest en noviembre de 2005 en el *Washington Post*, explicando las prácticas de "caza al terrorista" por parte de la CIA, hasta el Informe final del Parlamento europeo sobre los vuelos, de febrero de 2007- hemos perdido toda posibilidad de ignorar que en el espacio público de la Unión han coexistido la lucha contra el terrorismo sostenida (a duras penas) en un marco institucional de garantías jurídicas, y la guerra contra él librada al margen de frenos, internos o internacionales.

Mientras Europa repudiaba las torturas de *Abu Grahib* y solicitaba el cierre de Guantánamo³⁰, mientras se embarcaba en un sesudo debate sobre las posibilidades jurídicas de la orden de entrega y otros instrumentos de la lucha contra el terrorismo, Estados Unidos "actuaba": los agentes de la CIA, en algún caso con la colaboración activa de los de los servicios secretos de los países de la Unión, provocaban "entregas extraordinarias" de individuos, que eran trasladados en secreto a países o lugares *concentracionarios* para que otros hiciesen el trabajo sucio de interrogarlos, torturarlos y/o hacerlos desaparecer. Los Informes del Consejo de Europa, a cargo de Dick Marty, y el del Parlamento Europeo, a cargo de Claudio Fava, permiten reconstruir con todo detalle los secuestros y la "red de tela de araña" urdida por la CIA en un número de vuelos secretos desde (o con escala en) países europeos hacia países terceros, que sobrepasa los 1.200 sólo en el período comprendido entre 2001 y 2005³¹. Y también contamos ya con trabajos periodísticos realizados con todo rigor y minuciosidad, en los que se da cuenta de las desapariciones, los secuestros y los traslados de un número indeterminado de personas realizados en (o desde) suelo europeo (por todos, Chiesa, 2007).

Desde el punto de vista jurídico, el caso no presenta mayor complejidad: el Convenio Europeo de Derechos Humanos protege a toda persona sometida a la jurisdicción de los Estados miembros (artículo 1), lo cual ha generado una jurisprudencia del TEDH "expansiva" desde el punto de vista personal, e "intensiva" desde el punto de vista de las obligaciones positivas de impedir (y/o investigar) los ilícitos que se cometan en el ámbito territorial de los Estados signatarios. Puede entrarse a debatir si los vuelos de la CIA en aeronaves fletadas bajo la titularidad de compañías-fantasma, entraban en la categoría de vuelos de Estado o

30. Véase el Documento nº 10.497 de la Comisión de asuntos jurídicos y de derechos humanos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre "Legalidad de la detención de personas por parte de Estados Unidos en Guantánamo Bay", hecho público el 8 de abril de 2005.

31. Véanse el Documento del Consejo de Europa SG/Inf (2006) 5 ("*Report by Secretary General on the use of his powers under Article 52 of the European Convention on Human Rights, in the light of reports suggesting that individuals, notable persons suspected of involvement in acts of terrorism, may have been arrested and detained, or transported while deprived of their liberty, by or at the instigation of foreign agencies, with the active or passive co-operation of States Parties to the Convention, or by States Parties themselves at their own initiative, without such deprivation of liberty having been acknowledged*"), y el del Parlamento Europeo A6-0020/2007 ("Informe sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos"). Y puede consultarse además la Opinión de la Comisión de Venecia nº 363/2005 ("*on the international legal obligations of Council of Europe Member States in respect of secret detention facilities and inter-State transport of prisoners*"), así como la Opinión de la Red Europea de expertos independientes en materia de derechos fundamentales nº 3-2006 ("*The human rights responsibilities of the EU Member States in the context of the CIA activities in Europe. Extraordinary Renditions*").

adoptaban, como parece más cierto, la apariencia de vuelos civiles, lo que influye en el alcance de las facultades reconocidas en el Convenio de Chicago sobre control del espacio aéreo (Ruiloba Alvarino, 2006). Pero de lo que no cabe duda es de que los Estados de la Unión se contentaron con unas "garantías diplomáticas" del gobierno de los Estados Unidos, cuya escasa credibilidad (por decirlo suavemente) se volatilizó por completo con ocasión del (hoy célebre) encuentro, en diciembre de 2005, de la Secretaria de Estado norteamericana con los ministros de Asuntos Exteriores de los Estados de la Unión.

Las sospechas sobre la existencia de cárceles secretas en ciertos países (Polonia y Rumanía, especialmente) no han logrado traspasar el umbral de la certeza. Pero, con independencia de ello, una aeronave puede ser considerada un centro de detención de personas, si éstas son retenidas allí en contra de su voluntad y sin posibilidad de recabar la protección de las autoridades. Al menos en Italia (como consecuencia del secuestro a plena luz del día de Abu Omar), y en Alemania (como consecuencia del secuestro del ciudadano alemán Jaled el Masri), ambos "reaparecidos", así como en España y Portugal (como consecuencia de los vuelos), la Justicia tiene abiertas causas judiciales que, con independencia del mayor o menor celo empleado por las autoridades para blindar los secretos de Estado, acabarán arrojando más luz sobre los delitos de la CIA.

Dado el carácter irreversible de las vulneraciones de los derechos, lo que cabe preguntarse es si todo ello bastará para tener la seguridad de que las formas europeas de plantar cara al terrorismo no volverán a contemporar con los métodos de la guerra. Porque a escala europea, no tenemos muy lejanos en el tiempo "guiones" semejantes, con su punto de llegada en solicitudes de reformas que no han sido atendidas. El Informe del Parlamento europeo sobre la red de espionaje "Echelon", compartida por los Estados Unidos con el Reino Unido, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, de mayo de 2001, clamaba ya por la instauración de cauces de control sobre la actuación de los servicios secretos extranjeros, y por la implantación o la mejora de los existentes sobre los servicios nacionales³². Seis años después, las Recomendaciones del Parlamento Europeo (las del Informe "Fava" sobre los vuelos de la CIA) y las realizadas por el Consejo de Europa (Recomendación 1713/2005 sobre "control democrático del sector de la seguridad en los Estados miembros") insisten en el mismo programa de reformas pendiente de realizarse: normativa de calidad que concrete los mandatos y

32. Parlamento Europeo 1999-2004, Documento PR/439868EN.doc ("*Draft Report on the existence of a global system for the interception of private and commercial communications (ECHELON interception system)*").

coarte la invocación del secreto de Estado, comités parlamentarios en disposición de ejercer adecuadamente la función de control, y códigos europeos de "comportamientos éticos en la función de inteligencia".

En el mundo post-11 de septiembre, la percepción del riesgo y la prevención tienden a ocupar el sitio (simbólico y efectivo) que tradicionalmente se asignaba a la función estatal de velar por la observancia de la ley. Por sus peculiaridades como organización supranacional en vías de integración, la Unión Europea cuenta con la ventaja sobre los Estados de poder ir seleccionando para su agenda de trabajo los objetivos y ámbitos de actuación que se adapten mejor en cada momento a las características últimas que la definen. Hablando en términos generales, la lucha contra el terrorismo ha sido hasta el momento, y pese a todo, un factor de integración. También podría ser, si se pusiese empeño en ello, el contrapeso que evitara que aquellas "nuevas" funciones de los Estados no acabaran por hacer irreconocibles las señas de identidad que vienen alumbrando desde hace medio siglo la idea de Europa.

Referencias

Ackerman B. (2007), *Antes de que nos ataquen de nuevo. La defensa de las libertades en tiempos de terrorismo*, Barcelona, Península.

Bayo Delgado J. (2005), "Derecho Comunitario sobre protección de datos", en AAVV., *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.

Bassets Ll. (2006), "La inopia europea", *El País*, 29 de junio, pág. 11.

Bork D. (2006), "*The War on Terror and the Institution of Human Rights - Can the Two Be Combined?*", *Working Paper* núm. 102, *Department of Euroasian Studies Upsala University*.

Chalmers D. (2004), *Constitutional Reason in an Age of Terror*, *Global Law Working Paper del Hauser Global Law School Program*.

Chiesa G. *Le Carceri Segrete della CIA in Europa*, Milán, Piemme.

De Witte B. (1998), "*The Pillar Structure and the Nature of the European Union: Greek Temple or French Gothic Cathedral?*", en T. Heukels, N. Blokker y M. Brus (eds.), *The European Union after Amsterdam - A Legal Analysis*, Amsterdam, Kluwer.

Dershowitz A. (2004), *¿Por qué aumenta el terrorismo? Para comprender la amenaza y responder al desafío*, Madrid, Encuentro.

Etxeberría Guridi J.F. (2006), "Vicisitudes de la orden europea de detención

y entrega. El caso alemán en particular", *La Ley* núm. 6613, ref^a D-275.

González-Cuéllar Serrano N. (2006), "La 'Euroorden': hacia una Europa de los carceleros", *La Ley*, núm. 6619, ref^a D-281.

Herrman Ch. (2007), *Much Ado about Pluto? The 'Unity of the Legal Order of the European Union' Revisited*, *EUI Working Papers*, RSCAS 2007/05.

Hijmans H. (2006), *"The third pillar in practice: coping with inadequacies. Information Sharing between Member States"*, *Discussion Paper for the meeting of the Netherlands Association for European Law (NVER)*, 24 November.

Ignatieff M. (2005), *El mal menor. Ética política en una era de terror*, Madrid, Taurus.

Jacoby N. (2005), *"The Decision of the Bundesverfassungsgericht of April 12, 2005 - Concerning Police Use of Global Position Systems as a Surveillance Tool"*, *German Law Journal*, vol. 6, núm. 7, págs. 1085 y ss.

Kett-Straubb, G. (2006), *"Data Screening of Muslim Sleepers Unconstitutional"*, *German Law Journal*, vol. 7, núm. 11, págs. 967 y ss.

Kühn W.M. (2007), "Problemas jurídicos de la Decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea", *revistas@iustel.com*.

La Torre M. (2006) *"Juristen böse Christen - Tortura y principio de legalidad"*, próxima publicación en *Derechos y Libertades Revista del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas"* de la Universidad Carlos III de Madrid.

Ladiges M. (2007), *"Comment - Oliver Lepsius's Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-transport Security Act"*, *German Law Journal*, vol. 8, núm. 3, págs. 307 y ss.

Leonard M. (2005), *Por qué Europa liderará el siglo XXI*, Madrid, Taurus.

Lepsius O. (2006), *"Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-transport Security Act"*, *German Law Journal*, vol.7, núm. 9, págs. 761 y ss.

Ley, I. (2007), *"Legal Protection against the UN-Security Council between European and International Law: a Kafkaesque Situation?"*, *German Law Journal*, vol. 8, núm. 3, págs. 280 y ss.

Menéndez A. (2007), "Epílogo" a Ackerman B., *Antes de que nos ataquen de nuevo. La defensa de las libertades en tiempos de terrorismo*, Barcelona, Península.

Nye J. (2003), *La paradoja del poder norteamericano*, Madrid, Taurus.

Priest D. (2005), *"CIA Holds Terror Suspects in Secret Prisons"*, *Washington*

Post, 2 de noviembre.

Ruiloba Alvariño J. (2006), "La responsabilidad de los Estados europeos en los vuelos secretos de la CIA. Especial referencia a España", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 24, págs. 541 y ss.

Sarmiento D. (2005), "Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea, La sentencia María Pupino y el efecto directo de las Decisiones marco", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 10.

Tomuschat Ch. (2006), "Inconsistencias: la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 sobre la orden europea de detención y entrega", *Teoría y Realidad Constitucional*, 18, págs. 253 y ss.

Waldron J. (2005), "*Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House*", *Columbia Law Review*, vol. 105 núm. 6, págs. 1681 y ss.

¿PUEDE EL ESTADO ADOPTAR MEDIDAS PATERNALISTAS EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD?

Marina Gascón Abellán

*Catedrática de Filosofía del Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha*

SUMARIO

Resumen.

- 1. Planteamiento: Medidas paternalistas en el ámbito de la salud.*
- 2. La vida como derecho, ¿y como deber?: el rechazo de tratamientos.*
 - 2.1. Planteamiento.*
 - 2.2. Caracterización del conflicto: concepciones del derecho a la vida.*
 - 2.3. Posición jurisprudencial dominante: la vida como deber.*
 - 2.4. Una interpretación alternativa: la vida libremente querida y autodeterminada.*
- 3. La salud como derecho, ¿y como deber?.*
 - 3.1. La injustificabilidad de los deberes puramente paternalistas.*
 - 3.2. La responsabilidad social de los individuos como criterio de justificación:*
 - a) El sistema de protección de la salud como bien social del primer orden.*
 - b) El test de constitucionalidad de las restricciones a la libertad en pro de la propia salud.*
 - c) Excursus: la imposibilidad de denegar la asistencia sanitaria como “sanción” por el incumplimiento de estos deberes.*

Resumen

El reconocimiento de la protección de la salud como derecho prestacional puede generar conflictos con la libertad-autonomía de los individuos, bien en su calidad de pacientes o bien en su calidad de potenciales pacientes. Estos conflictos tienen su origen en la adopción de medidas o de interpretaciones del ordenamiento de tipo paternalista sobre cuya justificabilidad conviene reflexionar; y no sólo por su carácter altamente polémico, sino también por la -al menos aparente- paradoja que supone que aquello que sólo costosamente ha sido reconocido como un derecho termine siendo impuesto como un deber.

La primera manifestación del paternalismo que se analiza es la que tiene lugar en la respuesta que se da al rechazo de tratamientos médicos cuando la vida corre peligro. El rechazo de un tratamiento que se considera vital constituye un conflicto entre derechos o bienes constitucionalmente protegidos: de un lado el derecho a la vida del paciente, que obliga a hacer lo posible por salvarla, y de otro su libertad, que justifica el derecho del paciente a rechazar el tratamiento que se le propone. Dos son las soluciones posibles a este conflicto, dependiendo de que la vida se conciba en su estricta cualidad físico-existencial, lo que supone configurar el derecho a la vida como un "superderecho" con carácter preferente sobre el resto de los derechos; o que se conciba como un bien inescindible de la capacidad de autodeterminación del individuo, lo que supone que no hay confrontación entre el derecho a la vida y la libertad, pues la vida constitucionalmente protegida es la vida libremente elegida. En el primer caso la asistencia médica coactiva está justificada; en el segundo la vida no puede protegerse contra la voluntad de su titular. En la jurisprudencia de los altos tribunales españoles domina la primera de las interpretaciones señaladas: la que concibe la vida, *in fine*, en términos de santidad, como un valor intangible. En este trabajo, sin embargo, se aboga por la interpretación alternativa: la de la vida libremente querida y autodeterminada, que es la más acorde con los principios de un Estado laico y liberal y que, por lo demás, se va abriendo paso en la jurisprudencia de algunos tribunales.

La segunda manifestación de paternalismo que se analiza es la que tiene lugar cuando el Estado impone deberes que limitan la libertad-autonomía de los sujetos (ya no como pacientes sino en su simple condición de ciudadanos) en aras de la protección de su propia salud. Este tipo de deberes plantean dos cuestiones: 1º) ¿están justificadas estas restricciones a la libertad?; y si lo están, ¿cuándo o en qué condiciones?; 2º) en el caso de que estén justificadas, ¿qué tipo de consecuencias pueden anudarse a ellas?; y en concreto, el incumplimiento de estas restricciones o deberes

¿puede justificar la denegación de la asistencia sanitaria?. Respecto al primer orden de cuestiones, lo que se sostiene aquí es que si estos deberes fueran puramente paternalistas no tendrían justificación, y que una de las pocas posibilidades (si no la única) de justificarlos es apelar a la responsabilidad de los individuos en la protección de un interés social de primer orden: la preservación del sistema público de protección de la salud. De donde deriva una consecuencia de importancia: que la norma en cuestión ha de superar un test de justificabilidad (o de constitucionalidad) que se traduce en resumidas cuentas en mostrar que no es una medida puramente paternalista sino que se encamina a hacer viable el derecho a la salud para todos (mediante la contención en el gasto sanitario y el buen aprovechamiento de los recursos), que es adecuada y necesaria para ello y que resulta proporcionada a los beneficios que con ella se esperan obtener. Respecto al segundo orden de cuestiones lo que se sostiene es que la "sanción" que se anude al incumplimiento de los deberes así justificados no puede consistir en ningún caso en la privación del derecho a la asistencia sanitaria, porque tal sanción sería inconstitucional. Lo que podría resultar adecuado (y constitucionalmente legítimo), sobre todo en casos de escasez o insuficiencia de recursos, es arbitrar fórmulas de copago o impuestos especiales o incluso criterios de prelación en la atención sanitaria.

1. Planteamiento: Medidas paternalistas en el ámbito de la salud

El progreso y el bienestar humanos siempre han ido aparejados a la protección de la salud, que precisamente por eso ha representado, al menos en las sociedades en desarrollo, una de las demandas sociales más intensas. En este ámbito se ha avanzado mucho, y hoy no se pone ya en cuestión que la salud es un bien tan valioso que el Estado tiene la obligación de protegerlo, se posean o no los recursos necesarios para pagar su precio de mercado. Esta es una de las principales aportaciones del ideario del "Estado social" y por consiguiente uno de los principales sellos de identidad de los países europeos, que con unos u otros matices han hecho de la garantía de la salud una obligación estatal y con ello un derecho de los individuos. De hecho, el derecho a la salud se configura como un derecho prestacional, o sea como una prestación que el Estado debe garantizar a todos los ciudadanos¹.

1. Las constituciones que incorporan el principio del Estado social, en efecto, reconocen, con unos u otros términos, el derecho a la (protección de la) salud de los ciudadanos. Sirva a título de ejemplo la Constitución española, que en el capítulo "De los principios rectores de la política social y económica" lo consagra expresamente en su artículo 43 ("Se reconoce el derecho a la protección de la salud", apartado 1) y atribuye a los poderes públicos la competencia y la obligación de "organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios (...), apartado 2".

Incluso desde una perspectiva netamente liberal se considera que la protección de la salud es (o debe ser) un *prius* moral y jurídico para el Estado. Y es que, en efecto, si los derechos de libertad representan la categoría más obvia de derechos desde el punto de vista del respeto a la dignidad de las personas, los llamados derechos sociales (la salud entre ellos) culminan ese reconocimiento al enderezarse a garantizar que la libertad formalmente proclamada sea una libertad efectiva; o si se quiere, la participación en los bienes materiales es un presupuesto necesario para que la libertad jurídica pueda convertirse en libertad real²: sólo con los estómagos llenos (derechos económicos, derecho al trabajo), un techo bajo el que vivir (derecho a la vivienda), una formación al menos mínima (derecho a la educación) y unos adecuados cuidados sanitarios (derecho a la salud) podrá considerarse que los individuos cuya libertad se proclama formalmente estén realmente en condiciones de poder ejercerla. Los derechos sociales, en definitiva, son condición de la libertad³. Por eso el derecho a la salud, hoy definitivamente consagrado en estos u otros términos por las constituciones de nuestro entorno cultural, constituye un hito civilizatorio de un valor incalculable. Y por eso la falta de garantía del derecho a la salud (como del resto de los derechos sociales) no deja indemne la garantía de la libertad.

Pero si el reconocimiento jurídico de la protección de la salud como un derecho puede considerarse todo un triunfo civilizatorio y un perfeccionamiento del sistema liberal de derechos, también es verdad que puede generar conflictos con la libertad-autonomía de los individuos, bien en su calidad de pacientes o bien en su calidad de potenciales pacientes. Lo primero porque, en el ámbito de la relación médico-asistencial donde el individuo es un paciente, los tratamientos y terapias vitales, según determinadas interpretaciones que conciben la vida como un derecho pero también como un deber (o sea como un derecho-deber)⁴, son considerados de obligatorio acatamiento; se limita así la libertad-autonomía del

2. Desde una perspectiva liberal, en efecto, los derechos sociales se orientan "a remover los obstáculos económicos y culturales que impiden o dificultan a una buena parte de los individuos el ejercicio de sus libertades" (L.Prieto, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1990, pág.188). Se trata en el fondo de que el valor de la libertad para cada individuo se aproxime a la igual atribución jurídica de esa libertad para todos (Sobre la distinción entre la libertad y el valor de la libertad vid. J.Rawls, *Teoría de la Justicia* (1971), trad. de M.D. González, Madrid, FCE, 1979, pág. 237).

3. Así en E.W. Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de J.L. Requejo e I.Villaverde, *Baden-Baden, Verlagsgesellschaft*, 1993, pág. 237.

4. En el lenguaje jurídico se denominan derechos-deberes a aquellos derechos que generan a su vez deberes para sus titulares: como el derecho-deber a la educación, que comprende el derecho (pero también en determinadas circunstancias el deber) de recibir una educación. Se trata casi siempre de normas muy polémicas porque pueden resultar contestadas por los sujetos titulares de esos derechos (-deberes) en virtud de su libertad-autonomía.

paciente, que en ciertas circunstancias no puede rechazar los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar su salud o su vida. Lo segundo porque cada vez son más frecuentes las medidas (o las propuestas de medidas) que establecen restricciones a la libertad-autonomía de los individuos con el objeto de proteger o preservar su salud, y que por consiguiente suponen también la configuración de la salud como un derecho-deber. Tanto en un caso como en otro nos encontramos, pues, ante interpretaciones y medidas de tipo paternalista sobre cuya justificabilidad conviene reflexionar, y no sólo por su carácter altamente polémico sino también por la -al menos aparente- paradoja que supone que aquello que sólo costosamente ha sido reconocido como un derecho termine siendo impuesto como un deber.

2. La vida como derecho, ¿y como deber?: el rechazo de tratamientos

La protección de la salud puede generar conflictos o tensiones con la libertad-autonomía de los individuos en su calidad de pacientes. Así sucede, dicho muy simplemente, cuando en el ámbito de una relación de médico-asistencial se imponen a los pacientes tratamientos o terapias con la justificación de que el Estado tiene la obligación de garantizar su salud y vida incluso en contra de su voluntad. Pero cabe preguntar ¿tiene en verdad justificación la imposición coactiva de tratamientos médicos?. El deber del Estado de salvaguardar la salud y la vida de las personas ¿justifica estas restricciones a su libertad?. En definitiva ¿se puede limitar la autonomía de las personas por motivos puramente paternalistas?.

2.1 Planteamiento

En las últimas décadas la relación médico-paciente ha ido abandonando progresivamente el esquema paternalista por el que se regía y hoy puede decirse que es el principio de autonomía el criterio sobre el que descansa. La manifestación más clara de dicho principio en el contexto asistencial es la exigencia del consentimiento del paciente en todas las acciones que afecten a su salud así como la posibilidad (o el derecho) de rechazarlos⁵. El rechazo de tratamientos, sin embargo, plantea problemas o tensiones en la práctica clínica diaria; y no sólo porque sigue todavía muy presente una difusa pero poderosa concepción paternalista de la prác-

5. De esta manifestación del principio de autonomía se hacen eco el Convenio de Oviedo y la Ley española de Autonomía del Paciente (arts. 2.2 y 2.4), así como el Código Deontológico de la Medicina (art.9.2). Por lo demás, la incidencia del principio de autonomía en el contexto asistencial ha sido recogida en la mayoría de los documentos internacionales sobre bioética y regulada pormenorizadamente en las legislaciones internas de los estados.

tica clínica, sino también, y sobre todo, porque el rechazo de un tratamiento puede repercutir negativamente en la salud o la vida, bienes muy valiosos sobre los que la mayoría de los sistemas morales y jurídicos reclaman protección.

Dependiendo del contexto en que se produzca el rechazo de tratamientos puede merecer consideraciones distintas, tanto desde la perspectiva moral como desde la óptica del derecho. Es posible que el tratamiento se rechace por considerar que sólo contribuye a prolongar inútilmente la vida (y quizás la agonía) en un contexto en el que ésta está abocada ya a su fin; aunque este rechazo se conecta al debate sobre la eutanasia su admisibilidad hoy no plantea mayores problemas. Pero es posible también que el rechazo se produzca en un contexto donde el tratamiento constituya un medio adecuado para curar la enfermedad, o sea, para recuperar o mejorar la salud y/o eliminar el riesgo de muerte. Es verdad que en este segundo supuesto el rechazo puede ser inocuo o no problemático desde el punto de vista clínico. Así sucede cuando el tratamiento que se rechaza no es vital, bien sea porque hay otros tratamientos o terapias alternativas disponibles o bien, en todo caso, porque de dicho rechazo no se deriva un riesgo serio para la salud o la vida del paciente. Pero también puede ocurrir que el rechazo de un tratamiento plantee problemas porque ponga en grave peligro la salud o la vida del paciente y no existan otras alternativas terapéuticas disponibles. A veces estos comportamientos de rechazo se califican en sentido lato como suicidas, pues aunque el paciente, en rigor, no busca la muerte, sabe (y asume) que la ausencia del tratamiento puede conllevar este resultado. Es de estos rechazos y de los problemas que plantean de lo que nos ocuparemos aquí. Pero antes, dos observaciones.

La primera es que aunque el rechazo de un tratamiento puede obedecer a motivos muy diversos (puede obedecer simplemente a la falta de confianza en el médico o en el éxito del tratamiento, o a las dudas sobre sus riesgos o consecuencias, o a las propias convicciones sobre la calidad de vida, o a motivos políticos o estratégicos, como sucede en las huelgas de hambre) seguramente el supuesto de rechazo más típico y conflictivo es el que tiene lugar por motivos de conciencia, y por ello nos vamos a centrar básicamente en él. La segunda es que las consideraciones que hagamos sobre el rechazo de tratamientos por motivos de conciencia son extrapolables a los rechazos que se producen por cualquier otro motivo. Ello es así porque el hecho de que el rechazo venga animado por motivos de conciencia no hace sustancialmente distinto el problema que se plantea y que no es otro que el de qué hacer, respetar la voluntad-autonomía del paciente aún a riesgo de que muera o se deteriore gravemente su salud o aplicar

el tratamiento en contra de su voluntad; y la presencia de los motivos de conciencia lo único que hace es acentuar o reforzar la protección que merece la voluntad-autonomía del paciente. En suma, lo que está en cuestión en todos los casos de rechazo es el alcance y la importancia que se concede al principio de autonomía del sujeto en los asuntos que afectan a su salud. La única diferencia reside en que en el primer supuesto el rechazo se formula (y se pretende justificar) como un ejercicio de la libertad ideológica y de conciencia, mientras que en el segundo se formula (y se pretende justificar) como un ejercicio de la libertad-autonomía.

2.2 Caracterización del conflicto: concepciones del derecho a la vida

Todos los supuestos de rechazo (sean o no por motivos de conciencia) plantean básicamente un mismo cuadro de problemas y tensiones: de un lado el médico debe hacer cuanto esté en su mano para salvar la vida del paciente, como exige el principio de beneficencia, y a veces ese "hacer cuanto esté en su mano" puede requerir justamente la aplicación del tratamiento que el paciente rechaza; pero de otro lado tiene también el deber de respetar la voluntad del paciente, como exige el principio de autonomía. Desde el punto de vista jurídico el problema constituye un conflicto entre derechos o bienes constitucionalmente protegidos. Por un lado el derecho a la vida del paciente, pues es la protección de la vida lo que justifica el principio de beneficencia que obliga al médico a hacer cuanto esté en su mano por preservarla. Por otro lado la libertad (libertad-autonomía o libertad de conciencia, tanto da) del paciente, pues es esa libertad lo que justifica el derecho del paciente a rechazar un tratamiento y la obligación del médico de respetar esa decisión. Cómo haya de resolverse este conflicto de derechos constitucionales es justamente la cuestión polémica, y la respuesta depende en última instancia del alcance que se le dé a la autonomía de la voluntad del paciente (o a su libertad de conciencia, si el rechazo se formula por motivos de conciencia) cuando está en riesgo la vida; es decir, depende de cómo se conciba el derecho a la vida que la Constitución protege. Estamos aquí, en definitiva, ante el problema de determinar si ha de respetarse la decisión libremente adoptada aunque ello conlleve un alto riesgo de muerte o si, por el contrario, existe un deber (constitucional) de vivir contra la propia voluntad.

Dos son las soluciones posibles a este conflicto, dependiendo de que la vida se conciba en su estricta cualidad físico-existencial o que se conciba como un bien inescindible de la capacidad de autodeterminación del individuo. En el primer caso la vida deberá protegerse incluso frente a su titular; en el segundo la vida no puede protegerse contra la voluntad de su titular.

En efecto, según una opinión (hasta ahora mayoritaria) la vida, entendida en clave de existencia físico-biológica, no es un derecho como los demás, sino que es la base para el ejercicio de todos los demás derechos. Es una especie de "superderecho" con carácter preferente sobre el resto de derechos. Por eso -se sostiene- la vida que protege el artículo 15 CE tiene carácter absoluto, inalienable, indisponible e irrenunciable, lo que significa que el Estado (y en particular la Sanidad Pública) tiene la obligación de proteger la vida frente a todos, incluso frente a su titular. Más que como un derecho, la vida se concibe como un derecho-deber. O, por usar otra expresión al uso, el artículo 15 CE no garantiza un derecho a la muerte. Por ello la asistencia médica coactiva (como cualquier otra medida paternalista encaminada a preservar la vida) está justificada. El consentimiento de la persona es irrelevante: hay que garantizar la vida en todo caso.

Según otra opinión (aún minoritaria pero que cada día gana más terreno), para conocer el contenido y alcance del derecho a la vida hay que ponerlo en relación con el resto del texto constitucional, y en particular con el artículo 10 CE, relativo a la dignidad de la vida y al libre desarrollo de la personalidad. La dignidad de la persona, según esta posición, más allá de la consabida retórica al uso, consiste específicamente en que ésta pueda ser modeladora y definidora de sí misma, en que tenga la condición de ser aquello que quiere ser. De ello deriva que la Constitución no protege una vida cualquiera, sino una vida digna, es decir, libremente querida y autodeterminada. Si se quiere, en la vida protegida por la Constitución no prima la dimensión biológica sobre la capacidad de decisión libre y autónoma. El derecho a la vida significa que se tiene derecho a vivir y a morir. En suma, el derecho a la vida no es absoluto, sino relativo: la vida es un bien disponible para la persona plenamente consciente, libre y responsable. No hay, pues, confrontación entre la vida y la libertad (libertad ideológica o libertad-autonomía), pues la vida constitucionalmente protegida es la vida libremente elegida.

2.3 Posición jurisprudencial dominante: la vida como deber

El caso más frecuente de rechazo de tratamientos por motivos de conciencia lo representa quizás el rechazo a las transfusiones de sangre por los testigos de Jehová. La resolución de estos conflictos ha originado ya múltiples pronunciamientos jurisprudenciales y en los altos tribunales españoles domina abrumadoramente la primera de las posiciones apuntadas: la que concibe la vida, *in fine*, en términos de santidad, como un valor intangible. Lo que sigue es un breve resumen de esa posición jurisprudencial que puede extenderse también al rechazo de cualquier otro tratamiento médico, ya sea por motivos de conciencia o por otros distintos.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, el criterio por el que han de regirse los profesionales de la medicina en los casos en que el paciente rechaza un tratamiento que implica transfusión de sangre son los siguientes:

(i) *Cuando pueda prescindirse del tratamiento sin que ello conlleve un grave peligro para la vida del paciente*, como por ejemplo cuando puedan ofrecerse otros tratamientos o productos alternativos que estén disponibles y que puedan estimarse eficaces de acuerdo con criterios científicos⁶, habrá que respetar la voluntad del paciente. Por lo demás, si el paciente es un menor, aunque la decisión última sobre su "bienestar" (o sea, aquello que más le conviene) corresponda a sus representantes legales, también habrá que tener en cuenta sus opiniones y deseos⁷.

(ii) *Si la vida del paciente corre grave peligro y el médico estima que la transfusión es el único remedio eficaz disponible para salvarla*, tiene que realizar la transfusión, incluso contra la voluntad del paciente.

Para el Tribunal Supremo, en efecto, el conflicto suscitado en estos casos entre el derecho a la vida y la libertad religiosa y de conciencia ha de resolverse dando "preeminencia absoluta al derecho a la vida, por ser el centro y principio de todos los demás derechos"; es decir, debe resolverse con una intervención médica coactiva, si fuera necesario. Cabe destacar esta interpretación en la STS 27/03/1990 (Sala Segunda) o en algunos Autos anteriores de esa misma Sala, donde además, en consonancia con la tesis de la indisponibilidad de la vida, se recuerda que cuando los médicos acudan al juez para que les indique qué han de hacer en un caso de estos, éste viene obligado a autorizar las transfusiones necesarias si no quiere incurrir en un delito de cooperación pasiva al suicidio o de omisión del deber de socorro⁸; o se rechaza que la autorización judicial de la transfusión suponga un atentado contra la

6. Por ejemplo, técnicas y aparatos quirúrgicos para detener las hemorragias; técnicas operatorias para reducir la hemorragia durante la cirugía; agentes hemostáticos para detener las hemorragias; o terapias y técnicas para el tratamiento de la anemia.

7. Este es el sentido de la Convención de los derechos del niño de la ONU, de 1989, que establece que cuando el niño esté en condiciones de formarse un juicio propio sus opiniones sobre los asuntos que le afecten deberán tenerse en cuenta en función de su edad y madurez, y del art. 6.2 del Convenio de Oviedo. Y el mismo espíritu inspira la Ley española de Protección Jurídica del Menor (1996) y el art. 9 de la Ley de Autonomía del Paciente de 2002. Además el Tribunal Constitucional, en una polémica sentencia sobre rechazo de un menor y de sus padres a una transfusión de sangre (la STC 154/2002, de 18 de julio) ha respaldado también la tesis de que los menores son titulares plenos de su derecho a la libertad de creencias, sin que el ejercicio del mismo se abandone por entero a lo que puedan decidir quienes tengan atribuida su guarda y custodia.

8. Así, el Auto del TS de 14 de marzo de 1979 (Sala 2ª).

libertad religiosa y de conciencia, con el argumento de que esta libertad, según la L.O. de Libertad Religiosa (art.3.1), encuentra sus límites en "la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública"⁹. El Tribunal Constitucional, por su parte, mantiene la misma posición en el Auto 369/1984 de 20 de junio, pues entiende que la libertad religiosa del artículo 16.1 CE tiene como límite la salud de las personas, sin entrar a considerar siquiera el hecho de que se trate de la salud de la propia persona que objeta el tratamiento. Cuando los sujetos implicados son menores de edad el Tribunal Supremo se muestra aún -y como es obvio- más tajante. Si el menor se encuentra en inminente peligro de muerte es obligación de los médicos aplicar el tratamiento, como es obligación del juez de guardia conceder el permiso para ello si fuera solicitado por los médicos. Es de resaltar a este respecto el Auto del Tribunal Supremo de 27/9/1978. Los padres de una menor interpusieron una querrela contra el juez de guardia, quien, requerido por el equipo médico, había ordenado que se practicara a su hija una transfusión de sangre que necesitaba, ignorando la negativa de sus padres, que la rechazaban por ser Testigos de Jehová. El TS rechazó la querrela por considerar que la menor se encontraba en una situación de inminente peligro de muerte, por lo que los médicos (y el juez de guardia) no sólo no habían obrado mal, sino que estaban obligados a actuar así.

En resumen, de acuerdo con los criterios asentados por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo, en línea de principio el médico tiene la obligación de respetar la libertad de los pacientes competentes que rechazan un tratamiento (y si son menores ha de tomar en consideración su opinión en función de su edad y grado de madurez), lo que significa que debe explorar y tratar de aplicar otras alternativas terapéuticas. Pero si la vida del paciente corre peligro y no existen otras alternativas terapéuticas (lo que seguramente sólo sucederá en casos extremos) no sólo no es reprochable que actúe contra la voluntad de éste, sino que está obligado a hacerlo. Máxime si el paciente es un menor. Por lo demás, esta posición jurisprudencial es la que ha recogido el Código de Ética y Deontología Médica, cuyo artículo 9.4 establece que "el médico en ningún caso abandonará al paciente que necesitara su atención por intento de suicidio, huelga de hambre o rechazo de algún tratamiento. Respetará la libertad de los pacientes competentes. Tratará y protegerá la vida de todos aquellos que sean incapaces, pudiendo solicitar la intervención judicial, cuando sea necesario".

2.4 Una interpretación alternativa: la vida libremente querida y autode-terminada

La posición jurisprudencial dominante que se acaba de describir se muestra

9. Autos del TS de 22 de diciembre de 1983 y de 25 de enero de 1984.

poco respetuosa con la libertad de conciencia en particular y con el principio de autonomía en general, principios ambos que quedan arrinconados con esta interpretación profundamente paternalista (y perfeccionista) y de cuestionable justificación cuando los pacientes son sujetos competentes, es decir, capaces de deliberar sobre sus objetivos personales y actuar bajo la dirección de dicha deliberación. Respetar la autonomía, como sostenía el Informe Belmont, "es dar valor a las opiniones y elecciones de las personas así consideradas y abstenerse de obstruir sus acciones, a menos que éstas produzcan un claro perjuicio a otros". Por eso, si el paciente es adulto y puede entenderse que ha adoptado su decisión libre y voluntariamente no se ve por qué razón no habría que respetarlo, aunque con ello ponga en riesgo su vida. Máxime en un Estado que proclama su carácter laico y liberal, pues la máxima liberal establece -recuérdese- que la única razón que autoriza a un Estado a usar la fuerza sobre un individuo es la necesidad de proteger los derechos de otros individuos. Por lo demás, y como antes se indicó, tanto la Ley española de Autonomía del Paciente, de 2002, como el Convenio de Oviedo contemplan el derecho del paciente a rechazar un tratamiento. Y frente a ello no cabe decir -apoyándose en una argumentación usada en ocasiones por los tribunales en relación con la negativa a las transfusiones de sangre de los testigos de Jehová- que quien rechaza un tratamiento por motivos religiosos poniendo en riesgo su vida no está en pleno uso de sus facultades mentales y en consecuencia no puede ser considerado un sujeto competente y autónomo; no cabe decir que este tipo de profesiones de fe e "irracionales" creencias son equivalentes desde el punto de vista jurídico a un "trastorno mental transitorio" o a una "obcecación del juicio"¹⁰, pues esta asimilación resulta moral y socialmente ofensiva. Considerar una creencia que no se comparte como un caso de enajenación mental es ofender al grupo que la comparte y, de paso, establecer una distinción entre creencias buenas y respetables (las propias) y creencias que no merecen respeto (las ajenas). El derecho no debe calificar o descalificar las creencias, sino tan sólo aceptar o reprobar los actos que se ejercen en virtud de

10. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo, en STS 27/03/1990 dictada a propósito de un caso de homicidio por impedir una transfusión de sangre a una testigo de Jehová, consideró la acción típica y antijurídica, pero atenuada por entender que la actuación del acusado (también testigo de Jehová) conforme a los dictados de su religión era equivalente a la alteración psíquica: "el dogmatismo y la rigidez de los esquemas morales en la indicada opción religiosa, ...conducen a una ofuscación del raciocinio...a un estado pasional caracterizado por el disturbio derivado del aludido orden de valores que merman... la capacidad psicológica del sujeto". Es evidente que el TS usa esta asimilación entre creencias religiosas y ofuscación del raciocinio para rebajar el reproche penal que la conducta homicida merece cuando viene motivada por fuertes creencias religiosas, pero cualquier tentación de extrapolar ese argumento para recortar la voluntad-autonomía de un adulto competente que rechaza un tratamiento poniendo en riesgo su vida resulta inaceptable desde la óptica de un Estado liberal, plural y laico, y por ello mismo debe ser conjurada.

las mismas, pero esa aceptación o reprobación ha de hacerse con los mimbres del propio Estado de derecho y de la máxima liberal.

Lo anterior, insistamos en ello, vale para el caso de un adulto consciente y capaz, no cuando el paciente sea un menor o un incapaz intelectual y emocionalmente, aunque no haya sido incapacitado legalmente, y sean sus representantes legales quienes rechazan el tratamiento. En estos casos no está en juego la libertad de conciencia frente a la propia vida, sino frente a una vida ajena. Más exactamente, lo que se enfrenta aquí es la libertad de conciencia de los padres o los representantes legales con la vida o la salud del menor o incapaz, y el ordenamiento no puede abdicar de su deber de protegerla y, por tanto, de aplicar el tratamiento si fuera necesario; lo cual no impide, naturalmente, que, según el criterio médico, puedan emplearse tratamientos alternativos que no pongan en peligro la vida del menor. Con todo, un caso particularmente delicado se plantea cuando es un menor maduro (y no sus padres) quien rechaza personal y seriamente la transfusión. Esta es una hipótesis especialmente conflictiva, pues, de un lado, las decisiones del menor maduro merecen respeto, en línea con el espíritu de los documentos nacionales e internacionales antes mencionados; pero, de otro lado, hay que hacer todo lo necesario para proteger su salud o su vida hasta que, llegado a la edad adulta, pueda asumir las consecuencias más trascendentales de sus propias decisiones. Por eso en estos casos -con mayor razón que en los de un menor no maduro- habría que tratar de suministrar al paciente terapias alternativas mientras sean efectivas y no pongan en grave peligro su vida, pero si esto no se considera adecuado el médico (y el juez de guardia si se pidiera su orientación) deberá actuar en defensa de la vida del menor.

Aunque la jurisprudencia sostenida por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional es contraria a este modo de ver las cosas, en otras instancias judiciales se ha ido abriendo paso una jurisprudencia distinta y coincidente o más acorde con esta posición. Así ha sucedido en algunos pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla-la Mancha y Extremadura, que sostienen que el rechazo de transfusiones por motivos religiosos no puede considerarse contrario ni a la seguridad pública, ni a la salud, ni a la moral pública ni a la protección de los derechos y libertades de los demás. O en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que sostiene -frente a la tesis del Tribunal Supremo- que "si el paciente es mayor de edad y adopta su decisión libremente (...) el Juez no tiene obligación ineludible de conceder autorizaciones para realizar transfusiones". Y ello porque toda transfusión entraña un evidente riesgo y admite soluciones alternativas que también entrañan un riesgo, por lo que el pro-

blema del rechazo a la transfusión ha de verse como un problema de elección de riesgos y "es erróneo el planteamiento de hacer prevalecer en todo caso el derecho a la vida, debiendo tenerse en cuenta la libertad del individuo" y sus creencias religiosas¹¹. Por lo demás, en la jurisprudencia constitucional cabe encontrar algún respaldo a la tesis de que no cabe imponer coactivamente un tratamiento ni siquiera en situaciones de riesgo vital. Me refiero a las SSTC 120 y 137/1990, relativas a la huelga de hambre de los GRAPO, donde el TC consideró que la asistencia médica obligatoria a los presos (consistente en alimentarlos forzosamente por vía parenteral para evitar el riesgo de muerte) estaba justificada por encontrarse éstos en una relación de "sujeción especial" con la Administración; de donde puede interpretarse, a contrario, que cuando no exista esa relación de sujeción especial será necesario el consentimiento para recibir un tratamiento médico; o sea, que uno es dueño de poner en peligro su vida si lo asume libremente y sin coacciones.

Ahora bien, aun cuando -como resultaría coherente con el respeto a la libertad (de conciencia o no, es lo de menos)- terminara imponiéndose esta manera de ver las cosas podrían plantearse otros problemas. Podría suceder, por ejemplo, que el paciente, por su estado, no pueda manifestarse pero sus familiares, amigos o correligionarios se opongan a la transfusión o a cualquier otro tipo de tratamiento alegando que esta es la voluntad del paciente. Nos hallaríamos aquí ante problemas de prueba. Habría que probar fehacientemente que el paciente se hubiera opuesto al tratamiento de haber podido expresarse. A estos efectos, por ejemplo, no debería bastar con acreditar la pertenencia del paciente a una confesión cuyo credo es contrario a la transfusión, pues a nadie (profese las creencias que profese) debería presuponersele actitudes heroicas o de sacrificio; por ello, y dadas las repercusiones posibles en terceras personas (en los médicos o en el juez al que se solicita la autorización oportuna) quizás no sería excesivo exigir que su oposición a la transfusión constara documentalmente, en las instrucciones previas o testamento vital¹², o que se acreditara por cualquier otro medio fidedigno. Por último, otra cuestión que cabe plantear es si se puede aplicar coactivamente un tratamiento cuando estén implicados derechos de terceros. Por visualizarlo con casos concretos, ¿habría que respetar la voluntad de una mujer embarazada de no ser mantenida artificialmente con vida si esa actuación

11. Sentencia del TSJ de Castilla-la Mancha de 15 de abril de 1991; Sentencia del TSJ de Extremadura de 4 de marzo de 1992; y Auto del TSJ de Madrid de 23 de diciembre de 1992.

12. En este sentido, C.M.Romeo Casabona, "La objeción de conciencia en la praxis médica", en *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996, págs. 77-78.

permitiría que su hijo naciese?. Y si una mujer embarazada testigo de Jehová rechaza una cesárea que no puede realizarse sin transfusión, poniendo así en peligro la vida del feto además de la suya propia, ¿tiene derecho a que se respete su decisión de que no se le practique la cesárea?. Es verdad que estos casos son especialmente conflictivos, pero quizás la presencia en ellos de derechos o intereses de terceras personas obligaría a responder negativamente estas preguntas y aplicar el tratamiento. Esta fue, por ejemplo, la tesis mantenida en la sentencia británica *ReS (Adult Refusal of Medical Treatment)* [1993] Fam 123.

3. La salud como derecho, ¿y como deber?

Pero la protección de la salud también puede generar conflictos con la libertad-autonomía de los individuos ya no en su calidad de pacientes, sino en su simple condición de ciudadanos sujetos por tanto a deberes ciudadanos. Así sucede, dicho muy simplemente, cuando el Estado impone (o pretende imponer) restricciones a la libertad de los sujetos en aras de la protección de su salud. Constituyen ejemplos de estas restricciones el deber de llevar el cinturón de seguridad en los vehículos a motor; o el deber de llevar casco en los ciclomotores; o la prohibición de consumir drogas, o de fumar. Algunas de estas restricciones son aceptadas con normalidad pero otras, en cambio, están siempre en el centro de la polémica. Precisamente por eso tiene sentido preguntar: ¿están justificadas estas restricciones?; y si lo están, ¿cuándo o en qué condiciones?. Y otra importante cuestión: en el caso de que estén justificadas, ¿qué tipo de consecuencias pueden anudarse a ellas?; y en concreto, el incumplimiento de estos deberes o restricciones ¿puede justificar la denegación de la asistencia sanitaria?.

3.1 La injustificabilidad de los deberes puramente paternalistas

Lo que tienen en común los deberes u obligaciones que comentamos es que en línea de principio tienen como objetivo inmediato la preservación de la propia salud, en sentido amplio. La obligación de llevar abrochado el cinturón de seguridad en los vehículos en circulación tiene como objetivo inmediato evitar daños graves en la integridad de las personas en caso de un eventual accidente; y lo mismo puede decirse de la obligación de llevar casco que se impone a los motoristas. La prohibición de consumir drogas (o cierto tipo de drogas) tiene como objetivo inmediato evitar el grave deterioro en la salud física y psíquica que la adicción a las mismas comporta; y la prohibición de fumar, aunque puede tener como objetivo proteger a los no fumadores conservando los espacios comunes libres de humos, qué duda cabe que de manera concomitante suele per-

seguir también una reducción del consumo de tabaco entre los fumadores. Es evidente que consideradas de este modo las restricciones a la libertad individual que estamos considerando constituyen de algún modo medidas paternalistas, esto es, limitaciones a la libertad-autonomía de los sujetos con el objetivo inmediato de preservar su salud (en definitiva, por su bien, porque es lo que más les conviene). Ahora bien, en mi opinión, en la medida en que consideremos que estas restricciones son puramente paternalistas, porque preservar la salud o el bien de los individuos sujetos a ellas no sólo es su objetivo inmediato sino que es además su único objetivo, carecen de justificación. O más exactamente, carecen de justificación en un sistema político-jurídico tejido con los mimbres de la filosofía liberal.

El paternalismo, en efecto, carece de justificación porque colisiona frontalmente con el principio de autonomía individual, que constituye el postulado básico de la filosofía política liberal sobre la que se asienta toda la tradición de los derechos que inspira el constitucionalismo democrático. Dicho principio expresa el deber de respetar la autodeterminación de un individuo y supone reconocer su derecho como persona a decidir sobre los asuntos que le conciernen, en este caso sobre su vida y su salud. Tras el principio de autonomía moral o autodeterminación del individuo se vislumbra, pues, un compromiso con la máxima liberal que establece -según la clásica tesis de Mill- que la única razón que legitima para usar la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle hacer daño a otros; es decir, la máxima que proscribe los deberes paternalistas.

Es verdad que desde la óptica liberal es posible sostener que algunos deberes paternalistas pueden estar justificados: en concreto aquellos que se basan en la "restauración" de la autonomía personal; es decir, los que tienen por objeto proteger a un sujeto que carece de competencia básica (por ejemplo, un niño)¹³ justamente en aras de la recuperación futura de la autonomía. De hecho lo que se sostiene es que el principio de autonomía tal y como lo hemos formulado (capacidad de decisión sobre los propios asuntos siempre que de ello no se derive un daño a terceros) no actúa de forma absoluta sino que juega bajo determinadas condiciones: el principio obliga siempre y cuando pueda suponerse que el individuo cuya decisión se respeta está realmente en condiciones de adoptarla

13. E. Garzón Valdés, que propone esta justificación del paternalismo, llama "competencia" a "la capacidad de una persona para hacer frente racionalmente o con una alta probabilidad de éxito a los desafíos o problemas con los que se enfrenta, vid. "Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", Doxa, núm. 5 (1988), pág. 165.

autónomamente. Cuando tales condiciones no se den porque el sujeto afectado esté en una situación de incompetencia básica estará justificada la acción paternalista. La justificación del paternalismo, o el principio de paternalismo como algunos lo llaman, podría formularse, pues, del siguiente modo: <<Es lícito tomar una decisión que afecta a la vida o salud de otro si: este último está en una situación de incompetencia básica, y la medida supone un beneficio objetivo para él, y se puede presumir racionalmente que consentiría si cesara la situación de incompetencia>>¹⁴.

En definitiva, las restricciones a la libertad en aras de la protección de la salud son medidas paternalistas que en un sistema político-jurídico que se reclame liberal sólo resultan admisibles cuando estemos ante una situación de incompetencia básica, pues en estos casos la medida se justifica por la necesidad de preservar el bienestar y la salud del sujeto hasta que, alcanzada o recuperada la competencia necesaria, pueda decidir por sí mismo como sujeto autónomo. Fuera de estos supuestos éstas (o cualesquiera otras) medidas paternalistas carecen de justificación.

3.2 La responsabilidad social de los individuos como criterio de justificación de las restricciones a la libertad en beneficio de la propia salud

a) El sistema de protección de la salud como bien social (y constitucional) de primer orden

La injustificabilidad del paternalismo en un sistema que se reclame liberal no excluye que puedan existir otras posibilidades de justificación de medidas restrictivas de la libertad individual que tengan como objetivo inmediato, aunque no final, preservar la salud de los propios sujetos cuya libertad se restringe. Se trata, en concreto, de que, teniendo en cuenta por un lado que la salud es un bien primario y el sistema de protección de la salud para todos los ciudadanos juega un rol político de primer orden, y teniendo en cuenta también por otro lado el carácter limitado y costoso de los recursos para atenderlo, tiene sentido preguntar si cabe limitar la autonomía de los individuos para proteger su salud y de este modo minimizar o contener el gasto sanitario. De hecho, y según creo, apelar a la responsabilidad del individuo en la protección de intereses sociales de primer orden es la única posibilidad de justificar restricciones a la libertad-autonomía para preservar la propia salud.

14. Vid. M. Aienza, *Juridificar la bioética* (1999), ahora en *Bioética y Derecho*, Lima, Palestra, 2004.

El sistema de protección de la salud representa un interés social (y hoy también constitucional) de primer orden. Una de las indudables virtudes de la ideología del Estado social es el reconocimiento constitucional del derecho a la salud (o a la protección de la salud) y hoy en día, al menos en los países de nuestro entorno, nadie pone en duda, ni siquiera desde postulados netamente liberales, que la posibilidad de que todos los individuos tengan garantizada una atención sanitaria de calidad es uno de los factores que más y mejor contribuyen a la igualdad de los individuos y al progreso social. Si puede decirse así la salud es un bien primario, es decir un bien que se supone que un individuo racional desearía tener en tanto que medio para conseguir sus fines, y que por tanto debe ser asegurado a toda la población¹⁵; de hecho, la principal razón política para tener un sistema público de protección de la salud es preservar o restaurar la salud de los ciudadanos y contribuir así a garantizar la igualdad de oportunidades entre ellos como miembros de la sociedad libres e iguales¹⁶. Esto no implica necesariamente que el sector público deba ofrecer a toda la población cualquier cuidado sanitario de forma gratuita: lo relevante es que el Estado garantice que, ante una enfermedad, nadie se quede sin cuidados médicos esenciales o se vea condenado a la pobreza para poder pagarlos; en definitiva, que garantice a todos un mínimo sanitario decente¹⁷.

Ahora bien, lo que permite que en el seno de un Estado todos los individuos tengan garantizada una atención sanitaria decente es la articulación de todo un sistema de prestaciones sanitarias (médicas, farmacéuticas, de prevención, etc.) cuyo mantenimiento resulta económicamente muy costoso y que requiere por tanto un serio esfuerzo financiero. Pues bien, precisamente porque el objetivo del sistema es moralmente valioso (garantizar que todos los individuos tengan cubiertas sus necesidades en materia de salud y que tengan así un nivel normal de oportunidades) y los medios para alcanzarlo son costosos, se comprende que en este ámbito la evitación del despilfarro, la optimización de los recursos y el principio de utilidad sean criterios que adquieren una importancia grande y un incuestionable valor moral. Con todo, no se trata sólo de optimizar los recursos y de evitar el despilfarro. Cabe preguntarse también si los ciudadanos, en cuanto potenciales usuarios de un sistema público de atención sanitaria que juega un

15. Esta es la definición de bienes primarios en la teoría de la justicia de J. Rawls.

16. Esta sería la tesis de J. Rawls en *Justicia como equidad* y de N. Daniels en *Just Health-Care*, Cambridge University Press, New York, 1985.

17. Puede encontrarse una ilustrativa y completa exposición de los principales argumentos para la defensa de un derecho a la protección de la salud en A. Zúñiga, *Justicia distributiva y derecho a la protección de la salud*, tesis doctoral dirigida por Pablo de Lora, Madrid, UNAM, 2006.

rol político de primer orden y que es costoso, no tienen alguna responsabilidad en el mantenimiento del mismo y en su óptimo aprovechamiento.

En efecto, puesto que el sistema es costoso, el empeoramiento general de la salud de los usuarios del mismo redundaría en un aumento de sus costes. Es obvio que la irresponsabilidad de un solo individuo que de manera imprudente asume riesgos para su salud no produce ningún menoscabo en el sistema, pero si un gran porcentaje de individuos se comportan irresponsablemente el resultado del comportamiento agregado de todos ellos podría dañarlo o ponerlo en peligro, con el consiguiente empeoramiento de las prestaciones materiales para todos los individuos. En otras palabras, si se multiplicaran este tipo de conductas se podría fracasar en la obtención de ese bien colectivo que es el sistema público de protección de la salud, con el resultado de que todos acabarían perjudicándose. Precisamente por eso puede sostenerse que los ciudadanos, en cuanto potenciales usuarios del sistema, tienen una responsabilidad social en su mantenimiento que se traduce en la obligación de no poner imprudentemente en riesgo su salud.

Las consideraciones que hemos hecho hasta aquí llaman la atención sobre dos cuestiones importantes. La primera es que el sistema de atención sanitaria y de protección de la salud en general es un bien social altamente valioso. Valioso incluso desde la perspectiva constitucional, pues el reconocimiento del derecho a la protección de la salud en la Constitución sólo puede considerarse efectiva y no sólo formalmente existente en el marco de un sistema de atención sanitaria que proporcione a todos los individuos las prestaciones necesarias en materia de salud. La segunda cuestión que ponen de relieve las consideraciones anteriores es que si el sistema de protección de la salud es un bien constitucionalmente valioso, entonces -apelando a la responsabilidad social de los ciudadanos en su mantenimiento- podrían estar constitucionalmente justificadas algunas medidas cuyo fin o razón de ser sea precisamente garantizar o preservar ese bien. Se trataría, pues, desde una óptica distinta, de dar una respuesta al clásico problema del *free-rider* (pasajero gratuito o gorrón), que aparece cuando el interés privado, el egoísmo o la irresponsabilidad individual impiden la obtención de un bien público¹⁸: la imposición de límites y restricciones a la propia libertad sería -siguiendo el esquema de Gauthier- la estrategia que, tras una reflexión meditada, adoptarían los sujetos guiados exclusivamente por criterios de autointerés¹⁹.

18. El problema del *free-rider* radica, muy resumidamente, en que existen individuos que se benefician de los bienes públicos sin sufrir sus costes o cargas, y ello debido a que no es posible excluirlos del consumo de tal bien. Sobre este y otros problemas de la acción colectiva, vid. M. Olson, *The Logic of Collective Action*, Harvard University Press, 1965.

19. D. Gauthier, *Morals by Agreement*, Oxford Clarendon Press, 1986.

Es justamente en este marco de consideraciones donde han de poder encontrar justificación las medidas que limitan la libertad-autonomía de las personas con el objetivo inmediato de preservar su propia salud. O más exactamente, en cuanto se trata de medidas restrictivas de la libertad, la posibilidad de justificación de las mismas ha de pasar el mismo test que cualquier otra decisión o medida pública limitadora de bienes o derechos constitucionales.

b) El test de justificación constitucional de las restricciones a la libertad en pro de la propia salud

En la teoría constitucional de las últimas décadas se denomina test de constitucionalidad o test de proporcionalidad o juicio de ponderación al esquema de justificación (o al examen de legitimidad) que ha de superar una medida limitadora de derechos o bienes constitucionalmente valiosos y que consiste *grosso modo* en considerar o evaluar el peso o la importancia que tienen en el supuesto que se juzgue cada uno de los bienes en juego (en nuestro caso la libertad-autonomía de los sujetos y el mantenimiento de un sistema público de atención a la salud) tratando de buscar una solución armonizadora, o sea una solución que en definitiva opmitice su realización en esos supuestos. Con todo, muchas veces esa solución conciliadora no es posible y el resultado de la ponderación consistirá entonces necesariamente en otorgar preferencia a uno de los bienes, derechos o intereses en pugna.

En detalle, los pasos de dicho test son los siguientes²⁰:

(i) *Fin legítimo*. La norma o medida limitadora examinada ha de presentar un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de otro principio o derecho: si no existe tal fin la medida es gratuita, y por tanto inconstitucional puesto que no resulta legítimo limitar la libertad gratuitamente.

Precisamente por eso las medidas puramente paternalistas, o sea aquellas que limitan la libertad-autonomía de los sujetos sin otra razón de ser que procurar su propio bien, resultan ilegítimas, pues restringen la libertad gratuitamente, sin una razón constitucional que lo justifique. Y también precisamente por eso las medidas restrictivas de la libertad de los sujetos que tienen como objetivo preservar su salud para coadyuvar al mantenimiento del sistema social de protección de la salud cumplen este primer criterio del test de constitucionalidad.

20. Sigo aquí la reconstrucción de L. Prieto, "Neoconstitucionalismo y Ponderación", en *Derecho y Proceso* (J.D. Moreno ed.), *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 5 (2001), págs. 216 ss.

(ii) *Idoneidad o adecuación*. La norma o medida limitadora examinada ha de ser adecuada, apta o idónea para la protección de ese fin legítimo. Si esa medida no es adecuada para la realización de ese fin constitucional, ello significa que para este último resulta indiferente que se adopte o no la medida en cuestión, y entonces, dado que sí afecta, en cambio, a la realización de otra norma constitucional, cabe excluir la legitimidad de la intervención. En suma, no se puede afectar o limitar un derecho si con ello no se gana nada²¹.

El juicio de idoneidad requiere, pues, examinar la medida en cuestión para evaluar si resulta o no apta o idónea para alcanzar el fin que persigue. En los casos que estamos considerando habría que evaluar si la medida resulta idónea para (preservar o no empeorar la propia salud como medio para) no aumentar innecesariamente el gasto del sistema de salud y contribuir así a su mantenimiento; es decir, a que el derecho a la protección de la salud que la Constitución reconoce a todos los ciudadanos sea realmente efectivo. Así, por ejemplo, parece que habría que concluir que la obligación de llevar casco que se impone a los motociclistas o la de llevar el cinturón que se impone a los ocupantes de un vehículo son medidas idóneas para alcanzar el fin indicado, pues los estudios científicos demuestran que, en caso de accidente, no llevar el casco o el cinturón aumenta considerablemente el número y la gravedad de los daños y lesiones producidas. Como también parece acreditado que el consumo habitual de tabaco o de ciertas drogas puede dañar seriamente la salud, por lo que su prohibición también pasaría el test de idoneidad. Más problemático resultaría, en cambio, considerar idónea la medida que prohíbe un cierto deporte de riesgo muy minoritario, pues el impacto que la "irresponsabilidad" de tan bajísimo porcentaje de gente pueda tener en la preservación del sistema de la salud es mínimo o nulo, y por consiguiente también es mínima o nula la ventaja que esa restricción de la libertad reportaría a dicho fin.

(iii) *Necesidad* de la norma o medida limitadora examinada. Ha de acreditarse que no existe otra medida que, obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, no resulte menos gravosa o restrictiva. Ello significa que si la satisfacción de un bien o principio constitucional puede alcanzarse a través de una pluralidad de medidas o actuaciones, hay que escoger la que menos perjuicios cause desde la óptica del otro bien o derecho en pugna. O si se quiere, que

21. Por lo demás, como indica R. Alexy, esta idea es sustancialmente coincidente con el óptimo de Pareto: una posición (la del principio afectado) puede ser mejorada sin que la otra (la del principio perseguido por la medida limitadora) empeore, vid. "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", REDC, 66, 2002, pág. 28.

de dos medios igualmente idóneos debe escogerse el más benigno con el derecho fundamental o principio afectado²².

El test de necesidad exige, pues, descartar que existen otros medios menos restrictivos pero igualmente idóneos para garantizar el fin constitucional que se pretende. Así, por ejemplo, con referencia a los casos que estamos considerando, podría convenirse en que la obligación de llevar casco de los motociclistas o la de llevar el cinturón de los ocupantes de un vehículo son medidas necesarias, pues a la luz de los conocimientos actuales no parecen existir otros medios que pudieran prevenir el riesgo de daños en caso de accidente de una manera igualmente eficaz pero menos gravosa para la libertad de los sujetos. Más dudoso resulta, en cambio, que la prohibición de consumir drogas o de fumar supere el test de necesidad.

Y es que, en efecto, el análisis de la idoneidad y el de la necesidad requiere hacer juicios de pronóstico sobre si tal medida será o no idónea o más benigna que otra para la consecución de un fin, por lo que no siempre resulta pacífico. Así, puede resultar que no haya un conocimiento sólidamente fundado que oriente claramente el juicio sobre la idoneidad o no de la medida restrictiva examinada, o sobre si esa medida resultará más o menos benigna que las otras medidas alternativas.

Por ejemplo, una ley que prohíbe el consumo y la comercialización de tabaco es una medida idónea para evitar los daños que el tabaco provoca en la salud, pero cabría poner en duda su necesidad, pues podría plantearse que su liberalización, así como unas adecuadas medidas pedagógicas y un adecuado control de la publicidad y de las sustancias tóxicas que se añaden al tabaco, resultan en su conjunto medidas más benignas para la libertad y seguramente más eficaces a la larga en la lucha contra el tabaquismo. Y otro ejemplo similar. Si está en cuestión una ley penal que sanciona la producción, comercialización y consumo del cannabis y se plantea si su liberalización, como medio más benigno para la libertad personal, puede resultar igualmente idóneo que la sanción penal para conjurar los peligros que dicha droga y su comercio ilegal originan (juicio de necesidad), es posible que la respuesta sea que "no se sabe". Es verdad que en estos casos, donde no hay conocimientos científicamente fundados que orienten claramente los exámenes de idoneidad y de necesidad, habría que reconocer la

22. También el criterio de necesidad es coincidente con el óptimo de Pareto: al existir un medio más benigno que otro e igualmente idóneo, puede mejorarse una posición sin que esto represente costes para la otra.

competencia del legislador para decidir con qué medios restringir los derechos fundamentales y en particular la libertad-autonomía; en otras palabras, en caso de duda el principio democrático impone la deferencia con el legislador, lo que exige que se respete su decisión a favor de la prohibición²³. Pero la deferencia con el legislador opera porque existen dudas, de manera que habrá que estar dispuestos a modificar la medida si surgieran nuevos datos que indiquen que la liberalización es un medio igualmente (o más) idóneo para conjurar los peligros de la droga.

(iv) *Test de proporcionalidad en sentido estricto*. Este requisito consiste en acreditar que hay un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora examinada, en orden a la protección de un bien constitucional, y los daños o lesiones que de dicha medida (o conducta) se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor constitucional. Alexy lo formula así: "cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un bien o derecho, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro"²⁴.

El juicio de proporcionalidad en sentido estricto puede desglosarse en tres pasos. Primero hay que definir el grado de no satisfacción o de afectación de un bien o derecho; es decir, hay que definir la intensidad de la intervención en ese bien o derecho. Después hay que valorar la importancia de las razones para la intervención; es decir, hay que valorar la importancia de la satisfacción del bien o derecho que juega en sentido contrario. Y finalmente hay que decidir si la importancia de las razones para la intervención justifica la intensidad de la intervención.

Es evidente que en algunos casos resultará relativamente fácil medir estas "intensidades" y grados de "importancia", pero en otros la cuestión resultará difícil o discutible. Por ejemplo, la prohibición de fumar sólo en determinados espacios públicos constituye una intervención (de intensidad) leve en la libertad de las personas, en cambio la prohibición total del tabaco habría que considerarla como intervención (de intensidad) muy grave. Si a las razones para la intervención (la protección de la salud -y derivadamente para el sistema de protección de la salud-

23. Aunque obviamente en ese caso la legitimidad de la medida será permanentemente puesta en cuestión por quienes entiendan que la liberación del comercio y consumo de la droga es más beneficiosa para la salud que su prohibición

24. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 161.

basada en datos poco discutibles: que fumar provoca cáncer, enfermedades cardiovasculares, etc.) se les atribuye una "importancia alta", el resultado del juicio de proporcionalidad en el primer caso parece evidente: se consideraría adecuada la medida; o si se quiere, prevalece la necesidad de proteger la salud. En cambio en el segundo caso ese resultado ya no estaría tan claro, pues aunque la importancia de las razones para la intervención sea alta, la intensidad de la intervención en la libertad de los individuos también lo es: es una intervención grave.

En resumen, lo que podría justificar una medida restrictiva de la libertad de los sujetos que se presenta con el objetivo inmediato de preservar su salud o de evitar daños en la misma es superar un test de constitucionalidad que se endereza a acreditar lo siguiente: 1º) Que lo que efectivamente se persiga en última instancia sea proteger o garantizar la eficacia del sistema de protección de la salud (y con ello la vigencia del derecho a la salud para todos) minimizando o conteniendo el gasto de un recurso que es costoso y escaso: el gasto sanitario; si esta condición no se da, es decir si la medida restrictiva no tiene su razón de ser en la responsabilidad social de los sujetos para la preservación de un bien social de primer orden como es la garantía del derecho a la salud para todos mediante el mantenimiento del sistema de salud, entonces es pura moralina paternalista. 2º) Que la medida restrictiva de la libertad sea realmente adecuada y necesaria para ello: si la medida no resulta adecuada o es innecesaria porque puede haber otras medidas alternativas que consigan el mismo objetivo con un menor sacrificio de la libertad, entonces su legitimidad será dudosa. 3º) Y finalmente ha de acreditarse que existe un equilibrio razonable entre la importancia de las razones para la intervención en la libertad (en nuestro caso la importancia de minimizar o contener el gasto sanitario) y la intensidad de la intervención. En todo caso lo que resulta claro desde la perspectiva liberal es que estas medidas no pueden considerarse justificadas apelando simplemente a su carácter paternalista, sin necesidad de ninguna otra justificación adicional. Por lo demás, si la justificación de estas medidas reposara en su carácter paternalista, o sea en que se adoptan e imponen al individuo por su propio bien, no se entendería por qué no se imponen al mismo tiempo restricciones a otras acciones o actividades (por ejemplo, ciertos deportes calificados justamente como "de riesgo") que comportan riesgos para la salud igual o más graves que las restricciones típicas que venimos comentando.

c) Excursus: la imposibilidad de denegar la asistencia sanitaria como "sanción" por el incumplimiento de estos deberes

Como anunciábamos al comienzo de este epígrafe, otra de las cuestiones importantes a elucidar con respecto a las medidas restrictivas de la libertad para

la promoción de la salud y derivadamente para el mantenimiento del sistema público de salud es determinar cuáles son las consecuencias que pueden anudarse a dichas medidas para el caso de su incumplimiento. En particular, interesa saber si el incumplimiento de estas medidas puede justificar la denegación de la asistencia sanitaria, o más exactamente, del acceso al sistema público de protección de la salud.

A mi juicio la respuesta a esta cuestión es clara y está vinculada al hecho de que la salud, al menos en nuestros sistemas jurídico-políticos, pertenece al discurso y al universo de los derechos²⁵. Si la salud es un derecho de tipo prestacional que se hace efectivo a través del establecimiento de un sistema público de protección de la salud, ningún individuo que con su conducta asuma (imprudentemente) riesgos para su salud puede ser "castigado" con la denegación de la atención sanitaria requerida y por consiguiente con la privación del derecho a la salud que la Constitución le reconoce.

Es verdad que si una medida que impone restricciones a la libertad de los individuos para proteger su salud (e indirectamente para garantizar la efectividad del derecho a la salud que la Constitución reconoce a todos) está justificada tiene sentido articular algún tipo de sanciones o consecuencias negativas para los infractores como modo de asegurar su cumplimiento. Pero tales "sanciones" no pueden consistir en ningún caso en la derogación del derecho a la salud: el derecho a la protección de la salud es inderogable porque tiene naturaleza constitucional y por eso mismo el acceso a la atención sanitaria requerida no puede hacerse depender de la responsabilidad social del individuo en su óptimo mantenimiento. En otras palabras, la falta de responsabilidad social de un individuo con el sistema de protección de la salud puede acarrear sanciones, pero tales sanciones no pueden consistir en la anulación de su derecho a la protección de la salud. Lo anterior resulta especialmente incuestionable en los supuestos de solvencia del sistema de protección de la salud, pues en este caso privar de atención sanitaria a quien la necesita sólo porque desobedeció una norma que pretendía evitar poner en riesgo su salud, es decir sólo porque no mostró la responsabilidad social debida, aparte de inconstitucional resulta moralmente mezquino. Pero también sería incuestionable en los supuestos de escasez o insuficiencia de recursos. Lo que podría resultar adecuado (y constitucionalmente legítimo) es

25. Y pertenece al discurso y al universo de los derechos no sólo en el plano moral sino también en el plano constitucional. No importa recordar a este respecto que las constituciones que incorporan el principio del Estado social consagran el derecho a la (protección de la) salud de los ciudadanos. La Constitución española lo reconoce expresamente en su artículo 43.

arbitrar para determinadas prestaciones fórmulas de cooperación económica en el gasto ocasionado (como el copago o algún tipo de impuesto) o incluso criterios de prelación en la atención sanitaria, pero no privar de la misma si se necesita y es posible ofrecerla. En todo caso hay que ser conscientes de que la articulación de estas fórmulas es una tarea delicada y susceptible de generar tensiones: pues ¿por qué, por ejemplo, otras actividades "de riesgo" socialmente admitidas habrían de quedar fuera de la restricción estatal?. El problema es que probablemente el único criterio plausible para discriminar entre las actividades de riesgo socialmente admitidas y las socialmente reprobadas sería el número de personas que las practican, y por consiguiente el impacto que su "irresponsabilidad social" pueda tener en la preservación del sistema de protección de la salud. Pero ello no evitará los problemas y las tensiones en la práctica.

En suma, aunque el argumento es simple y lineal no importa insistir en él: el derecho a la salud, y la posibilidad de acceso al sistema público de protección de la salud que es lo que lo hace efectivo dotándolo de contenido, corresponde a todos los ciudadanos porque la Constitución se lo reconoce, y ninguna norma o medida pública que prevea la posibilidad de su privación puede ser considerada conforme con la Constitución. Precisamente por ello, las eventuales medidas restrictivas de la libertad que puedan dictarse con el fin de asegurar el mantenimiento del sistema público de protección de la salud no sólo habrán de estar justificadas conforme al test de constitucionalidad que más arriba hemos visto, sino que, además, habrán de respetar otra exigencia (también constitucional): la "sanción" que se anude al incumplimiento de los deberes así justificados no puede consistir en ningún caso en la privación del derecho a la asistencia sanitaria.

LOS DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA Y SU TUTELA NO JURISDICCIONAL

Victor Manuel Martínez Bullé Goyri

Investigador de titular de tiempo completo

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Universidad Nacional Autónoma de México

Director General del Centro Nacional de Derechos Humanos

Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México

SUMARIO

1. *El contexto latinoamericano.*
 - A. *La situación política.*
 - B. *Los procesos constitucionales.*
 - C. *Las condiciones socioeconómicas.*

2. *El Ombudsman en América Latina y la tutela no jurisdiccional de los derechos humanos.*
 - A. *La aparición del Ombudsman en Latinoamérica.*
 - B. *El Ombudsman en México.*

1. El contexto latinoamericano

A. La situación política

Difícilmente puede entenderse y explicarse la situación que guarda la vigencia de los derechos humanos en la región latinoamericana, sin al menos un conocimiento panorámico del contexto sociopolítico que se vive en los países, así como de su evolución en los últimos veinticinco años, que han resultado definitivos para las condiciones actuales de la región.

De la misma manera, es necesario contar con un panorama de las condiciones de la vida democrática en el área; pues, como es generalmente reconocido, la vigencia de los derechos humanos tiene como presupuesto necesario la presencia de la democracia, en una relación de interdependencia, en la que tampoco puede hablarse de vida democrática si no hay condiciones de respeto y garantía de los derechos humanos¹.

Tal vez en ningún otro lugar la expresión de esta relación de interdependencia entre democracia y derechos humanos sea tan clara como en el desarrollo reciente de América Latina, pues en los últimos años hemos presenciado el crecimiento, desarrollo y consolidación de ambos en forma generalizada en la región; aunque en cada país se observen distintas dinámicas y formas de expresión, de acuerdo con el propio contexto.

En materia democrática, a principios de los años ochenta, América Latina se encontraba en situación gravemente deficitaria, ante la presencia aún de varios regímenes totalitarios, la transición de los regímenes militares a gobiernos civiles, procesos electorales amañados y carentes de credibilidad, ausencia de sistemas de partidos políticos realmente competitivos y sólidos, división de poderes sin vigencia real, por la concentración de funciones y poder en los ejecutivos, además de la subsistencia de movimientos armados y guerrilleros en varios países².

Latinoamérica estaba marcada, en general, por la ausencia de democracia, pues aún en los países con procesos electorales periódicos, como Colombia,

1. Cfr., Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*; trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999; Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, Dahl, Robert, *La democracia*, Buenos Aires, Taurus, 1999.

2. Situación que ha sido señalada por diversos autores reconocidos como acuciosos observadores políticos, como, por ejemplo, Touraine, Alain, *América Latina; política y sociedad*; trad. de Amuro Armiño, Madrid, Espasa-Calpe, 1989.

Ecuador y México, éstos carecían de legitimidad y operaban como simples mecanismos de simulación para sostener en el poder a sus detentadores.

Esta situación, evidentemente tuvo un impacto negativo en lo que a la vigencia de los derechos humanos se refiere, pues si bien las distintas constituciones de los países de la región contenían más o menos amplios catálogos de derechos, su vigencia era fundamentalmente formal, en gran medida por la inexistencia o pobre eficacia de los mecanismos para su tutela.

En este contexto, no puede dejar de sorprender que apenas veinte años después, hoy día la inmensa mayoría de los países en la región viven en regímenes que pueden calificarse como democráticos; con lo que puede afirmarse que la transición democrática, en el sentido descrito por Giovanni Sartori³, como un proceso dinámico que tiende a un ideal, va resultando exitoso en América Latina; aunque aún subsistan graves problemas políticos de autoritarismos, populismos y fundamentalmente problemas de carácter económico y de falta de desarrollo, lo que marca con el estigma de la desigualdad a toda la región⁴.

En estos veinte años se logró terminar, aunque por distintas vías, con los regímenes militares en los países del Cono Sur: Brasil, Argentina, Uruguay, Chile y Paraguay. En los dos últimos casos dando fin a las largas dictaduras de Augusto Pinochet (1973-1990) y Alfredo Stroessner (1954-1989), y con crueles y difíciles procesos en Argentina y Chile, donde la democracia permitió destapar los crímenes contra la humanidad y los graves atentados a los derechos humanos cometidos durante la dictadura en el caso chileno y los gobiernos militares en el argentino⁵.

En la región andina, se terminó también con los golpes y gobiernos militares en países como Bolivia y Perú, pero en su desarrollo la región en general ha estado marcada por la inestabilidad producida por los gobiernos populistas, aunque de origen democrático, y la marcada desigualdad y pobreza; además del caso especial de Colombia afectada por la guerrilla y el terrorismo⁶.

3. Sartori, Giovanni, "Democracia", *Revista de Ciencia Política*, Chile, núms. 1-2, 1991, pág. 119.

4. Cfr., Nohlen, Dieter y Bernhard Thibaut, "La transición en América Latina: enfoques, conceptos, tesis", en *Boletín Electoral Latinoamericano*, Costa Rica, núm. XII, julio-diciembre 1994, págs. 101-146.

5. Vid., Trinidad, Héglio, "Partidos políticos y la transición democrática: el populismo y el antipopulismo en la política de Brasil"; Catterberg, Eduardo Raúl, "El sistema de partidos políticos y la transición hacia la democracia en Argentina"; De Sierra, Jerónimo, "Sistemas y partidos políticos en el Uruguay de la crisis", todos en Meyer, Lorenzo y José Luis Reyna, coords., *Los sistemas políticos en América Latina*, México, Siglo XXI, 1992; García Cortázar, Fernando y José María Lorenzo Espinoza, *Historia del mundo actual 1945-1995*, Madrid, Alianza Editorial, 1996; Romero, José Luis, *Situaciones e ideologías en Latinoamérica*, México, UNAM, 1998.

6. Vid., Kaplan, Marcos, *El Estado latinoamericano*, México, UNAM, 1996.

Particularmente dramática fue la transición democrática en Centroamérica, donde, con la excepción de Costa Rica y Panamá, todos los países han vivido violentos movimientos armados, guerrillas y guerras civiles, que además de impedir el desarrollo de las instituciones democráticas generaron un medio propicio para la inseguridad y la presencia de graves violaciones a los derechos humanos, situaciones que sólo lograron superarse gracias a los procesos de diálogo y a los acuerdos de paz firmados entre los gobiernos y las fuerzas rebeldes, con el apoyo de la comunidad internacional.

En el caso de México, la transición democrática fue a paso lento, en el marco de las instituciones, sin acciones violentas, por medio de diversas reformas constitucionales y legales, así como con el desarrollo de instituciones electorales, que llevaron finalmente a la confiabilidad de los resultados de los procesos electorales y al fin de la larga etapa de gobiernos priístas, con la presencia de la alternancia en el año 2000⁷.

Resultado de esa transición democrática en Latinoamérica, es que hoy día el derecho al voto tiene un reconocimiento universal, sin restricciones, en toda la región; los padrones electorales tienen una cobertura promedio del noventa por ciento de los posibles votantes, y el índice de participación en los procesos electorales en la década de los noventa fue de 62.7%. Lo que nos coloca al nivel que tienen en forma global los países europeos, y muy por encima de países como los Estados Unidos que, no obstante su supuesto desarrollo democrático, en la misma década registró una participación de apenas 43%⁸.

En lo que a procesos electorales se refiere, entre los años 1990 y 2002 se desarrollaron en América Latina setenta procesos electorales, la mayoría de ellos sujetos a la observación de grupos y organismos especializados internacionales, de los cuales sólo en trece casos se presentaron problemas por conflictos postelectorales, los que se resolvieron en el marco de las instituciones y bajo la legislación establecida para tal fin. Únicamente en dos casos se presentaron conflictos y anomalías de tal gravedad que se puso en duda la legitimidad del proceso electoral⁹. En este contexto, es más que notorio el avance en la cultura democrática.

7. Cfr., Becerra, Ricardo, et.al., *La mecánica del cambio político en México*, México, Cal y Arena, 2000.

8. Cfr., Caputo, Dante, coord., *La democracia en América Latina*, Perú, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2004.

9. Nos referimos a los procesos electorales realizados en República Dominicana en 1994 y Perú en el año 2000.

tica de respeto a la voluntad popular expresada en el voto, constituyendo hoy los procesos electorales el único medio legítimo por el que se puede acceder a los altos cargos públicos en la región, lo que no sucedía hace unos cuantos años¹⁰.

Sin duda, uno de los obstáculos para el desarrollo democrático en América Latina lo constituía la debilidad del principio de separación de poderes y el notorio desequilibrio entre éstos, por la concentración de funciones y facultades que se daba en los poderes ejecutivos de la región, en una forma de perversión del sistema presidencial, identificada como presidencialismo; que en algunos países, como el caso de México, alcanzó tales niveles que en la práctica los otros poderes quedaban en los hechos subordinados al Ejecutivo.

El paulatino desarrollo democrático en la región significó también, necesariamente, el acotamiento del Ejecutivo, la mengua de sus facultades y, en consecuencia, el fortalecimiento del equilibrio entre los poderes¹¹. Por eso preocupan tanto los nuevos casos de autoritarismos y concentración del poder en el Ejecutivo que se están dando en los regímenes de corte populista; el gobierno de Chávez en Venezuela a la cabeza; pues significan echar por tierra dos décadas de desarrollo democrático de la región.

B. Los procesos constitucionales

La puesta en marcha y consolidación de los procesos democráticos en Latinoamérica se expresó, de manera natural y necesaria, en un amplio movimiento constitucionalista en la región¹². Las sociedades se encontraron con la necesidad de dar forma jurídica a su transformación política, así como al requerimiento de evitar la reversión de los procesos democráticos, con la vuelta de los regímenes autoritarios y los gobiernos militares. El nuevo orden constitucional se constituyó así en una garantía de la democracia, además de medio fundamental para el impulso de la cultura democrática.

La elaboración de las nuevas constituciones, o la realización de reformas trascendentes a los textos existentes, fue un común denominador en los países latinoamericanos en las últimas dos décadas del siglo pasado; pues el autoritarismo de los regímenes anteriores había impedido la modernización del sistema jurídi-

10. Idem.

11. Valadés, Diego, "El presidencialismo latinoamericano", en *Revista Parlamentaria Iberoamericana*, Madrid, núm. 2, 1986.

12. Cfr., Pinzón, Martha Lucía, "Constituciones latinoamericanas; aportes y perspectivas, en www.americasnet/Commentators/Martha_Pinzon/pinzon_94_spa.pdf, pág. 1.

co y político en los países, con lo que los textos constitucionales se habían quedado en la mayoría de los casos sin vigencia real, y sin corresponder a la realidad política y social de la región. Así se fue dando la renovación de los textos constitucionales: Chile en 1980, Honduras en 1982, El Salvador en 1983, Guatemala en 1985, Nicaragua en 1987, Brasil en 1989, Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Perú en 1993, Argentina y República Dominicana en 1994, Bolivia en 1995, Uruguay en 1996, Ecuador en 1998, Venezuela en 1999 y, finalmente, Costa Rica en 2001.

La reforma constitucional fue el medio no sólo para dar forma a la transición democrática, sino también para expresar la necesidad y concretar los nuevos mecanismos de control del poder, así como la aspiración social de contar con catálogos de derechos humanos más completos y desarrollados, especialmente enriquecidos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, así como en el desarrollo de mecanismos para su tutela y promoción que impulsaran su vigencia e impidieran las violaciones reiteradas y masivas que se habían dado en el pasado reciente.

En efecto, la renovación de los textos constitucionales permitió renovar la regulación de los derechos humanos contenidas en ellas, que en su mayoría mantenían textos decimonónicos, centrados más en la consagración de los derechos civiles y políticos, pero con una muy pobre incorporación y desarrollo de los derechos sociales y colectivos, y que hoy día en la mayoría de los textos constitucionales son regulados ampliamente, incluso en algunos textos se dedica un capítulo especial al desarrollo de esos derechos, como es el caso de las constituciones de Colombia, Ecuador, Salvador y Venezuela. Además, en general en todos los países los derechos sociales son concebidos ya no en el campo asistencial, sino como una obligación del Estado, con el mismo nivel de exigibilidad que los derechos civiles y políticos.

Especial mención merece el desarrollo en las constituciones latinoamericanas de los derechos de los pueblos indígenas, ya que no obstante el alto porcentaje de población indígena en la región, así como la riqueza cultural que esos pueblos representan, los textos constitucionales ni siquiera reconocían su existencia como tales.

Hoy día en la mayoría de los países de la región hay un amplio reconocimiento de los derechos de estos pueblos tanto a nivel constitucional como en leyes que los desarrollan, incluyendo, entre otros, sus derechos a su autonomía

y libre determinación; a la elección de sus autoridades; a la definición y conservación de sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural, a la conservación de sus sistemas jurídicos tradicionales de usos y costumbres y a su aplicación en la solución de sus controversias; a la conservación, uso y enriquecimiento de sus lenguas autóctonas; al acceso a educación bilingüe; al acceso a la justicia con asistencia de intérpretes en su propia lengua y al acceso preferente a los recursos naturales de su entorno.

Con la reforma de las constituciones se hizo necesaria la reforma también de la justicia constitucional, con la finalidad de brindar una adecuada protección y garantía a los nuevos textos; además de que era necesaria la modernización de los mecanismos de control constitucional.

En las últimas dos décadas se han creado nuevos órganos jurisdiccionales especializados en la defensa del orden constitucional. En los casos de Guatemala, Chile, Ecuador, Perú y Bolivia se establecieron cortes o tribunales constitucionales autónomos; mientras que en El Salvador, Costa Rica, Paraguay, Nicaragua y Venezuela han creado salas constitucionales en sus tribunales y cortes supremos¹³. No podemos dejar de mencionar la preocupación que existe en el medio jurídico latinoamericano por las agresiones que en los últimos meses están viviendo los órganos de control constitucional de la región andina por parte de los gobiernos populistas.

Como resultado de lo anterior, actualmente la justicia constitucional latinoamericana es el resultado de la combinación entre el control difuso de la tradición anglosajona y el control concentrado que corresponde a la tradición europea continental, por lo que puede afirmarse que América Latina tiene un sistema mixto de control constitucional¹⁴.

Paralelamente a la creación de instancias jurisdiccionales se desarrollaron mecanismos y procedimientos para hacer eficiente el control jurisdiccional, especialmente en lo que a la tutela y garantía de los derechos humanos se refiere. Así encontramos que el juicio de amparo se ha consolidado ya en la región

13. Vid., García Belaúnde, Domingo y Francisco Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.

14. Cfr., Fix Zamudio, Héctor, "Justicia constitucional y derechos humanos en Latinoamérica", en *La justicia constitucional en la actualidad*, Quito, Corporación, 2002, págs. 248-325; Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*; 3ª. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2002, en especial el capítulo cuarto, dedicado al derecho procesal constitucional en Iberoamérica.

como un medio sencillo, breve y eficiente para la tutela de los derechos, conjuntamente con el mandado de seguridad brasileño, que sirve además para la defensa de derechos colectivos. Igualmente se ha consolidado el *habeas corpus* y se han desarrollado nuevos procedimientos que ya han acreditado su eficacia para la tutela de los derechos humanos, como el *habeas data* y las acciones populares¹⁵. Con el desarrollo y consolidación de estos procedimientos los tribunales y salas constitucionales creados en los países latinoamericanos se han convertido en instancias de protección de los derechos humanos¹⁶.

En lo que a la promoción y tutela de los derechos humanos se refiere, además de la incorporación a nivel constitucional de la figura del *Ombudsman* en la mayoría de los países latinoamericanos, a la que nos referiremos más adelante, es de resaltar el esfuerzo que los países de la región han realizado en materia de incorporación del derecho internacional sobre la materia, pues la casi totalidad de los países han ratificado los principales tratados internacionales dedicados a consagración y promoción de los derechos humanos¹⁷, además de que se ha dado preeminencia al derecho internacional sobre el derecho interno, como lo ha señalado Héctor Fix Zamudio:

En una época reciente se observa la tendencia en algunas constituciones latinoamericanas, tanto para superar la desconfianza tradicional hacia los instrumentos internacionales y en general hacia el derecho internacional, como para introducir de manera paulatina una cierta preeminencia, así sea cautelosa, de las normas de carácter supranacional...

La materia en la cual se observa una evolución más vigorosa en cuanto al reconocimiento de la primacía, así sea parcial, del derecho internacional, es en el campo de los derechos humanos...¹⁸

15. Vid., Fix Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo en México*, México. Porrúa-UNAM, 1999; Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Habeas corpus*, Buenos Aires, Atresa, 1988; Fernández Segado, Francisco, "La dinamización de los mecanismos de garantías de los derechos y de los intereses difusos en el Estado social", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 83, mayo-agosto, 1995, págs. 608-627.

16. Cfr., Fix Zamudio, Héctor, "Avances y perspectivas de la protección procesal de los derechos humanos en Latinoamérica", en *Derechos humanos: Estudios comparativos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1999, págs. 413-454.

17. El listado con el estatus registro de ratificaciones de los principales instrumentos internacionales en la materia puede verse en: www.unhchr.ch/pdf/reprtsp.pdf.

18. Fix Zamudio, Héctor, "El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Latinoamericana de Derecho*, año 1, núm. 1, enero-junio, 2004, págs. 147-148.

El panorama va desde los textos que asumen simplemente con nivel constitucional o legal las normas internacionales que se refieren a derechos humanos, hasta las que les dan cierta primacía incluso sobre el propio texto constitucional, al establecer que su interpretación habrá de hacerse de acuerdo con las normas del derecho internacional, como establece el artículo 93 de la Constitución colombiana:

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.

En el caso de México, si bien no se ha dado una reforma al texto constitucional al respecto, sí se dio un cambio de interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pues pasó de considerar a los tratados en el mismo nivel jerárquico que la ley a ubicarlos por encima de ésta, refiriéndose tanto a la legislación federal como a la de los estados¹⁹; sin embargo, es un hecho que al respecto se requiere la reforma constitucional, ya que la interpretación que hace la Suprema Corte del texto del artículo 133 de la Constitución, si bien es correcta doctrinalmente hablando no se funda en la literalidad del texto constitucional que incluso menciona primero a la ley que a los tratados internacionales²⁰.

C. La situación socioeconómica

Uno de los mayores obstáculos para el desarrollo de la democracia y la vigencia de los derechos humanos en América Latina es la pobreza, además de la marcada desigualdad existente en la región, que dejan a millones de seres humanos sin posibilidad de ver satisfechos sus derechos económicos, sociales y cultura-

19. En su parte conducente la resolución de Suprema Corte señala: "...esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas las autoridades frente a la comunidad internacional... Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y local en una misma jerarquía...". Vid., *Novena Época*, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo X, noviembre de 1999, pág. 46, tesis P-LXXVII/99.

20. Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

les, y de hecho ante la imposibilidad de disfrutar de sus derechos en general, pues hoy día es claro que los derechos humanos son en su conjunto una unidad, y que la falta o imposibilidad de satisfacción de unos hace imposible el pleno disfrute de todos.

Si bien, como señalamos arriba, en las últimas dos décadas del siglo pasado se dio un importante desarrollo en la región latinoamericana en la transición democrática, así como grandes esfuerzos para avanzar en la vigencia de los derechos humanos; lo que entre otras cosas trajo como consecuencia esfuerzos por mejorar las condiciones de vida de los habitantes; sin embargo, todo parece indicar que los esfuerzos no han sido suficientes, pues los más recientes estudios sobre las condiciones sociales y los indicadores del desarrollo en la región²¹, hacen ver que, no obstante los esfuerzos y compromisos asumidos en la Declaración del Milenio, en la que se planteó que los países reducirían sus índices de pobreza en un cincuenta por ciento para el año 2015, el inicio del nuevo siglo se caracteriza por un estancamiento en los esfuerzos, pues entre 1999 y 2003 la tasa de pobreza se incrementó en 0,6 puntos porcentuales, pasando de 43.8 a 44.4, lo que representa 226.6 millones de personas. Igualmente, las tasas de pobreza extrema se incrementaron en 1.6% con lo que alcanzó ya al 20 % de la población, 102 millones de personas.

De acuerdo con los estudios recientes, se prevé que sólo podrán cumplir la meta de reducción de pobreza al 50% para el año 2015 nueve países: Brasil, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Uruguay, Costa Rica, El Salvador y Nicaragua, a los que habría que sumar a Chile que ya la alcanzó, mientras que Argentina, Perú y Venezuela podrán alcanzarla hasta 2020, esto es treinta años después, pues la meta se fijó en 1990, y Bolivia, Colombia, Honduras y Paraguay no se prevé que puedan alcanzarla ni siquiera con retraso. Esto nos da una idea de la gravedad de la situación, pues se trata de una región con más de 600 millones de habitantes incapaz de superar siquiera la situación de pobreza en que vive una parte considerable de su población²².

América Latina que disfruta de grandes riquezas naturales y una altísima concentración de biodiversidad, es paradójicamente económicamente pobre, si

21. Vid., Feres, Juan Carlos, et. al., coords., *Panorama social de América Latina 2000-2003*, CEPAL-ONU, 2004; *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanos y ciudadanas*, Buenos Aires, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2004; Informe sobre desarrollo humanos 2006. *Más allá de la escasez: Poder, pobreza y la crisis mundial del agua*, Barcelona-Madrid-México, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2006.

22. Idem.

vemos comparativamente el producto interno bruto per capita, que en la región se ubica en la totalidad de los países por debajo de los 9,000 dólares²³, con casos tan extremos como los de Bolivia y Honduras que apenas superan los 2,500 dólares, frente a la media europea que está arriba de los 25,000 dólares, es clara la falta de disposición de recursos para el desarrollo de infraestructura y la atención de las necesidades primarias de una población que crece también a tasas más altas que las de los países desarrollados.

Otro de los lastres de la región, que ya señalamos arriba es la marcada desigualdad que es apreciable en todos los países, pues mientras el 20% de la población con ingresos más altos disfruta de casi el 55% del total de ingreso, el 20% con más bajos ingresos apenas tiene acceso al 4.8% de los ingresos totales²⁴. Como resultado de esto el 27% de la población vive con menos de dos dólares diarios, y el 20% con menos de un dólar.

En este contexto, la satisfacción de necesidades primarias y derechos sociales es dramática: se estima que en la región hay más de 50 millones de personas con desnutrición grave²⁵, y en algunos países, como Bolivia, Guatemala, Honduras y Nicaragua, alcanza al 20% de la población total²⁶; más de 72 millones de personas no tienen acceso a agua potable y 121 millones no cuentan con servicios sanitarios en sus viviendas. La atención de la salud tiene grandes deficiencias y la tasa de mortalidad de niños menores de 5 años nacidos vivos es de 27 por cada mil.

El rezago en materia educativa es especialmente significativo, pues la educación es un elemento fundamental para romper la desigualdad, al respecto, si bien en educación primaria las cifras hablan de una cobertura arriba del noventa por ciento, el acceso a la educación técnica y superior no alcanza al 30%, y la región en general enfrenta un analfabetismo del 12.4%.

Un tema que no debe soslayarse es que la pobreza y la pobreza extrema, así como la desnutrición, el analfabetismo, la falta de acceso a servicios de salud, y en general las dificultades para acceder a bienes y servicios básicos, se concen-

23. Con la única excepción de Argentina que se ubica por encima de los 13.000 dólares.

24. Vid., Figueroa, Carlos y Andrés Peri, *América Latina: Los rostros de la pobreza y sus causas determinantes*, Chile, CEPAL, 2004.

25. Cfr., *Informe sobre desarrollo humano 2004. La libertad cultural en el mundo diverso de hoy*, Madrid, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2004, pág. 129.

26. Vid., *El Estado mundial de la infancia*, New York, UNICEF, 2003.

tra especialmente en las poblaciones indígenas, baste señalar que entre esos pueblos el analfabetismo sube a tasas superiores al 25%, y casi el 40% de la población indígena menor de veinticinco años no asiste a la escuela.

Si bien podríamos abundar en datos, consideramos que con los señalados son más que suficientes para mostrar que en general la región latinoamericana enfrenta gravísimos problemas para su desarrollo, que afectan en general a todos los países, aunque unos cuantos se encuentren en mejores condiciones por su tamaño y dimensiones de su economía, como Argentina, Brasil, Chile y México. Sin embargo, ni siquiera en esos países, con mejores condiciones de vida, la pobreza y la desigualdad dejan de ser un lastre para el desarrollo del Estado y la vigencia de los derechos humanos.

2. El Ombudsman en América Latina y la tutela no jurisdiccional de los Derechos Humanos

La transición democrática que hemos comentado se comenzó a vivir en América Latina a partir de los años ochenta, junto con la preocupación y los esfuerzos por extender la vigencia de los derechos humanos y garantizar su respeto, llevó, de forma natural, siguiendo el impulso que se estaba dando en los países europeos a la figura del *Ombudsman*, a adoptar la institución en países de la región, como un elemento más del nuevo orden constitucional que se estaba implantando.

Si bien se conocía el origen escandinavo de la institución, el derecho de los países de esa zona resultaba ajeno y casi desconocido en el entorno latinoamericano, por lo que los modelos que inspiraron el desarrollo de la institución en la región fueron los del Proveedor de Justicia de Portugal y el Defensor del Pueblo de España, que además de pertenecer a sistemas jurídicos más cercanos y conocidos, habían sido creados más recientemente y en un contexto más similar al que se vivía en los países de la región, en la reconstrucción de sistemas democráticos; por lo que su concepción se acercaba más a los intereses de los países que, como ya comentamos, salían de gobiernos autoritarios y militares.

A. La aparición del Ombudsman en Latinoamérica

Resulta imposible desarrollar por completo las características de todas las instituciones en cada uno de los países de la región, pues su variedad es enorme, por lo que daremos sólo algunos datos sobre su origen que permitan tener al

menos una visión panorámica de la existencia y desarrollo de la defensa no jurisdiccional de los derechos humanos en América Latina, y posteriormente de manera ejemplificativa abordaremos con más detalle el desarrollo de la institución en México.

El primer *Ombudsman* creado a nivel nacional en América Latina apareció en Guatemala en 1985, en el texto constitucional aprobado ese año, con la denominación de Procurador de los Derechos Humanos, la ley que lo rige se emitió en octubre de 1986 e inició sus funciones en 1987. Se trata de un comisionado del Congreso que es nombrado por éste y dura en su cargo cinco años.

Al Procurador guatemalteco siguió en 1987 el Procurador del Ciudadano de Puerto Rico, que aunque había sido creado desde 1977, en ese entonces era un órgano del Ejecutivo y fue hasta 1987 que se adscribió a la Cámara de Representantes, operando ya claramente como un *Ombudsman*²⁷, aunque en su designación participan tanto el gobernador del Estado como su Consejo, y se requiere la aprobación de la mayoría de los votos de ambas cámaras legislativas. El titular desempeña su cargo por un periodo de seis años. En 1990 se creó en México, por un decreto presidencial la Comisión Nacional de Derechos Humanos, de cuyo origen y desarrollo nos ocuparemos más adelante.

El Salvador creó mediante ley la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos en 1992, aunque es un órgano integrado al Ministerio Público, tiene personalidad jurídica propia y disfruta de autonomía, además de que su titular es designado por la Asamblea Legislativa por mayoría calificada, para un periodo de tres años con posibilidad de reelección.

La Defensoría del Pueblo en Colombia se estableció en el artículo 282 de la Constitución y mediante la ley emitida al año siguiente. También en Colombia el organismo forma parte del Ministerio Público, por lo que ejerce sus funciones bajo la supervisión del Procurador General de la Nación, aunque goza de autonomía de gestión y presupuestaria, y en la práctica funciona con gran independencia del Ministerio Público. El titular es elegido por la Cámara de Diputados de una terna presentada por el presidente de la República y dura en su cargo cuatro años.

En Costa Rica, la creación del *Ombudsman* tuvo como antecedente inmediato la creación en 1982 de una Procuraduría de Derechos Humanos dentro de la

27. Cfr., www.defensoria.gob.ve.

Procuraduría General de la República, así como diversas defensorías especializadas (consumidores, refugiados, sistema penitenciario), que llevaron finalmente a la creación en 1992 mediante ley de la Defensoría de los Habitantes de la República. Su titular es electo por la Asamblea legislativa por un periodo de cuatro años, con posibilidad de una reelección.

El caso del Paraguay es peculiar, pues no obstante que la Defensoría del Pueblo se introdujo en el texto constitucional de 1992, su ley orgánica fue emitida hasta 1995 y su titular fue designado hasta 2001, iniciando funciones hasta el año siguiente con muchas limitaciones fundamentalmente presupuestarias, que en la práctica le impiden desarrollar adecuadamente sus funciones con cobertura nacional. Su titular es designado por la Cámara de Diputados de una terna elaborada por el Senado y dura en su encargo cinco años, con posibilidad de una reelección.

En Honduras el surgimiento de la institución se dio en cierta forma como resultado del proceso de reconciliación nacional, y las primeras iniciativas para su creación se dieron en el marco de las comisiones de ese diálogo, hasta que en 1992 se creó por decreto del Ejecutivo el Despacho del Comisionado Nacional para la Protección de los Derechos Humanos, que en 1994 se llevó a la Constitución como Comisionado Nacional de Derechos Humanos. Su titular es designado por el Congreso Nacional por un periodo de seis años con posibilidad de reelección.

El Defensor del Pueblo de Perú fue creado en 1993 en la Constitución, como un organismo autónomo, cuyo titular es designado por el Congreso de la República con el voto de al menos dos terceras partes de los legisladores y dura en su encargo cinco años. En Argentina el Defensor del Pueblo fue creado por Ley en 1993 y al año siguiente se elevó a rango constitucional; su titular es electo por el voto de dos terceras partes de los miembros de cada una de las Cámaras del Congreso de la Nación para un periodo de cinco años, pudiendo ser reelegido por una sola vez.

La Procuraduría de los Derechos Humanos de Nicaragua fue creada en la Constitución en 1995, mismo año en que se emitió su ley que entró en vigor al año siguiente. Tanto su titular como el subprocurador son electos por la Asamblea Nacional por el voto del 60 % entre las listas elaboradas por los diputados previa consulta con organizaciones civiles. Tanto el procurador como el subprocurador duran en su encargo cinco años.

Ecuador creó la Defensoría del Pueblo mediante reforma constitucional de 1996, y su ley se expidió al año siguiente. Su titular es elegido por el Pleno del Congreso Nacional por mayoría de dos tercios para un periodo de cuatro años, con la posibilidad de reelegirse una vez. En el mismo año (1996) se estableció en la Constitución de Bolivia al defensor del Pueblo, aunque su ley se aprobó hasta finales del año siguiente. Su titular es elegido por el Congreso con votación calificada de dos tercios y dura en su encargo cinco años, con posibilidad de una reelección.

La Defensoría del Pueblo en Panamá tiene sus peculiaridades desde su origen, pues, entre otros, tuvo como antecedente al *Ombudsman* de la Comisión del Canal, creado en 1990 por la Legislación de Ejecución del Tratado del Canal. La creación del Defensor se originó a iniciativa del Ejecutivo, que en 1995 creó una Comisión Presidencial para promover su creación, la que finalmente se dio por Ley en 1997. Su titular es elegido por la Asamblea Legislativa por mayoría simple, y el electo es propuesto al Presidente de la República que es quien lo nombra. Dura en su encargo cinco años con posibilidad de una reelección.

El caso de Venezuela, uno de los últimos *Ombudsman* creados en la región, tiene también sus características particulares, pues la Defensoría del Pueblo forma parte del Poder Ciudadano, uno de los cinco poderes en que se dividió el poder público en la Constitución de 1999. Su titular fue designado en el año 2000 para un periodo de siete años en un proceso complicado de consulta ciudadana y negociación política, con base en una ley especial para nombramientos de funcionarios, que incluyó la ratificación final por el pleno de la Asamblea Nacional. Dada la situación actual que se vive en Venezuela, con la acumulación de funciones y poder en el presidente Chávez, realmente es difícil predecir cuál será el desarrollo de la institución y menos aún las posibilidades de que pueda actuar con verdadera autonomía.

El Defensor del Pueblo de República Dominicana fue creado por ley en 2001, en la designación de su titular participan las dos cámaras del Congreso, la de Diputados con la elaboración de una terna que debe ser aprobada por las dos terceras partes, y la Cámara de Senadores elige uno de los miembros de la terna, con la misma votación calificada; el electo dura en su cargo seis años con una posible reelección.

No deja de sorprender que dos países con peso específico en la región aún no cuenten con la figura del *Ombudsman*, como medio de defensa no jurisdiccional

de los derechos humanos, nos referimos a Brasil y Chile. En el caso de Brasil, si bien no se ha desarrollado a nivel nacional la institución, se han desarrollado las llamadas Ouvidorias, con funciones similares, la primera fue la del Estado de Paraná en 1991 y hoy existen además en los estados de Pernanbuco, Sao Paulo, Alagoas, Ceará, Pará, además de algunas ouvidurias municipales.

En Chile, desde 1985 se fundó el Capítulo Chileno del *Ombudsman*-Defensor del Pueblo, con la finalidad de diseñar e impulsar la creación de la figura entre las bases constitucionales para el régimen democrático que habría de sustituir al régimen militar; sin embargo hasta la fecha no ha podido establecerse, aunque en el año dos mil el presidente de la República ingresó al Senado un proyecto de reforma constitucional para tal fin. El proyecto recibió observaciones por parte de algunos senadores, por lo que fue retirado. En diciembre de 2003 el Ejecutivo de nuevo lo ingresó y sigue en ese proceso. Lamentamos que Chile no cuente hasta el día de hoy con la figura del *Ombudsman*; sin embargo, estamos seguros que lo tendrá en el muy corto plazo, pues se trata de una institución hoy día reconocida como connatural a la vida democrática.

Como puede verse, el panorama de la defensa no jurisdiccional de los derechos humanos es sumamente variado, como lo han sido las circunstancias en que se han originado las distintas instituciones en cada país, en los que, de acuerdo con su desarrollo institucional y democrático el *Ombudsman* ha sido más o menos operativo y eficiente en la defensa de los derechos humanos. Igualmente variadas han sido las actividades desarrolladas de forma prioritaria por cada organismo, en gran medida dependiendo de las circunstancias y necesidades de cada país; así, algunos han dado prioridad a temas vinculados con la justicia y la verdad histórica sobre crímenes del pasado, otros se han centrado en la atención de la problemática de grupos vulnerables como indígenas o migrantes.

Las facilidades con que cuentan estos órganos también son diferentes en cada país, pues mientras en algunos disponen de los recursos necesarios y suficientes, en otros carecen de lo más elemental para el desarrollo de su función. Igualmente el apoyo político y social que reciben estos órganos varía en cada Estado, pues mientras algunos son ampliamente respetados por los órganos del poder, sus señalamientos son atendidos y gozan de reconocimiento social; en otros países no son buenas las relaciones entre los gobiernos y los defensores públicos de derechos humanos, incluso en algunos casos hay francos enfrentamientos.

En los casos de México y Argentina, además de los organismos nacionales existen organismos y defensorías en el ámbito estatal, la mayoría de las cuales gozan de prestigio y reconocimiento internacional, en tanto que cumplen a satisfacción con los Principios de París que garantizan su autonomía respecto de los órganos de gobierno.

Finalmente, vale la pena señalar que los *Ombudsman* y Defensores del Pueblo de Iberoamérica están agrupados en una organización denominada Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO)²⁸, creada en 1985, y que además de constituirse en un espacio para el intercambio de experiencias y conocimientos ha sido un importante medio de defensa de la autonomía de los organismos que lo integran, además de un impulsor del desarrollo de la tutela no jurisdiccional de los derechos humanos en la región.

B. El Ombudsman en México

Como señalamos arriba, ante la imposibilidad, por cuestiones de espacio, para realizar un desarrollo completo de las instituciones de tutela no jurisdiccional de los derechos humanos en América Latina, a manera ejemplificativa expondremos los antecedentes, origen, evolución y características de la figura del *Ombudsman* en México, que es, entre otras cosas, el sistema más grande del mundo, pues además del organismo nacional, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), con más de 1,000 empleados, cuenta con treinta y dos organismos de carácter local.

Al igual que en la mayoría de los países de América Latina, en México el *Ombudsman* se desarrolló siguiendo el modelo del Defensor del Pueblo de España. El movimiento, fundamentalmente académico, para impulsar su creación inició en los años ochenta, con grandes dificultades iniciales para su comprensión y utilidad, tachándose las propuestas iniciales de extranjerizantes. Aunque desde varios años antes existían en México organismos del tipo del *Ombudsman*, orientados a la defensa de derechos y grupos específicos, como son consumidores, trabajadores, campesinos, entre otros, para justificar su creación se han querido encontrar antecedentes en nuestra propia historia, estableciéndose como el antecedente más remoto, incluso denominándolo como el primer *Ombudsman* mexicano, a la Ley de Procuradurías de Pobres emitida en el estado de San Luis Potosí en 1847²⁹, que no obstante que es una institución intere-

28. Vid., www.iidh.ed.cr/Comunidades/Ombudsnet/p_federacion.htm

29. El texto de la Ley de Procuradurías de Pobres puede verse en Derechos Humanos. *Documentos y testimonios de cinco siglos*, México, CNDH, 1991, págs. 38-40.

sante, que desgraciadamente no arraigó en nuestro país, no consideramos que pueda ser considerado como un antecedente de las actuales instituciones de defensa no jurisdiccional de los derechos humanos.

En todo caso, más cercana como antecedente es la Procuraduría Federal del Consumidor, creada en 1975, aunque en realidad los antecedentes directos, en cuanto que se trata de organismos destinados a la defensa de los derechos humanos frente a la administración pública comienzan con la Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos del Estado de Nuevo León³⁰, que fue creada en 1979 en ese estado de la República; a la que le siguió la Procuraduría de Vecinos de la Ciudad de Colima, creada por el Cabildo de esa ciudad en 1983, y que al año siguiente se incorporó a la Ley Orgánica Municipal del estado, con lo que se extendió a todos sus municipios.

Especialmente interesante como antecedente es la creación, en 1995, en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), del Defensor de los Derechos Universitarios³¹, organismo que aún persiste y si bien no se ha generalizado si se ha extendido en otras instituciones académicas. Como dato curioso es de mencionarse que el entonces rector de la UNAM, que dio impulso a la creación del organismo, cinco años después fue el designado como el primer presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

En la misma línea de los organismos especializados en la defensa de los derechos de un grupo específico, en 1986 y 1987 se crearon, respectivamente la Procuraduría de la Defensa del Indígena en el estado de Oaxaca y la Procuraduría Social de la Montaña en el de Guerrero, ambas instituciones dedicadas a la defensa y promoción de los derechos humanos de las comunidades indígenas, además de promotoras de la mejoría de sus condiciones de vida.

También a nivel local, pero en el estado de Aguascalientes, mediante una reforma a la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos se creó en 1988, la Procuraduría de Protección Ciudadana, órgano que sigue ya el modelo del *Ombudsman* y ha tenido continuidad, aunque con reformas en sus competencias, procedimientos y nomenclatura, además de que actualmente cuenta con su propia ley y está prevista en la Constitución local³².

30. Cfr., Goslinga Remírez, Lorena, *Evolución del marco normativo del Ombudsman nacional mexicano: 1990-1992*, México, CNDH, 2002, pág. 12.

31. Cfr., idem, pp. 12-13; Fix Zamudio, Héctor, "Ombudsman", *Diccionario Jurídico Mexicano*; 5ª.ed., México, UNAM-Porrúa, 1992, pág. 2271.

32. La normatividad de estos organismos, como la de los que nos referiremos más adelante, puede verse en Derechos humanos. *Documentos y testimonios de cinco siglos*, op.cit.

El año siguiente se creó la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Morelos, por acuerdo del gobernador y como órgano dependiente del Ejecutivo, y lo mismo sucedió en el Distrito Federal con la creación de la Procuraduría Social del Departamento Distrito Federal.

A nivel federal el primer esfuerzo institucional orientado a la promoción y tutela no jurisdiccional de los derechos humanos, se dio en 1989 con la creación de una Dirección General de Derechos Humanos en la Secretaría de Gobernación, que si bien se trataba de un órgano más orientado a la política y formulación de propuestas, sí tuvo facultades para atender quejas de carácter administrativo presentadas por particulares por violaciones a derechos humanos.

Finalmente, en junio de 1990, se creó la Comisión Nacional de los Derechos Humanos por decreto del presidente de la República, como un organismo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación. La forma y características con que se creó el organismo fueron en su momento muy criticados, en primer lugar por señalar que, si se trataba de un *Ombudsman*, debía ser un delegado parlamentario y no una dependencia del Ejecutivo, pues carecería de autonomía. También se señaló que la creación del organismo respondió más a los intereses del gobierno que requería dar la imagen hacia la comunidad internacional de preocupación y respeto por los derechos humanos, como un requerimiento para la negociación del Tratado Libre Comercio de América del Norte. Situación que en gran medida era cierta.

El decreto del Ejecutivo, en gran medida hacía referencia a una dependencia encargada de proponer y promover la política de derechos, así como de coordinar los esfuerzos de las distintas instancias del gobierno federal en la materia y representar al gobierno ante los organismos internacionales. También en el decreto se establecía la estructura y órganos de la Comisión, entre ellos un Consejo integrado de forma honoraria por distinguidos ciudadanos, que serían designados por el presidente de la República, al igual que el propio titular de la Comisión. Las funciones del Consejo tenían así un carácter fundamentalmente consultivo.

Con la expedición de su reglamento interno, que fue aprobado por el Consejo, sin que el decreto de creación le otorgara facultades para ello³³, la Comisión delimitó su competencia, estableciendo que podría conocer de viola-

33. Cfr., el artículo 6 del Decreto de creación que se refiere al Consejo y su competencia.

ciones a los derechos humanos por actos administrativos de cualquier servidor público, lo que provocó de inmediato una gran cantidad de críticas señalando que la actuación del órgano era inconstitucional, pues violentaba el principio de separación de poderes y el pacto federal de distribución de competencias entre los estados y la Federación.

Si bien las críticas eran fundadas, debe reconocerse que no obstante esos problemas de origen del *Ombudsman* mexicano, su actuación en los primeros años de su autonomía fue de una gran independencia y contó con el respaldo del Ejecutivo.

En 1992, con la finalidad de corregir los vicios de origen y consolidar la existencia del organismo, se realizó una reforma de la constitución para incluir a la institución. La reforma delimitó sus competencias, estableciendo que tendría facultades para conocer por quejas de violaciones a derechos humanos por actos administrativos de cualquier autoridad federal, exceptuando del Poder Judicial. Además, se establecieron como incompetencias las cuestiones jurisdiccionales, asuntos laborales y la materia electoral.

El mayor mérito de la reforma fue que planteó el desarrollo de un verdadero sistema de defensa no jurisdiccional de los derechos humanos a nivel nacional, conformado por un organismo nacional y 32 organismos locales o estatales, todos independientes entre sí, pero con la posibilidad de que la actuación de los organismos locales sea revisada y corregida por el organismo nacional, mediante recursos de impugnación. Además se estableció la posibilidad de que el organismo nacional conozca de violaciones cometidas por autoridades locales cuando se trate de asuntos que tengan impacto nacional o participen autoridades de dos o más estados.

El mismo año se promulgó la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, que transformó jurídicamente al organismo, que pasó de ser un organismo desconcentrado a un organismo descentralizado, con lo que ganó personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía de gestión. La Ley además estableció el marco para el crecimiento de la estructura de la CNDH. El titular del organismo sería designado por el presidente de República y ratificado por el Senado, con una duración en el cargo de cuatro años y la posibilidad de una reelección.

El paso final para convertir a la CNDH de México en un verdadero *Ombudsman*, fue su constitucionalización como órgano autónomo del Estado

mexicano, paso que se dio en el año de 1999 mediante una nueva reforma constitucional, así como adecuaciones a su ley. Su titular paso a ser nombrado por el Senado de la República, previa auscultación de los organismos de la sociedad civil, para un periodo de cinco años con posibilidad de una reelección.

Los organismos locales han seguido una dinámica similar, y hoy día la inmensa mayoría de ellos gozan de autonomía constitucional, lo que ha fortalecido al sistema que puede calificarse como el *Ombudsman* más grande del mundo, que además ha incrementado su actividad y presencia en la sociedad mexicana, mediante actividades de divulgación y formación en materia de derechos humanos. Además del conocimiento e investigación de quejas por violaciones específicas a derechos humanos, el *Ombudsman* en México tienen un importante papel en la supervisión de áreas de riesgo para la vigencia de los derechos humanos, como es en la actuación de las autoridades penitenciarias, de atención a la salud, migración y educativas, entre otras.

Con este breve panorama del desarrollo de la figura del *Ombudsman* en América Latina podemos ver que la institución se ha extendido en la región de manera importante, como un elemento fundamental para el funcionamiento de los sistemas democráticos, a los que sin duda ha reforzado. Es evidente que el funcionamiento de estos organismos no en todos los países ha sido el más adecuado, pues no siempre las condiciones del desarrollo jurídico, político e institucional lo han permitido. No obstante, la institución es ya una realidad en el panorama jurídico latinoamericano, y con certeza poco a poco se irá fortaleciendo y consolidando en cada uno de los países.

El futuro de los derechos humanos en América Latina, sin embargo, no es muy promisorio, pues a pesar del desarrollo de instituciones y mecanismos para su tutela y promoción, del indudable avance en la conformación de una cultura de los derechos humanos, los principales obstáculos para su vigencia siguen siendo los mismos: la inestabilidad política en algunos países, los regímenes populistas que ofrecen mejoras momentáneas con costos muy altos para el desarrollo futuro y fundamentalmente la pobreza y la desigualdad, como los grandes lastres que difícilmente podrán superarse en el corto plazo.

II. NOTAS

SUMARIO

- **Betzabé Marciani Burgos**, *“Algunos problemas éticos y jurídicos de la globalización”*
- **Marta Klopocka**, *“El Tribunal Constitucional de la República de Polonia: organización y funcionamiento”*

ALGUNOS PROBLEMAS ÉTICOS Y JURÍDICOS DE LA GLOBALIZACIÓN

Betzabé Marciani Burgos

*Profesora Ordinaria de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú*

SUMARIO

Introducción.

1. *¿Qué es la globalización?*
2. *Los derechos humanos en el contexto de la globalización.*
 - 2.1. *¿A más globalización más derechos humanos?*
 - 2.2. *El debilitamiento del estado-nación y su influencia en la desprotección de los derechos fundamentales.*
 - 2.3. *El problema de la universalidad de los derechos humanos.*
 - 2.3.1. *Universalidad de los derechos humanos y pluralismo cultural.*
 - 2.3.2. *La ciudadanía como condición de discriminación.*
3. *Perspectivas y propuestas.*
 - 3.1. *¿Hacia el fin del Estado?: las propuestas del cosmopolitismo jurídico.*
 - 3.2. *Necesidad de una esfera pública mundial: instituciones, regulaciones y jurisdicciones vinculantes a nivel global.*

Conclusión.

Bibliografía citada.

Introducción

Cuando se revisan los títulos de la bibliografía existente sobre el tema de la globalización y el derecho, llama la atención advertir el tono acusador, alarmante, escéptico, o incluso apocalíptico de algunos de ellos. Con frases que aluden a la crisis del constitucionalismo, al eclipse del Estado y de su soberanía, que se refieren a la globalización como un valle de lágrimas, o que forman parte de estudios sobre la muerte del derecho, se nos invita, provocadoramente, a replantear la situación real del derecho y de los derechos en el contexto actual de múltiples y dinámicas relaciones internacionales de índole político, económico, social y cultural, y de vertiginoso desarrollo tecnológico, que se ha venido a denominar globalización.

Hoy que el discurso sobre los derechos humanos se extiende a nivel mundial a través de los diversos tratados internacionales suscritos por la mayoría de países del mundo (el caso paradigmático, sin duda, es la Declaración Universal de los Derechos Humanos), y de la creación de organismos y tribunales internacionales para su defensa y promoción. Hoy que existe una toma de conciencia general (de los gobiernos, de la sociedad civil, del individuo común y corriente) acerca del valor de estos derechos y se adopta abiertamente una actitud proselitista a favor de ellos. Hoy, sin embargo, se pone en cuestión su declarada universalidad, no sólo debido a las reacciones relativistas de grupos que anteponen la diferencia a la universalidad (mediante la cual Occidente, supuestamente, pretende uniformizar el mundo a partir de sus valores), sino también debido a la propia actuación del Occidente democrático que reconoce y predica dichos derechos. Así, la muy cuestionable actuación de los estados más desarrollados de Occidente frente a la violencia terrorista o la pobreza mundial (no sólo consentida, sino perpetuada por los criterios del -no tan libre- mercado mundial) demuestra la incongruencia del discurso de los derechos en relación con los hechos. Lo que estaría detrás de dicha incongruencia, entre otras cosas, serían las exigencias impuestas por el modelo de globalización económica que hoy existe. Dicho modelo económico, de corte neoliberal y de libre mercado, se muestra reticente a casi toda regulación que no provenga de los propios agentes del mercado y antepone el aspecto económico sobre cualquier otro (incluidos los propios derechos humanos).

Frente al gran progreso tecnológico y de las comunicaciones que nos brinda la globalización y que indudablemente contribuye a la mejora del nivel de vida

de los seres humanos, paradójicamente, hoy se presentan grados de desigualdad nunca antes vistos, así como situaciones de pobreza y subdesarrollo que resultan incompatibles con el actual nivel de desarrollo científico y tecnológico de los países del Primer Mundo¹. Con la globalización surgen también otros problemas que se tornan inconmensurables para los propios países del Primer Mundo (ni qué decir para los del Tercer o Cuarto Mundo). El Estado-nación se muestra incapaz de resolver por sí solo problemas que trascienden sus fronteras, pero que lo afectan internamente, como es el caso del fenómeno de la inmigración masiva, el terrorismo, las mafias internacionales, la pornografía en Internet, la afectación del medio ambiente, etcétera.

En este contexto de problemas globales, se proponen también soluciones globales: procesos de integración, negociaciones multilaterales, propuestas cosmopolitas más o menos ambiciosas, entre otras. A un extremo, aparecen las tesis más radicales que proponen el fin de la soberanía del Estado (y del concepto de ciudadanía) y la creación de una forma de organización política y jurídica de nivel supraestatal, esto es, la creación de un Estado mundial con un gobierno mundial, una jurisdicción mundial, una policía mundial, un parlamento mundial, etcétera. Del lado opuesto, desde una perspectiva realista, se advierte sobre los

1. Sólo por citar algunas cifras: "Alrededor de 2.800 millones de personas, esto es, el 46% de la humanidad, viven por debajo de la línea de pobreza que el Banco Mundial fija en menos de 2 dólares diarios (...). Los 2.800 millones de personas más pobres tienen juntas cerca del 1,2% de la renta global agregada, mientras que los 908 millones de personas de las "economías de renta alta" acaparan el 79,7%. Con sólo transferir un 1% de la renta global agregada (...) del primer grupo al segundo, se erradicaría la pobreza mundial extrema" (Pogge, 2005, pág. 14). "Las 200 personas más ricas del mundo incrementaron en más del doble su riqueza neta en los cuatro años anteriores a 1998, hasta alcanzar más de un billón de dólares. Los bienes de los tres máximos millonarios son mayores que el PNB agregado de todos los países menos desarrollados y sus 600 millones de personas" (Ibid, pág. 132). "Hoy, el quintil superior de los seres humanos acapara en torno al 90% de la renta global y el quintil inferior aproximadamente un tercio del 1%" (Ibid, pág. 292, nota 145). En relación a las consecuencias de la pobreza en el mundo: "el 14 % de la población mundial (...) padece desnutrición, el 16% (...) carece de acceso a agua potable garantizada, el 40% (...) carece de accesos a servicios sanitarios básicos (...). El 15% de todos los seres humanos (...) carece de acceso a servicios de salud pública, el 17 % (...) carece de cobijo adecuado y el 33% (...) carece de electricidad. "Dos de cada cinco niños en el mundo en vías de desarrollo padecen algún retraso, uno de cada tres pesa menos de lo que debería y uno de cada diez está débil". Una cuarta parte de todos los niños con edades comprendidas entre 5 y 14 años trabajan fuera de sus hogares por un salario" (Ibid, pág. 130). "Aunque la producción per capita de alimentos ha experimentado un incremento de casi un 25%, cerca de 840 millones de personas están desnutridos y casi mil millones no pueden acceder a los alimentos básicos; además, pese al incremento global en la asistencia sanitaria, de la tasa de escolarización y de la esperanza de vida y la fuerte reducción total de combustibles altamente contaminantes, se ha más que duplicado el número de enfermos de sida, 850 millones de personas son analfabetas, cerca de 3 millones mueren cada año a consecuencia de la contaminación atmosférica y más de 5 millones a causa de la contaminación del agua" (Ferrajoli, 2005b, pág. 377).

peligros de un Estado mundial que concentre todo el poder en sus manos, sin contrapesos que le impidan devenir en un Estado absoluto, y que simplemente sirva para legitimar y fortalecer el actual poder de facto de las superpotencias mundiales, principalmente de los Estados Unidos de América. A partir de esa crítica se propone, más bien, el mantenimiento del Estado soberano y la necesidad de establecer relaciones de coordinación entre ámbitos regionales, estatales y supraestatales.

1. ¿Qué es la globalización?

El concepto de globalización es en cierto modo indeterminado y puede referirse a varios supuestos. Luis Prieto señala tres ámbitos que resultan relevantes para la discusión jurídica sobre el fenómeno de la globalización². Así, puede hablarse de:

1) *Una globalización informativa o de las comunicaciones*, caracterizada por la ruptura de las fronteras físicas traspasadas por la comunicación a través de Internet y también por la eliminación progresiva de las fronteras culturales. El autor sostiene que, aún cuando subsisten grandes diferencias culturales, económicas o religiosas en el mundo, puede rescatarse este valioso aporte de la globalización de las comunicaciones, pues:

"...hoy esas realidades se muestran a los ojos de todos y de alguna manera todos estamos concernidos y somos capaces además de entablar una comunicación con los "ajenos", que en puridad van camino de dejar de serlo. En la medida en que esta globalización facilita el conocimiento y la comunicación entre individuos y sus diferentes culturas bien puede resultar un factor saludable y coadyuvar a la paz y a la universalización de los derechos"³.

2) *Una globalización económica*. Algunas de sus características son: la existencia de mercados financieros mundiales; la expansión de la inversión extranjera; la ampliación de empresas multinacionales con gran poder económico; la extensión del comercio internacional; la aparición de un mercado de trabajo mundial; la descentralización de las etapas de producción, que permite que las

2. Prieto, 2005, págs. 6-7.

3. Ibid, pág. 6.

grandes empresas transnacionales realicen parte de su actividad en países que se ven compelidos a adecuar sus normas jurídicas a las necesidades de este mercado altamente móvil, y cuyos agentes buscan el mayor beneficio económico, etcétera.

Para muchos de los críticos de la globalización es su enfoque económico -vinculado a la ideología neoliberal- el mayor culpable de los problemas derivados de ésta. Así, se advierte que la lógica del libre mercado se ha trasladado también al ámbito de las funciones tradicionales del Estado. Debido a la presión de los actores económicos (las grandes transnacionales, muchas de ellas con mayor poder económico que los propios Estados donde desarrollan sus actividades, pero también los organismos internacionales como la OMC, el FMI o el Banco Mundial) se ha producido un debilitamiento de la actividad reguladora (fenómeno de la desregulación), promotora (especialmente en el caso de los derechos sociales), e incluso sancionadora del Estado. Para algunos, el poder ha pasado del Estado al mercado global⁴.

3) *Una globalización humana*. Caracterizada por fenómenos como el de la migración masiva de sujetos originarios de países pobres (a cuya pobreza hay que sumar a veces un contexto de violencia) hacia los países desarrollados o más prósperos. La movilidad de individuos o grupos pertenecientes a culturas diferentes que se asientan en su nuevo hogar, pero que no desean adoptar las costumbres o los valores de éste, y más bien pretenden mantener las que llevan consigo, plantea cuestionamientos en relación a la tolerancia de algunas de estas formas de vida que incluso pueden entrar en contradicción con principios y valores fundamentales del Estado receptor. En otros casos, cuando no se advierte dicha contradicción y la tolerancia se impone ante las nuevas costumbres o creencias, se plantea la disyuntiva entre la neutralidad o la intervención del Estado frente a las demandas de protección e incluso promoción de las costumbres o diferencias que caracterizan a ciertas minorías culturales que ven amenazada su supervivencia.

Dentro del fenómeno de la globalización humana pueden incluirse, también, los proyectos que persiguen el antiguo ideal cosmopolita del individuo ciudadano del mundo. Bajo esta perspectiva, se cuestiona la función que hoy en día cum-

4. Ver por ejemplo: De Lucas, 1998; Pissarello, 2001; De Vega, 2001.

ple el concepto de ciudadanía como vínculo de pertenencia a un Estado y como requisito para el reconocimiento real, no ya meramente nominal, de los derechos (no sólo políticos, sino también sociales e incluso civiles, como en el caso de la libertad de tránsito dentro del territorio de un Estado).

Si las características de la globalización son globales, supraestatales o mundiales, sus consecuencias y los problemas que conlleva, también lo son. Por eso, David Held sostiene que ya no es posible distinguir entre *asuntos domésticos y extranjeros*. Hoy en día los problemas se vuelven *transfronterizos* en muchos aspectos⁵. Así, por ejemplo, el daño ecológico, el narcotráfico, las mafias internacionales, la afectación de derechos vía Internet, las armas de destrucción masiva, la pobreza extrema, etcétera, se presentan como realidades que sobrepasan cualquier estrategia estatal de solución. Más aún, desde los atentados terroristas del 11 de Septiembre y en relación a temas como la seguridad, ya no es posible distinguir entre *política interna y política internacional*. Como afirma Ferrajoli, actualmente se erige una *política interior del mundo*⁶.

2. Los derechos humanos en el contexto de la globalización

2.1. ¿A más globalización más derechos humanos?

Lamentablemente no. Esa parece ser la respuesta que describe de forma realista lo que acontece en diversos lugares del mundo, donde la globalización, esencialmente su modelo económico neoliberal, ha llegado, pero los derechos humanos no. Así, por ejemplo, algunos países asiáticos que participan activamente en la economía de mercado y han logrado un alto desarrollo tecnológico e informático (forman parte activa de la globalización económica e informática), mantienen regímenes autoritarios que incurren en reiteradas violaciones de derechos humanos. De otro lado, la supuesta integración cultural a que debería llevar el proceso de globalización y de modernización podría estar ocultando formas de penetración cultural, que en vez de integración producen contaminación, resistencia y conflicto⁷. A todo ello habría que añadir que resulta poco convincente predicar sobre derechos humanos en el actual contexto mundial de enorme desigualdad y pobreza, ciertamente no originadas por la globalización

5. Held, 2001, págs. 39-40.

6. Ferrajoli, 2005a, pág. 78.

7. Zolo, 2005a, págs. 62-63.

económica, pero probablemente sí enfatizadas por ésta. Como advierte Danilo Zolo:

"Debería al menos tenerse en cuenta el hecho de que la creciente diferenciación de los ritmos del "desarrollo humano" en las distintas áreas continentales del planeta se ve favorecida, en muchos casos, precisamente por los procesos de globalización de la economía internacional y por la escasa capacidad de defensa de las economías propias por parte de los Estados (más débiles y más pobres)"⁸.

Parece claro que la globalización no es incompatible con la violación de derechos ni éstos son un ingrediente necesario de aquélla. Para algunos críticos de la globalización es su propio modelo económico el que origina el problema, de manera que habría una incompatibilidad insalvable entre la lógica del mercado a que apunta el proyecto globalizador y la lógica de los derechos universales⁹. Sin embargo, los defensores de la globalización económica podrían sostener que, por ejem-

8. Ibid, pág. 63. Sobre la relación entre globalización económica y pobreza mundial, resulta especialmente valioso el estudio llevado a cabo por Thomas Pogge en *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, donde el autor pone de relieve la profunda acentuación de las diferencias entre ricos y pobres en el mundo globalizado de hoy y la necesidad de asumir la responsabilidad que tanto los países ricos como las instituciones internacionales (como la OMC, el Banco Mundial y similares) tienen respecto de dicha situación, ya sea por la implantación de un orden económico mundial desigual (con convenios plagados de beneficios y subvenciones para las empresas de los países ricos, y sin contraprestación equitativas respecto de los países pobres), ya sea por su complicidad en el mantenimiento de varios de los regímenes dictatoriales de los países pobres, a cuyos gobernantes, muchas veces situados en el poder mediante el uso de la violencia, no obstante, les compran sus productos, les otorgan préstamos, etcétera. Con cifras verdaderamente alarmantes, Pogge nos muestra cómo jamás como hoy los niveles de desigualdad a nivel mundial han sido tan elevados y, sin embargo, paradójicamente, como el problema de la pobreza podría ser resuelto, en sus manifestaciones más dramáticas, con un pequeño esfuerzo por parte de los Estados más ricos. El autor propone una solución al problema de la pobreza mundial a partir de una exigencia moral -y no de una mera vocación de solidaridad- derivada de la corresponsabilidad por los daños ocasionados por el nuevo orden económico mundial impuesto por los Estados más ricos. A la pregunta de si dicho orden económico global no es acaso mejor para el desarrollo de los países más pobres, el autor responde denunciando la tragedia que encubre esta pregunta: "Supongamos que hay, en efecto, menos pobreza bajo el nuevo régimen de la que habría de haber continuado el régimen anterior. La respuesta, entonces, resulta plausible en boca de un gobierno del Tercer Mundo enfrentado a la dura alternativa de elegir entre, o bien aceptar el nuevo régimen y tener un menor número de muertes debidas a la pobreza, o bien, rechazar el cambio y tener un mayor número de muertes debidas a la pobreza. Esta respuesta, empero, no resulta convincente en boca de nuestros gobiernos. Ellos no se enfrentaron a la cruda disyuntiva de tener que elegir entre mantener el régimen anterior o presionar por este Tratado de la OMC. Podrían haber acordado que los aranceles sobre las importaciones manufacturadas a los que se enfrentan los países pobres no deberían ser superiores a los que encaran los países ricos, en lugar de ser, como ahora, cuatro veces más altos." (Pogge, 2005, pág. 33).

9. De Lucas, 1998, pág. 3.

plo, una mayor inversión privada origina trabajo y desarrollo, o que la globalización ha traído consigo también un mayor desarrollo tecnológico y científico, y gracias a ello un mayor control de las enfermedades, una expansión del conocimiento, etcétera. El problema no necesariamente puede provenir del modelo económico adoptado (la apertura de mercados, el libre comercio, la alta competitividad, entre otros)¹⁰. Más allá del modelo económico, los principales problemas se originan debido a factores ocultos, como la presión de los agentes económicos hacia los gobiernos de los Estados donde realizan su actividad, la corrupción, el repliegue del Estado respecto de su función promotora, reguladora o sancionadora; en definitiva, debido a la adopción de un modelo neoliberal a ultranza que rechaza todo tipo de regulación y de control, y que permite que los agentes económicos persigan el mayor beneficio, aún a costa de los derechos más elementales de otros.

2.2. El debilitamiento del estado-nación y su influencia en la desprotección de los derechos fundamentales

En la actualidad se aprecia una considerable disminución de las facultades del Estado. Al respecto, Jürgen Habermas señala tres manifestaciones que ilustran bastante bien estos cambios que se están produciendo en la concepción tradicional de las funciones o prerrogativas propias del Estado¹¹:

1) *Declive de la capacidad de control del Estado*, frente a problemas como el crimen organizado, el tráfico de armas, la contaminación ambiental, el terrorismo, las epidemias, etcétera.

2) *Déficit en la legitimación de los procesos de toma de decisiones o déficit de legitimación democrática*. Muchas de las decisiones que conciernen a los ciudadanos de los Estados se toman fuera del propio Estado, a través de negociaciones interestatales, tratados, convenios, y demás (el ejemplo paradigmático lo constituye la experiencia de la Unión Europea). El autor ve con preocupación las

10. El propio Thomas Pogge, quien es claramente un crítico de la globalización, señala que su tesis no es necesariamente contraria al fenómeno de la globalización económica, sino más bien a la situación de desigualdad de partida que ésta encubre. Por eso afirma que: "(m)uchos de los críticos del régimen de la OMC son (...) contrarios a la apertura de mercados, al libre comercio o a la globalización. Merece la pena subrayar que mi crítica no entraña tal posición. La queja que planteo contra el régimen de la OMC no es que abre demasiado los mercados, sino que abre nuestros mercados demasiado poco, por lo que obtiene para nosotros los beneficios del libre comercio mientras que se los niega a los pobre globales" (Pogge, 2005, pág. 35).

11. Habermas, 2001, págs. 5-6.

implicancias que esto pueden tener respecto de la democracia como forma de participación política de los ciudadanos. Paradójicamente, Habermas defiende un proyecto de Estado cosmopolita que, a decir de críticos como Danilo Zolo, se enfrenta al dilema de la participación democrática de los individuos¹².

3) *Incapacidad creciente de realizar el tipo de funciones organizativas y de gobierno que ayudan a asegurar la legitimidad.* Esto se traduce en manifestaciones como la imposibilidad de una planificación interna de la economía (sujeta a las directrices de las entidades internacionales -como el FMI, la OMC, el Banco Mundial, etcétera- o, peor aun, a las presiones de las transnacionales que constituyen verdaderos poderes de facto), o la renuncia por parte del Estado de su rol promotor de los derechos sociales (principalmente en el caso de los derechos laborales) cuando se considera que éstos no van de acuerdo con las exigencias impuestas por la lógica del mercado. Como advierte Habermas:

"El capital, libre y sin trabas, que en su búsqueda de oportunidades de inversión y beneficios especulativos está, por así decirlo, eximido de la obligación de permanecer en su país, puede amenazar con ejercer su opción de salida cada vez que un Gobierno pone limitaciones onerosas a las condiciones para la inversión interna con la intención de salvaguardar sus niveles de protección social, mantener la seguridad de los puestos de trabajo o preservar su propia capacidad de administrar la demanda"¹³.

A las tres manifestaciones indicadas por Habermas, hay que agregar otros ámbitos en los que el Estado ha retrocedido en relación a algunas de sus funciones tradicionales. Por ejemplo, hoy en día el Estado se repliega en su función reguladora o de producción normativa y da paso al llamado fenómeno de la *desregulación jurídica*, dejando amplios espacios para la regulación autónoma de los agentes económicos. Así, por ejemplo, muchos aspectos vinculados al comercio internacional se dejan en manos de los particulares interesados, como en el caso de la llamada *nueva lex mercatoria*¹⁴. Otro ejemplo muy ilustrativo de

12. Zolo, 2005a, págs. 60-62.

13. Habermas, 2001, pág. 6.

14. "La nueva *lex mercatoria*, integrada por usos y prácticas (contratos-tipo, reglas de asociaciones privadas, etc.) altamente frecuentes en las transacciones comerciales internacionales, es, en efecto, considerada por muchos autores como verdadero ordenamiento jurídico: se trata de normas, cuyos autores no son los Estados sino los operadores del comercio internacional, es decir, la *Societas Mercatorum*, el llamado "círculo de comerciantes más poderosos" o las Big Corporations del siglo XXI. (...) Versa,

desregulación es el caso del Internet; ámbito donde todavía existe una fuerte oposición a la regulación por parte de quienes consideran que el rápido e importante desarrollo producido en esta área se ha debido, entre otras cosas, al espacio de libertad y desregulación en que nació. A fin de que continúe dicho desarrollo, se considera que la regulación sobre Internet debe ser la mínima y elemental¹⁵. Pero quizá el problema más grave en relación al tema de la desregulación no sea el que se refiere a aspectos que atañen a las relaciones entre particulares o privados, sino el caso de la desregulación a nivel de derecho internacional, o lo que Luigi Ferrajoli ha denominado el vacío de derecho público:

"... o sea, de reglas subordinadas a los nuevos poderes transnacionales sean público o privados, que han depuesto los viejos poderes estatales, no ya por lo tanto en una sobredosis de Derecho, como he llamado a la inflación legislativa interna, sino en una falta de normas e instituciones a la altura de los nuevos problemas: falta de medios idóneos para garantizar la paz y la seguridad internacional, déficit de democracia en las instituciones supranacionales y ausencia de instituciones de garantía de los derechos humanos"¹⁶.

2.3. El problema de la universalidad de los derechos humanos

Que los derechos humanos son universales quiere decir que se atribuyen a todos los seres humanos -sin distinción de raza, sexo, condición socioeconómica, creencias, etcétera- e independientemente del contexto (lugar y tiempo). Ésta característica inherente a los derechos humanos plantea algunos problemas en el marco de la globalización. Aquí sólo nos ocuparemos de dos de ellos: de un lado, de la ya conocida discusión entre relativismo y universalismo moral en el contexto mundial de pluralismo cultural, derivado de los procesos de migración y de integración; y, de otro lado, de los actuales cuestionamientos a las categorías tradicionalmente empleadas por el derecho interno para atribuir derechos a los individuos -como el requisito de ciudadanía-, en el marco del Estado de derecho democrático y constitucional.

2.3.1. Universalidad de los derechos humanos y pluralismo cultural

A la luz de la actuales corrientes filosóficas, sociológicas y antropológicas a

pues, exclusivamente, sobre intereses empresariales, siendo su contenido acuerdos empresariales de producción, normalización, distribución de mercados, resolución extrajurisdiccional de conflictos, etc." (Marcilla, 2005, págs. 258-259).

15. Ibid, pág. 254, nota 35.

16. Ferrajoli, 2005a, pág. 90.

favor de la reivindicación del pluralismo cultural, del valor de la diferencia y de los lazos comunitarios, hoy se ponen en entredicho los postulados esenciales del liberalismo filosófico que están en la base de las declaraciones de derechos humanos y que a decir de sus críticos no ha representado otra cosa que el encubrimiento de una tendencia expansionista de Occidente en lo ideológico y cultural, y la afirmación de una concepción del individuo como sujeto desarraigado, sin vínculos sociales y carente de valores, como la solidaridad y la responsabilidad social. Desde la defensa del pluralismo cultural, al contrario, se rescata el valor del sujeto ubicado en un contexto social, que establece relaciones con otros miembros del grupo y que satisface, de ese modo, sus necesidades materiales, pero también emocionales, lo que le permite lograr tanto sus objetivos individuales, como contribuir al bienestar de su comunidad. Algunas de las tesis que enfatizan la defensa del pluralismo cultural han llevado, sin embargo, a ciertos postulados muy cuestionables, como la existencia de derechos colectivos o de grupo; la primacía de lo colectivo sobre lo individual; el relativismo moral, que arrastra el relativismo de los derechos humanos (denunciados como una invención de Occidente que oculta una forma de penetración cultural); la invocación de la tolerancia (uno de los grandes principios de liberalismo) respecto de las concepciones alternativas del mundo, que pueden no coincidir con valores como la dignidad o la autonomía del individuo; entre otros.

Desde el punto de vista interno, la defensa de la universalidad de los derechos humanos se enfrenta al problema del reconocimiento de las minorías culturales¹⁷ en progresivo aumento debido al fenómeno de la migración masiva. De este modo, el Estado se enfrenta a los conflictos derivados de las reivindicaciones de dichas minorías culturales en relación al mantenimiento de sus valores y costumbres, pero también al dilema de cumplir una función protectora e incluso promotora de dichas minorías (y cómo hacerlo) o, al contrario, mantener su neutralidad. A nivel externo se cuestiona la universalidad de los derechos tanto

17. Una minoría es un grupo humano diferenciado que se encuentra dentro del territorio de un Estado. El término minoría nos puede llevar a pensar que se trata siempre de un grupo reducido, pero no necesariamente es así. El aspecto cuantitativo puede no ser relevante para calificar como minoría a una colectividad de personas. Por ejemplo, en el caso del apartheid en Sudáfrica la mayoría negra era también una minoría. Por eso, el dato determinante no es el cuantitativo, sino la situación de desventaja (jurídica, económica, institucional, social, etcétera) del grupo humano. Así, puede hablarse de minorías, por ejemplo, en el caso de las mujeres, los homosexuales, los pobres, los ancianos y no solamente en el caso de minorías culturales. Se trata, por ello, de un término que alude a "grupos que sufren algún tipo de desigualdad o que padecen una situación que les impide o dificulta el ejercicio de los derechos" (Prieto, 1994, pág. 370).

desde concepciones teóricas relativistas, como desde perspectivas realistas que denuncian la masiva violación de derechos humanos en muchos lugares del mundo.

Para algunos autores, la discusión sobre los fundamentos que respaldan la universalidad de los derechos humanos deviene en un problema teórico de segundo nivel a partir de la firma de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que implica la aceptación de dicha universalidad por parte de los Estados del mundo. El principal problema de los derechos humanos hoy en día no es su fundamentación, sino su protección, decía ya hace algún tiempo Norberto Bobbio¹⁸. Aunque el profesor italiano no deja de tener razón, el retorno del relativismo y el escepticismo moral, y el cuestionamiento de la solidez del fundamento consensual de los derechos humanos -basado en la Declaración Universal- mantienen vigente la discusión sobre su universalidad.

Pablo de Lora señala tres problemas que presenta el fundamento consensual de los derechos humanos¹⁹. Primero, el consenso al que se alude no es tal en la práctica. Así, muchos de los Estados que han suscrito la Declaración Universal de 1948 incurren en graves violaciones de estos derechos. Segundo, si el fundamento de los derechos humanos resulta ser el consenso a que han llegado los Estados del mundo, ese consenso bien puede ser modificado, o incluso cancelado, por un nuevo consenso. Por último, aunque es verdad que existe un acuerdo sobre una lista de derechos, no existe acuerdo sobre sus *contenidos y alcances*, y precisamente son esos los aspectos que originan muchos de los conflictos actuales en relación al tema de los derechos humanos.

Las divergencias a que alude la última crítica de De Lora sobre el fundamento consensual de los derechos para algunos no tienen solución y, más bien, consolidan el escepticismo respecto a la posibilidad de encontrar un fundamento absoluto o irresistible de los derechos humanos, y afianzan el relativismo moral. Sin embargo, la tesis del relativismo moral presenta aún más graves problemas y peligrosas consecuencias. En primer lugar, incurre en una contradicción porque pretende sostener como argumento moral válido que los derechos son relativos,

18. Bobbio, 1985, págs. 91-95. Como recuerda el autor, esta tesis suya fue presentada por primera vez en sus ensayos titulados *Sobre la base de los derechos del hombre* (1965) y *Presente y futuro de los derechos del hombre* (1968).

19. De Lora, 2006, págs. 136-137.

cuando su propia tesis sostiene la relatividad de las afirmaciones morales. En segundo lugar, constituye una posición autofrustrante que torna inútil la discusión sobre creencias previamente calificadas de verdaderas. "En el debate sobre la diversidad cultural esto supondría presentar como una verdad inmune a la crítica la tesis de que las prácticas culturales se apoyan en unas creencias que no pueden ser objeto de críticas desde otro marco cultural"²⁰. En tercer lugar, "conduce a una especie de universalismo pero a escala local ya que cada cultura reproduce a su modo su propio universo, donde no falta su concepción de la ciencia y de la moralidad"²¹. En cuarto lugar, este tipo de opción moral conduce al aislamiento de las culturas e impide la cooperación²². Por último, el relativismo moral permite justificar el *statu quo* imperante y, de este modo, otorgarle legitimidad a las violaciones de derechos humanos²³.

Frente al relativismo ético, se ratifica la necesidad de encontrar razones -más allá de la Declaración de 1948- para sostener la universalidad de los derechos y el compromiso de su protección y respeto. Así, por ejemplo, se formulan tesis que afirman la posibilidad de reconocer ciertas necesidades básicas, vinculadas a la naturaleza del ser humano, que corresponderían o se identificarían con ciertos derechos. Por ejemplo, la necesidad física de desplazarse sustentaría el derecho a la libertad de movimientos²⁴.

20. Sastre, 2004, pág. 6.

21. Ibid.

22. Ibid.

23. En esta misma línea, Brian Barry, hace frente a las posturas comunitaristas de Michael Walzer y pragmatistas de Richard Rorty, que rechazan la posibilidad de establecer principios abstractos de orden universal y se inclinan por respetar las instituciones propias de cada sociedad. Frente a esto, Barry manifiesta que: "Los estudiantes de Pekín o los manifestantes de Moscú recibirían malas noticias si fuera verdad que el único argumento válido fuera el recurso a las prácticas propias de cada sociedad. Las peticiones de reforma podrían zanjarse taxativamente con la respuesta siguiente: "El reconocimiento de los derechos humanos no es la práctica habitual aquí y nunca lo ha sido". Afortunadamente esta teoría relativista es falsa" (Barry, 1992, pág. 220). También en respuesta al relativismo cultural que afirma la supuesta imposición de Occidente a Oriente de lo que serían sus estándares y criterios morales, no compartidos por las culturas asiáticas, resulta verdaderamente esclarecedor el análisis que hace Amartya Sen acerca del desarrollo de valores como la igualdad, la tolerancia y otros, en la tradición de las culturas asiáticas. A partir de un repaso de los testimonios de antiguos pensadores budistas, indios, musulmanes, e incluso desde interpretaciones no tendenciosas de Confucio, Sen advierte lo siguiente: "Lo que debemos comprender es que los defensores modernos de la visión autoritaria de los "valores asiáticos" basan sus ideas en interpretaciones muy arbitrarias y en selecciones extraordinariamente limitadas de autores y tradiciones. La libertad no es valorada sólo por una cultura, y las tradiciones occidentales no son las únicas que nos preparan para adoptar un enfoque de los problemas sociales basados en la libertad." (Sen, 2000, pág. 290).

24. De Lora, 2006, págs. 109-111. Ver también: Garzón, 2004b, págs. 49-55 (quien defiende un objetivismo ético basado en la universalidad de ciertas necesidades básicas), y Vázquez, 2005, pág. 495.

A decir de Victoria Camps la tesis de los valores universales suele sustentarse desde dos opciones filosóficas distintas: a) el trascendentalismo que parte de una supuesta razón universal y que establece los principios fundamentales de la justicia (aquí se encontrarían las propuestas liberales de Kant y de Rawls), y b) el criterio de las consecuencias ("según el cual la prueba de que ciertos valores -como los del mundo occidental- deben aceptarse universalmente radicaría en el hecho de que han sido vehículo del progreso, de la modernización de las sociedades industriales"²⁵). En relación a esta última tesis, la autora respalda la necesidad de tener una visión crítica del supuesto progreso de Occidente, discutible dependiendo del enfoque que se tenga²⁶. Respecto de la primera tesis, propia de la filosofía liberal, la autora repara en las críticas relativas a la artificialidad de sus presupuestos, como el de la imparcialidad del sujeto que los determina²⁷. Sin embargo, Camps no rechaza la propuesta de establecer ciertos principios de justicia universal (y en esto recoge el aporte del liberalismo), aunque opta por un *pragmática real*, en vez de por una pragmática trascendental, de la ética comunicativa, al momento de resolver conflictos éticos²⁸.

Como sabemos, desde una concepción liberal -precisamente a partir de la cual se construye históricamente el discurso sobre los derechos humanos, que coincide con las primeras declaraciones de derechos- los derechos humanos se sustentan en la autonomía y la dignidad del ser humano, y forman parte de esos principios de justicia que permiten una convivencia pacífica de los sujetos y grupos, independientemente de sus diferencias o particulares concepciones de *vida buena*. Además, para el liberalismo, los derechos humanos son derechos del individuo y no de la comunidad, estando ésta al servicio de aquél. En la medida que se respeten los principios básicos de justicia, como los derechos humanos, deben ser aceptadas las diferentes cosmovisiones de los sujetos o de los grupos humanos, e incluso toleradas aquellas que resultan extrañas a las particulares concepciones del bien de la mayoría. La tolerancia es, sin duda, uno de los grandes principios del modelo liberal. Pero, para el liberalismo no todo es aceptado, hay valores innegociables, como la dignidad y la autonomía del sujeto. Como bien señala Luis Prieto:

25. Camps, 2004, págs. 88-90.

26. Por eso Camps se pregunta: "¿Con qué derecho decimos que el progreso tiene un solo sentido?, o ¿por qué identificar progreso con modernización? ¿Es que podemos afirmar sin más que la modernización ha traído consigo la igualdad predicada por los derechos humano?" (Ibid, pág. 89).

27. Los principios de justicia que se desprenden de estas tesis suponen lo que Quine denominó el exilio cósmico, esto es, un sujeto que los evalúa desde fuera del mundo. (Ibid, pág. 88).

28. Ibid, pág. 93.

"El liberalismo es, pues, muy liberal, pero sólo con quienes aceptan sus premisas fundamentales, y acaso existan razones muy fuertes para mantener su superioridad, pero, al menos, sin añadir que nuestra cultura liberal se caracteriza porque en ella tienen cabida todas las demás, pues sencillamente tal cosa no es cierta"²⁹.

Es claro, entonces, que desde un enfoque liberal la tolerancia no significa tolerar todo³⁰. La tolerancia supone dar razones morales en cada caso. Es importante rescatar la referencia a las razones morales pues, como sostienen algunos autores, el relativismo incurre en una falacia al adjudicarle relevancia moral a los hechos (una costumbre, por ejemplo), sin mayor argumentación. Al contrario que los relativistas, estos autores resaltan la necesidad de someter la moral positiva a la moral crítica³¹.

En relación a la aceptación de las diversas prácticas culturales, el liberalismo enfatiza la primacía del individuo sobre el grupo, pero, a la vez, respeta las

29. Prieto, 1994, pág. 376. De igual forma opina Victoria Camps cuando señala que: "la humanidad como ideal y la protección del individuo han sido los dos estandartes de la ética. Las diferencias, tanto individuales como grupales, han de ser salvadas y defendidas de intromisiones y alienaciones, siempre y cuando, al mismo tiempo, se preserven y queden garantizados los contenidos básicos de la justicia, la dignidad o la humanidad. Respecto a éstos no caben ni son aceptables los relativismos." (Camps, 2004, pág.93). De hecho esa es una de las objeciones que le hacen los autores comunitaristas al liberalismo. La neutralidad respecto de las concepciones de bien, proclamada por el liberalismo político, es cuestionada por MacIntyre, quien entiende que la opción por una primacía de la autonomía del individuo constituye, en sí misma, una concepción individualista del bien (Barry, 1992, págs. 223-224). También desde una propuesta crítica del pensamiento liberal, León Olivé afirma la posibilidad de establecer un diálogo intercultural que respete la diversidad y que permita arribar a acuerdos, aunque éstos no necesariamente se produzcan. Sin embargo, el autor rechaza la tesis liberal del consenso racional universal que parte de valores predeterminados e inamovibles. Según Olivé, el consenso intercultural no tiene porque responder a los mismos valores cuando es posible lograr "acuerdos racionales sobre normas de convivencia política, a partir de concepciones del mundo que incluyen diferentes normas y valores morales o cognoscitivos" (Olivé, 2004, pág. 346). El consenso, cuando es posible, no necesariamente tiene que responder a las mismas razones, señala el autor. Por ejemplo, el derecho a que una cultura sea respetada, puede obedecer a dos razones diferentes: para unos, hay que respetarla porque las culturas sirven al ser humano, constituyen un "horizonte de elección para desarrollar su plan de vida"; para otros, una cultura debe ser respetada porque es valiosa en sí misma (Ibid, pág. 353).

30. Como afirma Ernesto Garzón: "En el caso de la tolerancia, quien se salta el cerco de la intolerancia pierde todo criterio para precisar qué es lo tolerable. Lo que queda dentro del cerco es justamente lo tolerable. Si no hay nada que sea intolerable no es posible saber qué sentido tiene decir que algo es tolerable. (...) Ningún sistema normativamente correcto puede contener simultáneamente su negación interna ya que ello significaría la renuncia a todo criterio de corrección, que es justamente lo que un sistema normativo pretende establecer. No hay que confundir tolerancia con anarquía." (Garzón, 2004a, pág. 11).

31. Garzón, 2004b, págs. 45-46; Ferrajoli, 2005b, pág. 364.

manifestaciones culturales que reflejan las particulares formas de vida de sus miembros, siempre que no vulneren la autonomía y la dignidad del sujeto. Como señalamos anteriormente, el liberalismo entiende que las culturas, las comunidades o las distintas agrupaciones de personas que tienen valores y objetivos comunes, deben estar al servicio del individuo y en ello encuentran su justificación moral. En esa misma línea, Santiago Sastre subraya la *artificialidad* de la cultura, al ser ésta una creación del ser humano (por ello, para el ser humano), y no un hecho de la realidad o de la naturaleza³². De igual forma, Ernesto Garzón considera que debe negarse el "carácter sacrosanto de las formas de vida colectivas" y que éstas deben ser sometidas a la crítica, en función del beneficio del individuo³³. Finalmente, Victoria Camps considera que las diferencias culturales deben ser respetadas en razón de que las culturas constituyen espacios de realización del individuo que permiten "compensar los defectos de la modernización":

"Frente al individualismo, al predominio de la técnica sobre las humanidades, frente a la masificación que es degradación, las diferencias culturales están en condiciones de cultivar un huerto más personal, más cuidado, y de promover aquellas actitudes hacia la solidaridad y la participación indispensables en una cultura auténticamente democrática"³⁴.

Como ya se indicó, el límite vendría establecido por el respeto de los principios de justicia que resultan infranqueables, como la dignidad y la autonomía del individuo. Las costumbres y prácticas culturales más diversas deben ser aceptadas porque corresponden al ámbito de la felicidad y no de la justicia (esto es, a las elecciones individuales de lo que consideramos mejor o bueno para nosotros -como nuestras creencias, opciones sexuales, etcétera- y no a los principios elementales de convivencia humana). El problema, que es puesto de manifiesto por Camps, es que muchas veces la distinción entre estos dos ámbitos no es tan evidente³⁵. En

32. Sastre, 2004, pág. 4.

33. Garzón, 2004b, pág. 59. El autor va más allá en su propuesta y hace referencia, también, al deber de disposición al cambio que tendrían las culturas, en lugar de "aspirar a una reiteración obsoleta de formas de vida que dificultan la participación en el desarrollo general de la humanidad" y que convertiría a estas comunidades en históricamente suicidas (Ibid, pág. 57). Esta última tesis puede ser criticada por dos razones: en primer lugar, porque podría estar suponiendo una idea de progreso (el de la cultura occidental) que es discutible y, en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, porque supondría una actitud invasiva de una cultura respecto de otras.

34. Camps, 2004, pág. 100.

35. Ibid, págs. 91-92.

todo caso, se debe procurar distinguir, siempre que se pueda, entre *valores éticos* y *valores simplemente culturales*, porque muchas veces no existe un dilema ético entre los valores culturales y los principios universales, sino respecto de esos valores culturales y el ideal occidental de desarrollo, hoy ampliamente extendido en el mundo gracias al fenómeno de la globalización. Como refiere la autora: "El problema fundamental hoy es que la cultura, los valores culturales sin más, no se miden, de hecho, desde patrones éticos, sino desde cánones de la cultura de masas, que es la cultura de los países ricos y desarrollados, de las sociedades industriales orientadas al crecimiento"³⁶.

2.3.2. *La ciudadanía como condición de discriminación*

El concepto de ciudadanía surge como una reivindicación igualitaria frente al Antiguo Régimen y coincide con las primeras declaraciones de derechos del hombre. Sin embargo, es importante advertir cómo la emergente idea de un nuevo soberano identificado con la nación produce el "salto casi imperceptible pero inmenso entre los individuos y los ciudadanos (...) consagrado definitivamente por la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789"³⁷. De este modo, se pasa del universalismo de los derechos -que parte de una tradición iusnaturalista racionalista de matiz cosmopolita- al estatismo de los derechos, que, en sus versiones más débiles (Kant) o más fuertes (Hobbes, Spinoza) supone una forma de exclusión de derechos de los sujetos que no son parte de la comunidad³⁸. "Los derechos del hombre, así, se poseerán en la medida en que estemos ante un ciudadano y sólo dentro del ámbito de la correspondiente ciudad, esto es, del correspondiente Estado"³⁹.

Autores como Luigi Ferrajoli manifiestan que es preciso cuestionar la legitimidad del concepto de ciudadanía que actualmente contribuye a mantener una situación de privilegios y de diferencias discriminatorias entre nacionales y extranjeros inmigrantes (muchas veces injustificadas) y que, además, contraviene el reconocimiento universal de los derechos expresamente señalado por la Declaración de 1948 y demás tratados internacionales de derechos humanos. Para Ferrajoli:

36. Ibid, pág. 96.

37. Ruiz Miguel, 1992, pág. 101.

38. Ibid, págs. 102-103.

39. Ibid, pág. 103.

"En la crisis de los Estados y de las comunidades nacionales que caracteriza este fin de siglo conectada con fenómenos paralelos como las migraciones de masas, los conflictos étnicos y la distancia cada vez mayor entre Norte y Sur, es preciso reconocer que la ciudadanía ya no es, como en los orígenes del Estado moderno, un factor de inclusión y de igualdad. Por el contrario, cabe constatar que la ciudadanía de nuestros ricos países representa el último privilegio de status, el último factor de exclusión y discriminación, el último residuo premoderno de la desigualdad personal en contraposición a la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales"⁴⁰.

El profesor italiano no sólo propone considerar caduco el concepto de ciudadanía (en realidad cree que debería extenderse a todo el género humano, en consonancia con su concepción cosmopolita de ciudadanía universal)⁴¹, sino también adoptar medidas concretas de extensión de derechos universales, como el de residencia y el de libre circulación, a todos los individuos⁴². Por su parte, Javier de Lucas considera que algunos derechos políticos y la prestación de ciertos derechos sociales, que son derechos universales del ser humano, deben comprender también a los inmigrantes que -como el autor refiere- participan en la vida económica del país al que llegan y contribuyen a su desarrollo, pero, sin embargo, están excluidos del espacio público y de la toma de decisiones por carecer del estatus de ciudadanía⁴³.

Son varias las críticas que se pueden formular a la propuesta de eliminación de la ciudadanía como criterio de atribución de derechos. Por ejemplo, Ermanno Vitale considera que Ferrajoli no ha tomado en cuenta que la ciudadanía es una garantía de protección y satisfacción de los derechos del individuo, no sólo en el

40. Ferrajoli, 2001b, págs. 116-117.

41. Ibid, pág. 119.

42. Ibid, pág. 117. Contra las críticas que afirman el carácter utópico de la tesis de Ferrajoli, el autor responde que la suya no es una propuesta normativa, sino descriptiva de lo que ya está establecido por el orden jurídico internacional. Así, recuerda que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos el derecho a emigrar y el de libre circulación por los territorios de los Estados constituyen derechos universales, humanos, y no del ciudadano; de manera que al no respetarse dicha universalidad restringiéndose el ejercicio de estos derechos sólo al caso de los ciudadanos del Estado, se produce una verdadera antinomia que debe ser resuelta, por exigencia del propio derecho constitucional e internacional positivo (Ferrajoli, 2005b, págs. 335-336).

43. De Lucas, 1998, págs. 4-9. Para una propuesta más reciente ver De Lucas 2004, donde el autor defiende una concepción de ciudadanía múltiple y gradual, basada en el acceso paulatino de los inmigrantes a la vida política de la comunidad, que vaya de la ciudadanía como vecindad (con derechos políticos en el ámbito municipal), a la esfera autonómica, luego estatal y finalmente europea.

caso de los derechos políticos, sino de todos los derechos fundamentales (y en especial de los derechos sociales), debido a su conexión con la autoridad, organización y capacidad de acción del Estado⁴⁴. Otra de las críticas a esta propuesta deriva de la posibilidad práctica y realista de otorgar derechos sociales a los no ciudadanos. Es importante recordar que los derechos sociales están sujetos, en su satisfacción efectiva, a las contingencias presupuestales de cada Estado y se suele considerar moralmente correcto que, dada la escasez de recursos, se de prioridad a quienes tienen una relación de pertenencia más fuerte con un determinado Estado (los nacionales). Por último, la propuesta de eliminación del criterio de ciudadanía no toma en cuenta la dimensión que tiene la misma como manifestación del vínculo político del individuo con su comunidad. La revaloración de este aspecto de la ciudadanía, a partir de las propuestas de la democracia participativa, el republicanismo cívico, o las teorías de la sociedad civil, hoy en boga, merece una especial consideración al momento de evaluar la legitimidad actual de este concepto.

Como refieren Will Kymlicka y Norman Wayne, durante mucho tiempo el estudio del concepto de ciudadanía enfatizó el aspecto de los derechos y no el de la pertenencia o el compromiso político del sujeto. Así, tras la Segunda Guerra Mundial la noción de ciudadanía se restringe casi en su totalidad a la posesión de derechos⁴⁵. No obstante, desde enfoques más recientes se tiende a revalorar el aspecto de las responsabilidades y virtudes del ciudadano, y no sólo el del reconocimiento de derechos. Más allá de los derechos, la ciudadanía resurge como vínculo de pertenencia a la comunidad y exige cierto nivel de compromiso político por parte de sus miembros. Contra este tipo de propuestas, Ferrajoli objeta, desde una teoría liberal, lo siguiente:

"... es precisamente esta particular configuración de los derechos como derechos del hombre y no del ciudadano el rasgo que caracteriza la concepción moderna -individualista y no comunitarista- de la libertad; la asociación

44. Vitale, 2005, págs. 469-472. De igual forma piensa Pedro de Vega, cuando se manifiesta contrario a las propuestas cosmopolitas de ciudadanía universal, y señala que: "Difuminada la ciudadanía en una organización planetaria, difícilmente podrá nadie alegar derechos y esgrimir libertades (que es a la postre donde radica la esencia de la ciudadanía) ante unos poderes que sigilosamente ocultan su presencia." (De Vega, 2001, pág. 170).

45. "La exposición más influyente de esta concepción de la ciudadanía como posesión de derechos fue la de T. H. Marshall en *"Citizenship and Social Class"*, escrito en 1949. En opinión de Marshall, la ciudadanía consiste esencialmente en asegurar que cada cual sea tratado como un miembro pleno de una sociedad de iguales. La manera de asegurar este tipo de pertenencia consiste en otorgar a los individuos un número creciente de derechos de ciudadanía" (Kymlicka, 1997, pág. 4).

marshalliana de la libertad y de los restantes derechos a la ciudadanía como "pertenencia" a una "determinada comunidad" se convierte, por el contrario, en reflejo de una noción política de la libertad, propia del mundo antiguo, interpretada no como libertad del individuo en cuanto tal, sino del ciudadano en cuanto no esclavo ni extranjero, como miembro y partícipe de una polis o de una comunidad política"⁴⁶.

El compromiso político del ciudadano que proponen quienes defienden estas versiones de democracia participativa, republicanismo cívico y demás teorías similares, en respuesta al liberalismo político tradicional, no supone, contra lo que señalan sus críticos, una concepción perfeccionista del sujeto (como sabemos, inaceptable desde una concepción liberal que enfatiza tanto la autonomía del sujeto como la neutralidad del Estado en relación a las diversas *concepciones del bien* o de *vida buena*). Además, en muchos casos, alguna forma de compromiso ciudadano termina siendo una exigencia ineludible para la subsistencia del modelo democrático y de la propia convivencia de los seres humanos. Nosotros compartimos este planteamiento, cuya pertinencia se advierte claramente en los supuestos que Kymlicka y Wayne reseñan a continuación, y donde hay que tomar en cuenta las formas en que las actitudes responsables de los individuos son imprescindibles para el buen desarrollo de las políticas públicas:

"... el Estado sería incapaz de proveer cuidados sanitarios adecuados si los ciudadanos no actúan responsablemente hacia su propia salud (siguiendo una dieta balanceada, haciendo ejercicio y controlando el consumo de alcohol y tabaco); el Estado puede tornarse incapaz de satisfacer las necesidades de los niños, los ancianos y los discapacitados si los ciudadanos no aceptan su cuota de responsabilidad en cuanto a la atención de sus propios parientes; el Estado no podrá proteger el medio ambiente si los ciudadanos no aceptan reducir el consumo o practicar el reciclaje en sus hogares (...); los intentos de crear una sociedad más justa van a sufrir serios tropiezos si los ciudadanos exhiben una intolerancia crónica hacia la diferencia o si carecen de lo que Rawls llama "sentido de la justicia" (...). Sin cooperación y autocontrol en estas áreas "la capacidad de las sociedades liberales de funcionar con éxito disminuye progresivamente" (...)"⁴⁷.

46. Ferrajoli, 2001b, pág. 100. Es curioso que tanto Ferrajoli como Kymlicka y Wayne se referan a la teoría de Marshall para ilustrar y criticar los dos puntos de vista de la noción de ciudadanía (cfr. nota 46).

47. Kymlicka, 1997, pág. 9.

3. *Perspectivas y propuestas*

3.1. **¿Hacia el fin del Estado?: las propuestas del cosmopolitismo jurídico**

En relación a la evolución del concepto de soberanía, Ferrajoli advierte que mientras a *nivel interno* se ha consolidando el modelo de Estado de derecho como garantía del cumplimiento de las normas jurídicas y del respeto de los derechos fundamentales -de manera que dentro de un Estado constitucional de derecho no existen poderes o sujetos absolutos-, a *nivel externo* se ha conservado el *estado de naturaleza* en el que prima la *ley del más fuerte*. De este modo, hoy existen Estados que si bien a nivel interno cumplen con los requisitos de un Estado constitucional de derecho, a nivel externo imponen su voluntad y se sus traen a todo control⁴⁸. En este contexto y en virtud de la denominada crisis del Estado-nación, que se manifiesta en el abandono de sus funciones tradicionales (reguladora, planificadora, promotora de derechos, etcétera), ciertos autores cuestionan la idoneidad del Estado como alternativa para la solución de los problemas que presenta hoy en día la globalización, y se preguntan si no será más bien que, quizá, la globalización constituye la partida de defunción de un modelo de organización político y jurídico ya caduco.

Desde el resurgimiento del pensamiento cosmopolita⁴⁹, se propone el fin de la soberanía nacional (y del Estado soberano) y se formulan modelos alternativos de integración jurídico-política mundial, como, por ejemplo, la concentración mundial del uso de la fuerza (en un gobierno mundial, con una policía mundial o un ejército mundial) o de la función jurisdiccional (en tribunales internacionales), o la creación de formas de participación política mundial (a través de un Parlamento mundial), y demás elementos necesarios para que, en última instancia, se constituya un Estado mundial o global. Lo que estaría detrás de este ambicioso proyecto es la llamada *domestic analogy*, esto es, la idea de que es

48. Ferrajoli, 2001a, págs. 314-319.

49. El ideal cosmopolita considera al ser humano como miembro de una comunidad mundial con la cual se encuentra comprometido. Así, el compromiso social, político, ético o jurídico del individuo no se circunscribe únicamente a su Estado, nación o comunidad, sino que abarca a toda la comunidad de seres humanos. Se puede hablar de cosmopolitismo en varios sentidos (cosmopolitismo jurídico, cosmopolitismo moral, etcétera), pero, como sostiene Thomas Pogge, todos los enfoques cosmopolitas comparten tres características: 1) Individualismo ("las unidades básicas de preocupación moral son los seres humanos, o las personas"); 2) Universalidad ("la condición de ser unidad básica de preocupación corresponde a cada ser humano vivo por igual"); 3) Generalidad ("Las personas son unidades básicas de preocupación para todos los seres humanos y no sólo para sus compatriotas, correligionarios u otras personas por el estilo"). (Pogge, 2005, pág. 216).

posible trasladar las características y funciones propias del Estado nación al Estado mundial (con igual capacidad de coacción, organización, regulación, y demás), pues si hasta ahora el Estado ha contribuido adecuadamente al desarrollo de sus comunidades y a la protección de los derechos a nivel interno, ese mismo modelo podría ser igualmente eficaz a nivel global.

Las propuestas del globalismo jurídico no son, sin embargo, uniformes. No todos los autores consideran factible, por ejemplo, la creación de un Estado mundial con las mismas prerrogativas y características que tienen los Estados-nación⁵⁰. En un ilustrativo trabajo sobre el tema, Danilo Zolo desarrolla y critica las tesis de Kelsen, Habermas, Bobbio y Ferrajoli (y realiza las necesarias e inevitables referencias al proyecto cosmopolita que Kant presenta en *La Paz Perpetua*). Algunas de las propuestas coincidentes de estos autores son: el reconocimiento del individuo -y no sólo de los Estados u organismos internacionales- como sujeto de derecho internacional; la implantación de tribunales internacionales para la defensa de los derechos humanos o para la sanción de crímenes de la humanidad, cuyos fallos tengan carácter vinculante respecto de todos los Estados; la creación de una fuerza armada o policía internacional para la tutela de la paz; etcétera⁵¹.

En relación al presupuesto del que parten quienes defienden la creación de un Estado mundial, esto es, el fin del Estado (o, en todo caso, su existencia meramente nominal, en la medida que perdería uno de sus elementos más característicos desde la consolidación del Estado moderno: la soberanía), Lorenzo Córdova sostiene que se subestima la importancia que hoy en día tiene el Estado en la protección y garantía efectiva de los derechos fundamentales, en especial en los casos en los que las entidades supranacionales dedicadas a este fin han demostrado su ineficacia. Además, señala que en el caso de los derechos sociales el Estado cumple un rol fundamental en la implementación de los presupuestos materiales necesarios para la satisfacción de los mismos, función que hoy por hoy no podría cumplir otra institución con los mismos resultados⁵². También revalorando la importancia del Estado, Zolo considera que existen ciertas funciones que éste cumple y que no podrían cumplir otras entidades de tipo regional o global, concretamente en lo que respecta al vínculo político que establece respecto de los ciudadanos. El autor refiere que:

50. Kelsen, por ejemplo, opta más bien por un modelo de Estado federal mundial que comprenda a todos los Estados. (Zolo, 2005a, pág.35).

51. Ibid, págs. 31-37, 49-62, 116-119.

52. Córdova, 2005, págs. 457-459.

"Sólo el Estado nacional puede garantizar una relación óptima entre extensión geopolítica y lealtad de los ciudadanos (...) Y la cohesión y la lealtad política -pese a estar garantizadas abstractamente en las sociedades modernas por medio del derecho- implican, en todo caso, la existencia de vínculos pre-políticos entre los miembros del grupo o, lo que es lo mismo, remiten a una "identidad colectiva". Y ha podido comprobarse que la conservación de las relaciones de identidad se hace cada vez más incierta en la medida que el ámbito geopolítico del Estado se dilata hasta incluir culturas muy diferentes entre sí"⁵³.

Pero lo más grave de las propuestas del globalismo jurídico no estaría en lo que dejan (el Estado), sino en lo que toman (el modelo de Estado o gobierno mundial y de concentración del uso de la fuerza en una sola entidad supranacional). Según Zolo, estas ideas orientadas a una unificación política del mundo significan, de un lado, una grave amenaza a la diversidad y, de otro lado, lo más grave, suponen dejar en manos de alguien la construcción y garantía de ese gobierno del mundo. Estas propuestas, explica el autor, siguen un modelo ya conocido que considera que existen ciertos Estados -coincidentalmente las grandes potencias mundiales- que debido a su expreso compromiso con ciertos ideales democráticos cumplen el papel de ser los guardianes del orden mundial, son los llamados *señores de la paz* (hoy, sin duda, el ejemplo paradigmático, de rasgos incluso mesiánico, atribuidos por su propio gobernante, es el de los Estados Unidos de América). Por ello, estos modelos que buscan minimizar la soberanía de los Estados y transferirla a un gobierno o Estado mundial lo único que provocan, según la tesis realista de las relaciones internacionales de Zolo, es la legitimación de la situación de poder prácticamente absoluto de ciertos Estados, imperante en la esfera internacional⁵⁴. Contra el globalismo jurídico, el profesor italiano defiende un derecho *supranacional mínimo* y de carácter subsidiario respecto de las competencias normativas de los Estados soberanos⁵⁵.

53. Zolo, 2005b, págs. 102-103. Ferrajoli responde a esta objeción de Zolo afirmando que no es la homogeneidad política y cultural lo que buscan las constituciones del Estado de derecho, sino la protección de los derechos de individuos muy distintos entre sí, y que, por tanto, no necesariamente forman parte de un grupo social homogéneo (Ferrajoli, 2005b, pág. 338).

54. Zolo, 2005a, págs. 12, 16-17.

55. "Personalmente, me inclino por una visión policéntrica y conflictiva de las relaciones internacionales más que por este modelo globalista, una visión que revalorice la relación entre los principios jurídicos y las diferentes identidades culturales, entre la paz y la autonomía nacional, entre la tutela de la libertad y la soberanía del Estado de derecho. Como alternativa del iusglobalismo, propongo un "derecho supranacional mínimo" (y un "pacifismo débil") que sea capaz de coordinar a los sujetos de la polí-

Finalmente, es importante señalar las críticas formuladas a las teorías del globalismo jurídico en relación al problema de cómo hacer efectiva la participación democrática de los sujetos en un contexto mundial. En ese sentido, Pedro de Vega se cuestiona por el futuro del poder constituyente y de la propia democracia en este tipo de planteamientos que renuncian al modelo de Estado⁵⁶. Danilo Zolo le hace esta misma objeción a la propuesta cosmopolita de Habermas⁵⁷.

3.2. Necesidad de una esfera pública mundial: instituciones, regulaciones y jurisdicciones vinculantes a nivel global

Más allá de las propuestas radicales del cosmopolitismo jurídico (como la del fin del Estado y la creación de un Estado mundial), hoy en día se advierte la necesidad de introducir algunos cambios en el orden jurídico y político mundial, que permitan trasladar algunos de los elementos esenciales del modelo del Estado de derecho constitucional al ámbito internacional, y alcanzar lo que Luigi Ferrajoli denomina una *esfera pública mundial*, esto es "el conjunto de las instituciones y funciones destinadas a la tutela de intereses generales, como la paz, la seguridad, los derechos fundamentales, la tutela del entorno y demás intereses colectivos"⁵⁸, que sirvan para llenar el vacío de derecho público que existe a nivel internacional⁵⁹.

Según Ferrajoli, es posible reconocer el *embrión de Constitución mundial* en la Carta de las Naciones Unidas y demás declaraciones y pactos internacionales de derechos humanos⁶⁰. Pero si mantenemos una concepción crítica de las propuestas globalistas quizá no nos convenza la idea de elaborar un documento tan ambicioso como una Constitución mundial. No obstante, cualquiera sea el enfoque que adoptemos sobre el tema, sin duda nos parecerá necesario establecer una

tica internacional según una lógica de subsidiariedad normativa respecto a la competencia de los ordenamientos estatales. Y ello concediendo una cantidad limitada de poder propiamente supranacional a los órganos centralizados y promoviendo una "regionalización policéntrica" de las principales funciones internacionales, sobre todo la de garantizar la paz." (Zolo, 2005b, pág. 100. Para más información sobre su propuesta ver: Zolo, 2005a, págs. 19, 64, 129 y 132, donde, además de lo ya dicho, desarrolla la idea que el derecho internacional debe referirse a relaciones entre sujetos colectivos y no particulares; subraya la importancia de la negociación multilateral entre Estados para la producción y aplicación del derecho, como alternativa al desplazamiento de la soberanía de los Estados; resalta la necesidad de que, en los hechos, todos los Estados sean igualmente soberanos; etcétera).

56. De Vega, 2001, págs. 169-170, 214.

57. Ver nota a pie de página número 12.

58. Ferrajoli, 2005a, pág. 85.

59. Ibid, pág. 90.

60. Ferrajoli, 2005b, pág. 379.

mínima regulación conjunta respecto de ciertos temas en los que las normas internas de los Estados terminan siendo insuficientes o inadecuadas hoy en día, como en el caso de las regulaciones básicas en materia de derechos laborales, actualmente sometidos a un mercado laboral desregulado; la necesidad de normas comunes para proteger el medio ambiente, perseguir el crimen organizado y el terrorismo, y regular aspectos relativos al Internet, como los supuestos de acceso a material pornográfico o los casos de violación de derechos como el honor o la intimidad⁶¹; etcétera.

Otra de las propuestas que actualmente se plantea es la reforma de algunas instituciones internacionales que muestran un déficit de democracia. Por ejemplo, varios autores proponen una reestructuración del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas⁶², que le otorgue una constitución más acorde a la composición real del mundo (con Estados pobres y no sólo ricos)⁶³.

61. Por ejemplo, en el caso de los llamados cookies o huellas electrónicas, que son archivos que almacenan información sobre los usuarios de Internet (datos sobre poder adquisitivo, domicilio, gustos, preferencias sexuales y otros), obtenidos a partir de las diversas operaciones que éste realiza en la red. Los cookies permiten no sólo identificar al usuario, sino incluso elaborar un perfil de sus gustos que luego es utilizado por las empresas de publicidad (Gascón, 2004, pág. 11). O también en el caso del *Total Information Awareness* (TIA), que es el sistema de espionaje desarrollado por el Pentágono de los Estados Unidos de América a raíz de los atentados terroristas del 11 de Septiembre. Se trata de una red de espionaje global que estaría funcionando a partir de la información voluntariamente proporcionada por entidades públicas y privadas de todo el mundo. "El Plan, *Total Information Awareness* (TIA), rastreará diariamente miles de millones de transacciones bancarias, comunicaciones, compras, viajes, documentos de identidad o historiales médicos y laborales de ciudadanos de todo el mundo, a los que tendrán "acceso instantáneo" los servicios secretos de EEUU". (Ibid, pág. 10).

62. Cfr. Held, 2001, pág. 48; Pisarello, 2001, pág. 258.

63. En la misma tendencia crítica, Danilo Zolo señala que la estructura actual de la ONU supone una negación de los principios elementales del Estado de derecho ("desde la igualdad formal de los sujetos de derecho hasta el principio de legalidad y el control parlamentario y jurisdiccional del ejercicio del poder", Zolo, 2005a, pág. 59). Sin embargo, siempre desde su enfoque realista, se muestra escéptico sobre las posibilidades de que se produzca un verdadero cambio en esta institución. Por eso manifiesta que: "La reforma posible de Naciones Unidas -los proyectos hoy oficialmente en discusión lo demuestran- sólo pueden ir en el sentido de un fortalecimiento de su ordenamiento jerárquico, centralista y no representativo" (Zolo, 2005a, pág. 14). En otro lugar, el autor se remonta a la génesis histórica de la ONU y subraya cómo desde su origen dicha organización sirvió para que las potencias ganadoras del conflicto legitimaran a nivel internacional su condición. Zolo refiere que "las potencias vencedoras del segundo conflicto mundial (...) se esforzaron por concentrar en sus propias manos la totalidad del poder internacional y por atribuirse las prerrogativas de la "soberanía ilimitada" que la Carta, aparentemente, cancelaba como atributo de los Estados. (...) En resumen, se ha limitado la soberanía de los Estado más débiles y se ha exaltado, en el nivel internacional, el principio de soberanía, concentrándolo en el vértice de la jerarquía mundial del poder y la riqueza. De esta forma, la soberanía internacional de algunas superpotencias -hoy, casi en exclusiva, de los Estados Unidos- habría adquirido caracteres absolutos e ilimitados, al aparecer asistido, además de por el poder económico y de las armas, por la legitimación

Se menciona también como un mecanismo de consolidación de la *esfera pública mundial*, el reforzamiento de las facultades de los órganos jurisdiccionales internacionales. Así, se hace una exhortación a instituir tribunales o cortes internacionales vinculantes para todos los Estados. Por ejemplo, Ferrajoli propone extender las competencias de la Corte de la Haya a la solución de los casos de responsabilidad de los Estados por guerras, perturbaciones de la paz y violaciones de derechos fundamentales⁶⁴; y también se resalta la necesidad de implementar un Tribunal Penal Internacional, logro que ya se ha producido aunque sin la participación de los Estados Unidos de América, China, Israel y otros países⁶⁵.

Finalmente, una de las propuestas más interesantes que se presenta actualmente, y que se incluye en el grupo de las que tienen como objetivo establecer mecanismos globales de lucha contra la pobreza, es la creación de una *fiscalidad mundial*, esto es, de recursos que sirvan para financiar las instituciones internacionales de garantía de derechos humanos, que les otorguen autonomía respecto de los Estados. Esto se lograría, por ejemplo, mediante la creación de un impuesto aplicable a las empresas multinacionales que explotan recursos naturales considerados como patrimonio de la humanidad⁶⁶.

formal del derecho internacional. Desde este punto de vista, la Carta de las Naciones Unidas no ha representado ningún giro importante respecto al pasado (...) constituye, más bien, la expresión y culminación de una visión autoritaria y jerárquica de las relaciones internacionales" (Zolo, 2005b, pág. 101).

64. Zolo, 2005a, pág. 117.

65. De Lora, 2006, pág. 211. En relación a la necesidad de establecer un Tribunal Penal Internacional, como una forma más de alcanzar el ansiado globalismo jurídico y el pacifismo mundial, Zolo se manifiesta contrario, en la medida que dicha tesis le parece discordante con las críticas que se formulan desde hace mucho tiempo al derecho penal como medio no idóneo para alcanzar objetivos como la desincentivación de la acción delictiva. El autor considera que este tipo de propuestas incurren en una suerte de fetichismo penal que no contribuye desde un punto de vista realista a la paz mundial (Zolo, 2005a, pág. 131).

66. Ferrajoli alude a este tipo de tasa por el uso de los recursos ambientales comunes del planeta, por ejemplo, en los casos de explotación de recursos mineros de los fondos oceánicos, de las órbitas de los satélites en torno a la tierra y de las bandas de éter. "Se ha calculado, efectivamente, que el valor de estos bienes comunes, expuestos hoy a la apropiación y disfrute exclusivo de los países más ricos según el viejo principio del *ius primi occupantis* expresamente prohibido por las convenciones antes mencionadas [se refiere al Tratado sobre espacios extra-atmosféricos de 27 de enero de 1967 y a la Convención de Naciones Unidas sobre el derecho del mar de 10 de diciembre de 1982], podría compensar ampliamente, si se permitiese su utilización en forma de concesión limitada en el tiempo y con una adecuada remuneración pecuniaria, la deuda exterior de los países más pobres, cotitulares de los correspondientes derechos" (Ferrajoli, 2005b, pág. 380, nota 143).

Conclusión

La globalización es una realidad inevitable y resulta prácticamente imposible evadirse de ella. Además, qué duda cabe, la globalización ha traído consigo un importante y acelerado desarrollo tecnológico y científico que ha contribuido a mejorar la calidad de vida de muchos seres humanos. Sin embargo, también ha agravado u originado múltiples problemas cuya solución se torna hoy en día urgente, no ya solamente por una mera exigencia moral, sino por las graves consecuencias futuras que, en ciertos casos, puede conllevar la falta de respuesta oportuna y adecuada. Por ejemplo, el daño ecológico o la proliferación de armas de destrucción masiva suponen una grave amenaza para nuestra subsistencia como especie, del mismo modo que la dramática situación de pobreza mundial tiene como consecuencia la migración masiva (que puede llegar a niveles incontrolables) o la consolidación de corrientes de pensamiento extremistas, que aprovechan los sentimientos de frustración y resentimiento de grandes grupos humanos que hoy se sienten desplazados, y que son la base ideológica de muchos movimientos de tendencia violenta.

Como señala Thomas Pogge, es posible sostener buenos argumentos morales para justificar la obligación que los principales Estados del mundo tienen de corregir los perjuicios que ha provocado la globalización. Por ejemplo, razones que se refieren a su corresponsabilidad en el daño que significa la realidad actual de extrema pobreza global. Porque, como recuerda el autor, la pobreza en el mundo globalizado tiene más que causas internas -como la ineficiencia o corrupción de los gobiernos de turno de cada Estado-, y se agrava en virtud de causas externas, como la aplicación indiscriminada de criterios económicos y de mercado que, por ejemplo, suponen convertir en una prioridad el pago de la deuda externa en países que no pueden satisfacer ni siquiera las mínimas condiciones de vida de sus ciudadanos. Paradójicamente, esa deuda pudo haber sido contraída por dictadores anteriores que llegaron o se mantienen en el poder gracias al uso de la fuerza y a la violación de derechos humanos, pero también a los beneficios que les aporta la celebración de convenios comerciales o los intercambios económicos con los Estados más prósperos del mundo, que siguen la prédica de los derechos humanos. De este modo, "ofrecemos un premio a todos los autócratas potenciales o juntas militares de cualquier lugar del mundo. Quienquiera que se haga con el poder efectivo por cualesquiera medios tendrá la capacidad legal de pedir préstamos en nombre del país y de conferir derechos de propiedad internacionalmente válidos sobre los recursos del país"⁶⁷.

67. Pogge, 2005, pág. 184.

Aquellos Estados del mundo comprometidos con los principios democráticos y el respeto de los derechos humanos que quieran ser coherentes con dicho compromiso deberán reconsiderar sus prácticas a nivel internacional (en lo ya mencionado, pero sin duda, también, en lo que se refiere a sus estrategias actuales de lucha contra el terrorismo internacional y de mantenimiento de la seguridad y la paz mundial, por ejemplo). Pero también en el ámbito global es mucho lo que se puede hacer para consolidar mecanismos institucionales que permitan corregir estas deficiencias del orden global y llevarnos a una situación mundial más justa y más acorde a la configuración actual de los Estados constitucionales de derecho. Si para lograr estas reformas no nos mueve ningún sentimiento de solidaridad ni nos convence la tesis de nuestra participación (o la de nuestros Estados) en las injusticias del orden global; si, más bien, sólo nos guiamos por una concepción egoísta de la vida social; incluso en tal caso, existen muy buenas razones para que estos cambios se produzcan y para que, en la medida de nuestras posibilidades, participemos en ellos, ya sea como ciudadanos que tomamos decisiones políticas a nivel interno, como opinión pública internacional, o aun en el marco de nuestras relaciones *privadas* (por ejemplo, cuando en nuestras actuales sociedades plurales debemos ejercer la tolerancia o el respeto de la diferencia). Porque, al final, el daño que produzca este orden global no nos será ajeno, será también global, y nuestro.

Bibliografía citada

Barry, Brian (1992): "Derechos humanos, individualismo y escepticismo". En: *Doxa*, núm. 11.

Bobbio, Norberto y Pontara, Giuliano (1985): "¿Hay Derechos Fundamentales?". En: *Crisis de la Democracia*. Bobbio, Pontara y Salvatore Veca (autores). Barcelona: Ariel, pág. 95.

Camps, Victoria (2004): "El derecho a la diferencia". En: *Ética y diversidad cultural*. Olive (comp.). México: Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., pág. 358.

Córdova, Lorenzo (2005): "Constitucionalismo democrático y orden global en Luigi Ferrajoli". En: *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Carbonell y Salazar (comp.) Madrid: Trotta, pág. 542.

De Lora, Pablo (2006): *Memoria y frontera. El desafío de los derechos humanos*. Madrid: Alianza, pág. 294.

De Lucas, Javier (2004): "De inmigrantes a ciudadanos. ¿Un proyecto imposible?". En: *Atlas de la Inmigración Marroquí en España*. López García y Berriane (comp.). Taller de Estudios Internacionales Mediterráneos - Universidad Autónoma de Madrid.

De Lucas, Javier (1998): "La globalización no significa universalidad de los derechos humanos. (En el 50 aniversario de la Declaración del 48)". En: *Jueces para la democracia*, núm. 32, julio.

De Vega, Pedro (2001): "Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual". En: *Estado constitucional y globalización*. Carbonell y Vázquez (comp.). México: Porrúa, pág. 354.

Evans, Peter (2001): "¿El eclipse del Estado?". En: *Estado constitucional y globalización*. Carbonell y Vázquez (comp.). México: Porrúa, pág. 354.

Ferrajoli, Luigi (2005a): "Por una esfera pública del mundo". En: *El nuevo orden americano. ¿La muerte del derecho?* Soriano y Mora (comp.). Córdoba: Almuzara, pág. 222.

Ferrajoli, Luigi (2005b): "Los fundamentos de los derechos fundamentales". En: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. De Cabo y Pisarello (comp.). Madrid: Trotta, 2ª ed., pág. 391.

Ferrajoli, Luigi (2001a): "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global". En: *Estado constitucional y globalización*. Carbonell y Vázquez (comp.). México: Porrúa, pág. 354.

Ferrajoli, Luigi (2001b): *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2ª ed., pág. 180.

Garzón, Ernesto (2004a): "El sentido actual de la tolerancia". En: *Claves de razón práctica*, núm. 147, noviembre.

Garzón, Ernesto (2004b): "El problema ético de las minorías étnicas". En: *Ética y diversidad cultural*. Olive (comp.). México: Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., pág. 358.

Gascón, Marina (2004): "Garantismo y globalización". Ponencia presentada en el curso Globalización y Derecho (A. Baylos y J.R. Páramo dirs.), que fue parte de los Cursos de Postgrado en Derecho para Juristas Iberoamericanos de la Universidad de Castilla-La Mancha (documento no publicado).

Habermas, Jürgen (2001): "El valle de lágrimas de la globalización". En: *Claves de razón práctica*, núm. 109, enero-febrero.

Held, David (2001): "¿Hay que regular la globalización? La reinención de la política". En: *Estado constitucional y globalización*. Carbonell y Vázquez (comp.). México: Porrúa, pág. 354.

Kymlicka, Will y Wayne, Norman (1997): "El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía". En: *Ágora*, núm. 7. Extraído de: IEP - Instituto de Estudios Peruanos. Taller interactivo: Práctica y representaciones de la nación, Estado y ciudadanía en el Perú. [Documento de Internet disponible en <http://www.cholonautas.edu.pe/biblioteca.php>].

Marcilla, Gema (2005): "Desregulación, estado social y proceso de globalización". En: *Doxa*, núm. 28.

Olivé, León (2004): "Un modelo normativo de las relaciones interculturales". En: *Ética y diversidad cultural*. Olive (comp.). México: Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., pág. 358.

Pisarello, Gerardo (2001): "Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico". En: *Estado constitucional y globalización*. Carbonell y Vázquez (comp.). México: Porrúa, pág. 354.

Pogge, Thomas (2005): *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*. Barcelona: Paidós, pág. 348.

Prieto, Luis (2005): "Constitucionalismo y globalización". Conferencia pro-

nunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla el 21 de octubre (documento no publicado).

Prieto, Luis (1994): "Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial". En: *Doxa*, núm. 15-16.

Ruiz Miguel, Alfonso (1992): "Derechos humanos y comunitarismo. Aproximación a un debate". En: *Doxa*, núm. 12.

Sastre, Santiago (2004): "Sobre el valor de las culturas". Ponencia presentada en el VIII Foro Ibn Arabí realizado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo el 10 de diciembre (documento no publicado).

Sen, Amartya (2000): *Desarrollo y libertad*. Barcelona: Planeta, pag. 440.

Vázquez Rodolfo (2005): "Comentarios a las propuestas bioético-jurídicas de Luigi Ferrajoli". En: *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Carbonell y Salazar (comp.) Madrid: Trotta, pág. 542.

Vitale, Ermanno (2005): "Ciudadanía, ¿último privilegio?". En: *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Carbonell y Salazar (comp.) Madrid: Trotta, pág. 542.

Zolo, Danilo (2005a): *Los señores de la paz. Una crítica al globalismo jurídico*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas Universidad Carlos III de Madrid - Dykinson, 3ª ed., pág. 142.

Zolo, Danilo (2005b): "Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los "derechos fundamentales". A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli". En: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. De Cabo y Pisarello (comp.). Madrid: Trotta, 2ª ed., pág. 391.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE POLONIA: ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO

Marta Klopocka

*Doctoranda en la Cátedra de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho, Administración y Economía
Universidad de Wrocław (Polonia)*

SUMARIO

Introducción.

1. Esbozo histórico.

2. Modelo de la jurisdicción constitucional polaca.

3. Caracteres, composición y organización del Tribunal Constitucional.

4. Competencias.

5. Procedimiento, fallos y sus efectos.

Introducción

El objeto de este artículo es presentar al lector español el Tribunal Constitucional polaco. Éste ha sido, después del Tribunal Constitucional de Yugoslavia, la segunda jurisdicción puesta en funcionamiento en el antiguo bloque comunista europeo antes de su caída. Su génesis remonta al año 1982 cuando se modificó la entonces vigente Constitución de la República Popular de Polonia de 1952. Después de aprobarse en 1985 la primera Ley del Tribunal Constitucional, el Máximo Guardián de la Carta Magna patria empezó a trabajar a principios del año siguiente.

Tras una breve reseña histórica del órgano en cuestión examinaré su modelo tal como ha sido diseñado por nuestra legislación, su organización, atribuciones y sus procedimientos. Terminaré con algunos comentarios sobre las sentencias del Tribunal Constitucional polaco y sus efectos.

1. Esbozo histórico

El 28 de mayo de este año se celebró en Polonia el Vigésimo Aniversario del establecimiento del Tribunal Constitucional patrio, para conmemorar su primera sentencia hace cuatro lustros. Lo paradójico era que este órgano comenzó a estructurarse todavía durante la época comunista bajo la vigencia de la Ley Marcial, decretada para salvar a la moribunda República Popular de Polonia. La nueva institución surgió con muchas limitaciones, especialmente la Cámara de los Diputados podía oponerse a sus fallos declaratorios de la inconstitucionalidad de las leyes¹. En realidad, esto significaba que la vigencia de una ley comprobada como inconstitucional dependería de la voluntad del parlamento. El órgano tampoco tenía facultad para conocer los recursos de amparo constitucional.

La primera ley sobre el Tribunal Constitucional fue el resultado de un compromiso entre la necesidad de crear una justicia constitucional y no vulnerar el principio de la unidad de los poderes públicos -considerado por la doctrina marxista de aquel entonces- como inalterable.

1. Sobre la historia de los principios del funcionamiento del Tribunal Constitucional de Polonia, L. Garlicki '*Ewolucja ustrojowej roli i kompetencji polskiego Trybunalu Konstytucyjnego*' [en:] '*Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunalu Konstytucyjnego*', Varsovia, 2006, págs. 3-7 y K. Działocha '*Początki działalności Trybunalu Konstytucyjnego - rok 1986*', [en:] '*Trybunal Konstytucyjny. Księga XV-lecia*', t. XV, Varsovia, 2001, pág. 27.

A pesar de estas constricciones, el Tribunal Constitucional polaco empezó a jugar un papel importante en la vida pública del país y ha introducido una amplia jurisprudencia, específicamente desarrollada a partir del principio de Estado democrático de derecho y el principio de igualdad². Su posición actual se la debe el órgano en cuestión a la aprobación el 2 de abril de 1997 de una nueva constitución del país y también a la Ley del Tribunal Constitucional, votada el primero de agosto del mismo año.

Las cuestiones más importantes concernientes al Tribunal Constitucional se encuentran reguladas en la sección aparte del Capítulo VII de la vigente Constitución polaca titulado "Cortes y Tribunales". La Carta Magna patria determina de manera completa la extensión de atribuciones del Máximo Guardián de nuestra Constitución, su composición, principios básicos de designación y el estatus de los magistrados. En cambio, las detalladas cuestiones de organización y los principios de procedimiento ante el Tribunal, la Constitución polaca las remite a la ley.

2. Modelo de la jurisdicción constitucional polaca

El modelo de justicia constitucional adoptado en Polonia es de tipo concentrado siguiendo, en líneas generales, las ideas de Hans Kelsen, aunque se puede notar en algunos elementos propios del patrón norteamericano de jurisdicción difusa. Esta última característica se vincula con la cuestión de inconstitucionalidad que la pueden plantear los jueces *a quo* ante el Tribunal Constitucional polaco. En este orden de ideas, una corriente doctrinaria no desdeñable y un importante sector de los jueces llevan a la práctica la idea de que cualquier juez puede dejar de lado la disposición legal inconforme con la Carta Magna y aplicar directamente ésta, si está convencido de la incongruencia de este acto normativo con la Carta Magna³.

Otra característica básica que rige la jurisprudencia de nuestro intérprete supremo de la Ley Fundamental del Estado, consiste en su reducida jurisdicción para decidir de modo previo y preventivo. Prácticamente, el Tribunal Constitucional puede fallar de este modo sólo a instancia del Presidente de la República sobre la constitucionalidad de las leyes o de los convenios interna-

2. L. Garlicki, op. cit., pág. 7.

3. R. Hauser, 'Instytucja pytan prawnych do Trybunalu Konstytucyjnego', [en:] 'Ksiega XX-lecia orzecznictwa Trybunalu Konstytucyjnego', Varsovia, 2006, pág. 44.

cionales antes de su firma o la ratificación. La principal actividad jurisprudencial del Tribunal Constitucional polaco se relaciona con el conocimiento posterior de la constitucionalidad del derecho.

En Polonia la acción jurisprudencial del Tribunal Constitucional está determinada muy ampliamente. El Guardián de la Carta Magna resuelve sobre la constitucionalidad de todos los actos normativos. Su competencia se extiende hasta las decisiones sobre la constitucionalidad de las normas locales establecidas por los órganos de la Administración territorial autónoma, pero solo a través de las cuestiones de inconstitucionalidad, puesto que la verificación de su legalidad esta reservada en principio a la Corte Superior Administrativa.

El Tribunal Constitucional resuelve siempre por iniciativa de las entidades legitimadas - nunca de oficio. Después de la aprobación de la Constitución polaca de 1997, nuestro Guardián de la Carta Magna no puede iniciar procedimiento alguno sin instancia de parte. En otras palabras, en Polonia rige el principio de la justicia constitucional rogada. Esta tarea se lleva a cabo en forma de demandas, recursos de amparo constitucional y de las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por jueces o magistrados.

La iniciativa del control de constitucionalidad, cuando se trata de una cuestión de inconstitucionalidad, es más simple: sólo la puede promover un tribunal o un panel que resuelve un pleito concreto⁴. Las cosas se complican si entra en el juego el denominado control abstracto de las normas. La legitimación procesal para entablar el examen abstracto de un acto o de una norma no está regulada uniformemente. Para impugnar directamente la norma tenida por inconstitucional, se han previsto dos clases de demandas, una general y otra limitada⁵. En el primer supuesto la legitimación general significa el derecho de cuestionar todas las normas o actos, independientemente del hecho, de su contenido que concierne a la esfera de actividades del órgano denunciador. Este derecho se atribuye en Polonia a las siguientes instituciones constitucionales: Presidente de la República, Presidente de la Cámara de Diputados, Presidente del Senado, Presidente del Consejo de Ministros, Primer Presidente del Corte Suprema,

4. Sobre la problemática de las cuestiones de inconstitucionalidad, véase las consideraciones de Roman Hauser en *'Instytucja pytan prawnych do Trybunalu Konstytucyjnego'*, en: *'Ksiega XX-lecia orzecznictwa Trybunalu Konstytucyjnego'*, Varsovia, 2006, págs. 39-53.

5. Sobre la problemática de legitimación para interponer la demanda al Tribunal Constitucional, puede ver W. Johann, *'Legitymacja do wystepowania z wnioskami przed Trybunalem Konstytucyjnym'*, [en:] *'Ksiega XX-lecia orzecznictwa Trybunalu Konstytucyjnego'*, Varsovia, 2006, págs. 25-26.

Presidente de la Corte Suprema Administrativa, Fiscal General del Estado, Presidente del Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo, así como un grupo de cincuenta diputados o de treinta senadores.

La legitimación limitada, en cambio, permite solamente la impugnación constitucional de los asuntos que entran en el ámbito de competencias de los sujetos dotados de esta positiva facultad procesal de exigir. Su titularidad pertenece al Consejo General del Poder Judicial en materia de la independencia de las cortes y la autonomía de los juzgadores, a los órganos deliberantes de las unidades de la Administración territorial autónoma, a los órganos nacionales de los sindicatos, así como a las autoridades nacionales de las asociaciones de empresarios y de las organizaciones profesionales, a las iglesias y otras agrupaciones religiosas.

La existencia de esta última legitimación implica el problema del examen previo de la admisibilidad de las demandas. En este orden de ideas, está prevista una sesión a puerta cerrada a través de la cual, un magistrado constitucional puede acoger o desestimar una demanda de los órganos deliberantes de autonomía local (en concreto de los consejos municipales, de distrito y provinciales), de las asociaciones gremiales, patronales o confesionales, en función del hecho si el asunto promovido afecta o no sus propios ámbitos de atribuciones. El magistrado constitucional puede rechazar una demanda especialmente cuando ésta es evidentemente infundada, por tal razón el acto normativo impugnado no tiene nada que ver con los asuntos englobados en el círculo de sus atribuciones del órgano dado.

Los sujetos legitimados para interponer el recurso de amparo constitucional los analizaré más adelante.

3. Caracteres, composición y organización del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional pertenece al poder judicial, el cual según la Carta Magna polaca esta constituido por cortes y tribunales. La principal diferencia entre estas dos clases de órganos reside en el privilegio de las cortes en materia de la administración de justicia, mientras que la función esencial del Guardián de la Carta Magna se reduce al control de la concordancia de las normas jurídicas de rango inferior con las de rango superior, especialmente con la Ley de Leyes. En la medida de lo necesario, el órgano de referencia se empeña en depurar el ordenamiento jurídico de las normas inconstitucionales.

Por eso, y por otras características (por ejemplo, la duración fija del cargo, la elección exclusiva de los magistrados constitucionales por el parlamento, etcétera) algunos expertos patrios en la materia sustentan la idea de que el Tribunal Constitucional no es parte integrante del poder judicial, sino que es una institución peculiar fuera del ámbito de la llamada tripartición del poder público⁶. Este criterio parece ser más acertado en países en los cuales el tribunal constitucional está diferenciado del poder judicial como es el caso de España. De todas maneras, en contraste con los jueces de otras jurisdicciones, los magistrados del Tribunal Constitucional están sometidos únicamente a la Carta Magna de la República de Polonia. Los jueces de derecho común están supeditados también a las leyes. Además, los magistrados del Tribunal Constitucional, elegidos por la Cámara de Diputados por un periodo de nueve años, sin el derecho a ser reelegidos en ningún momento una vez finalizado su cargo.

El Tribunal Constitucional polaco está compuesto por quince magistrados elegidos individualmente por la Cámara de Diputados por mayoría absoluta estando presentes al menos la mitad del total de diputados. Esta mayoría no requiere un compromiso entre los partidos políticos cuando una agrupación política gana más del cincuenta por ciento de los asientos en la Cámara de Diputados. En este caso, la elección de los integrantes del Tribunal Constitucional no es fruto de un amplio apoyo parlamentario, sino que se trate de una decisión unilateral de una agrupación partidaria o su coalición con al menos doscientos treinta y un diputados.

Los magistrados del Tribunal Constitucional se eligen entre personas de alto nivel en conocimientos jurídicos. La ley precisa otras condiciones más estrictas que debe cumplir un candidato a magistrado constitucional. El derecho de postular dichos altos cargos pertenece a los cincuenta diputados o a la Mesa de la Cámara de Diputados.

El Presidente y el Vicepresidente del Tribunal Constitucional son nombrados por el Primer Mandatario de entre los candidatos propuestos por la Asamblea General de los Magistrados del Tribunal Constitucional. El poder del Presidente de la República se reduce a escoger entre dos aspirantes para cada uno de los puestos a ocupar. Los magistrados que hayan sido designados como presidente y vicepresidente del Tribunal Constitucional ejercen sus altas dignidades hasta el término de sus mandatos de nueve años respectivos.

6. J. Trzcinski, 'Trybunał Konstytucyjny - regulacja konstytucyjna i praktyka', [en:] 'Sady i Trybunały w Konstytucji i w praktyce' W. Skrzydło (cord.), Varsovia, 2005, pág. 89.

4. Competencias

El Tribunal Constitucional polaco tiene únicamente siete atribuciones. Estas son más bien típicas para cualquier órgano de esta índole.

1) El control de conformidad de las leyes y de los acuerdos internacionales con la Carta Magna;

2) El control de conformidad de las leyes con los tratados internacionales de obligada ratificación legal parlamentaria;

3) El control de los preceptos jurídicos dictados por los órganos centrales del Estado con la Constitución, tanto de los acuerdos internacionales ratificados como de las leyes;

4) El conocimiento de los recursos de amparo constitucional;

5) La resolución de conflictos de competencias entre los órganos constitucionales centrales del Estado;

6) El control de constitucionalidad de los objetivos o actividades de los partidos políticos;

7) La aprobación o no en caso de que hubiese algún impedimento para que el Presidente de la República ejerza su cargo.

Ad. 1. A este examen se someten las leyes y los acuerdos internacionales ya vigentes, puesto que el manejo del control previo de tales actos -como apunté arriba- es una facultad excepcional del Presidente de la República. De todas formas, un convenio internacional enjuiciado por el Tribunal Constitucional como disconforme con la Ley de Leyes, tendría que ser denunciado o en caso de querer mantenerlo en el ordenamiento jurídico patrio exigiría una modificación previa de la Carta Magna. Aquí hay que añadir que el control del Tribunal Constitucional no se limita a la comprobación de la congruencia de las disposiciones normativas señaladas con las prescripciones materiales de la Carta Magna, sino que también con las normas de competencia y de procedimiento, específicamente de los reglamentos internos parlamentarios. Cuando se hace constar la infracción de estas normas se declara la inconstitucionalidad de un acto entero.

Ad. 2. Esta posibilidad es una consecuencia de la jerarquía de las fuentes del derecho y del lugar en el cual ocupan los acuerdos internacionales ratificados. Según se establece en el art. 91 apartado 2 de la Constitución polaca, los acuerdos internacionales ratificados con previa autorización legal prevalecen sobre las leyes si sus respectivas disposiciones no pueden compatibilizarse.

Ad.3. Esta regulación permite hacer entrar en el conocimiento del Tribunal Constitucional la totalidad de la actividad normativa de los órganos centrales del Estado. Se trata de los órganos legislativos y del poder ejecutivo, así como de todo el conjunto de instituciones fuera de la triada clásica del poder público, si estos crean el derecho. Esta disposición es tan amplia que abarca cualquier clase de mandamiento (acto). Lo único que se requiere de tal disposición jurídica, es que dicha disposición emane de una institución cuyo radio de acción es la totalidad del territorio nacional, como es el caso de las deliberaciones de la Comisión Estatal Electoral. El parámetro de verificación de estas normas es triple. Es necesario incidir en que la base del enjuiciamiento la forman todos los acuerdos internacionales ratificados y no sólo de manera especialmente aludida.

Ad. 4. El modelo polaco del recurso de amparo se basa en las seis características esenciales. En primer lugar la legitimación es muy vasta en el sentido que la aptitud de actuar ante el Tribunal Constitucional la tienen no sólo los nacionales polacos, sino también los extranjeros, e incluso las personas jurídicas o sin personalidad jurídica, cuando una libertad o un derecho sirva a esta. El recurso se puede interponer en caso de una vulneración de sus derechos o libertades constitucionales. Una única excepción la constituye el derecho de asilo. Los extranjeros no pueden interponer recursos de amparo en caso de una denegación a ellos del estatuto de refugiado. El recurso de amparo se lo puede entablar el sujeto legitimado después de agotar el resto de oportunidades que le ofrece -dentro de los procedimientos criminales, civiles o administrativos- el derecho polaco. Así pues, dicho recurso puede ser presentado por una persona física o jurídica únicamente después de obtener una resolución firme sobre sus derechos o libertades constitucionales, dictada por un órgano judicial o de la administración pública gubernamental o descentralizada.

A través del recurso de amparo constitucional polaco no se impugna la resolución firme, sino que una ley u otro acto normativo en base del cual se tomó tal decisión. Este fundamento puede referirse a sus aspectos materiales, procesales o competenciales. La sentencia del Tribunal Constitucional emitida como resultado del recurso de amparo es idéntica con la pronunciada en otros procedimientos, específicamente en los promovidos por medio de las demandas o de las cuestiones de inconstitucionalidad. La Ley sobre el Tribunal Constitucional establece una serie de limitaciones relativas a la interposición del recurso de amparo. Estos son de índole temporal y de forma: el recurso se interpone por escrito dentro de los tres meses siguientes de haber recibido por el recurrente la decisión firme. El recurso no lo puede promover la persona afectada, sino un aboga-

do en ejercicio, un juez, un fiscal o un profesor de derecho universitario, que actúe en su nombre.

Conviene señalar que la configuración del recurso de amparo constitucional polaco es un objeto de la crítica por la mayoría de la doctrina patria. Se indica que este es un instrumento que sirve más a la protección del ordenamiento jurídico que a su finalidad esencial: la protección de las libertades y derechos ciudadanos⁷. Las propuestas de paliar esta situación por medio de la ampliación el objeto de impugnación del recurso a los actos judiciales, parecen ser una solución razonable. La regulación vigente determina que se puede impugnar a través de dicho recurso sólo los actos normativos. Esto cierra a los individuales afectados por la resolución judicial el camino al Tribunal Constitucional y obliga a buscar justicia en Estrasburgo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Ad. 5. El Tribunal Constitucional polaco entiende -hasta ahora sólo hipotéticamente- de los conflictos que se susciten sobre las atribuciones constitucionales o legales para delimitar los ámbitos propios de los diferentes órganos constitucionales centrales del Estado. Estos conflictos pueden ser -tal como en España- positivos o negativos. El círculo de instituciones objeto de este enjuiciamiento es en Polonia mucho más limitado que en España. Especialmente están excluidas las controversias de competencias entre las dietinas y los gobernadores provinciales o la Cámara de Diputados y el ayuntamiento. Tampoco están legitimadas las entidades centrales del Estado que no cumplen con dos requisitos: su expresa mención por su nombre o genéricamente en la Carta Magna y su radio de acción nacional.

Ad. 6. Cuando el Tribunal Constitucional resuelve sobre la conformidad de los objetivos o actividades de los partidos políticos con la Ley de Leyes, se convierte en una jurisdicción ordinaria sobre los hechos y no sobre el derecho. Los supuestos de la decisión están especificados en los artículos 11 y 13 de la Carta Magna polaca: la publicidad del financiamiento, la prohibición de estructuras secretas, el rechazo a los métodos o prácticas totalitarias del nazismo, del fascismo y del comunismo, del odio racial o nacional, el uso de la violencia, entre otros. Como consecuencia de sus comprobaciones fácticas y/o valorativas puede resultar la eliminación del partido infractor del registro de las agrupaciones políticas.

7. Véanse: P. Tuleja, M. Grzybowski, *'Skarga konstytucyjna jako srodek ochrony praw jednostki w polskim systemie prawa'*, [en:] *'Sady i Trybunały w Konstytucji i w praktyce'* (cord.) W. Skrzydło, Varsovia, 2005, pág. 122.

Hasta ahora el Tribunal Constitucional polaco se pronunció dos veces sobre los partidos políticos.

Ad 7. El Tribunal Constitucional esta autorizado por la Carta Magna a hacer constar la existencia de un impedimento transitorio en el desempeño por el Presidente de la Republica de su cargo y a confiar este por este lapso al Presidente de la Cámara de Diputados. El Tribunal Constitucional lo hace sólo cuando el Primer Mandatario no está en condiciones de notificar al Presidente de la Dieta su imposibilidad de ejercer la Jefatura del Estado. En caso contrario, la vacante lo ocupa automáticamente el Presidente de la Cámara de Diputados.

5. Procedimiento, fallos y sus efectos

El procedimiento ante el Tribunal Constitucional se asemeja al proceso judicial, aplicándose los preceptos del Código de Enjuiciamiento Civil para las materias no definidas de modo diferente. El Tribunal aprecia las normas agrupando a sus magistrados, cinco magistrados cuando se trata de leyes o acuerdos internacionales y tres magistrados en caso de conocer de los actos infralegales. Los paneles son determinados por el presidente del Tribunal, siguiendo el orden de entrada de los asuntos. Cada asunto puede ser ventilado por el Pleno del Tribunal, si esto justifica lo complicado del caso, especialmente cuando la resolución puede provocar los desembolsos no previstos en los Presupuestos Generales del Estado o cuando una división propone apartarse de la línea jurisprudencial del Pleno del Tribunal.

Los asuntos instados por partes legitimadas o con fundamento a una cuestión de inconstitucionalidad se sustancian siempre durante la vista oral pública y contradictoria. La publicidad de la audiencia se puede suspender únicamente por razones de la seguridad del Estado o cuando se quiere mantener un secreto del Estado. Las sentencias se realizan durante una reunión en presencia de la audiencia. Ellas exigen una mayoría de votos. Este último requisito no genera problemas cuando se trate de las divisiones impares, pero si el panel deliberase en una composición par, puede producirse el empate, tanto más que la Carta Magna eliminó el llamado voto de calidad. No obstante, los magistrados están autorizados a emitir sus votos particulares, cuyos textos son publicados con la sentencia.

Todas las sentencias del Tribunal Constitucional, especialmente su parte resolutive, tienen plenos efectos frente a todos y son definitivas, son divulgadas

sin demora a través de la publicación oficial en la cual el acto normativo original ha sido promulgado. Si el fallo es estimatorio de un precepto o de un acto, éste crea en el plano procesal una *res judicata*. Este obstáculo excluye una posibilidad de cuestionar en adelante la norma dada en base de la misma acusación.

Si el fallo comprueba la inconformidad constitucional o legal, entonces se produce la pérdida de validez o la revocación de un acto o de una norma viciada. El modelo de control de constitucionalidad polaco no se acoge al principio, según el cual una derivación de la sentencia de inconformidad de un precepto (o de todo un acto) es su nulidad con efectos retroactivos (*ex tunc*). Por eso, se exige una indicación del momento de la pérdida de vigencia de tal normativa. La regla es que esta fecha es por lo general el día de su publicación en el órgano oficial correspondiente. Sin embargo el Tribunal puede fijar otro día de la pérdida de vigor de ese precepto o de acto. Este plazo no puede sobrepasar los dieciocho meses en caso de una ley y de un año si se trata de otro acto normativo.

El objetivo de esta regulación es evitar la aparición de una laguna en el derecho o de una situación cuando la sentencia del Tribunal Constitucional hace disminuir los ingresos presupuestarios o aumentar los gastos estatales y el Tesoro Público no se encuentra en condiciones de hacer frente a estas erogaciones. Además, el Tribunal Constitucional polaco tiene la obligación de oír -antes de tomar sus sentencias ligadas con los gastos financieros no previstos en la ley presupuestaria- una opinión del Consejo de Ministros. No obstante, la decisión sobre el particular depende del arbitrio del Tribunal Constitucional como órgano independiente del Estado. Hay que añadir que en nuestro ordenamiento jurídico no existe ningún mecanismo para obligar al poder legislativo a cumplir las sentencias del Tribunal Constitucional cuando en su consecuencia aparecen lagunas jurídicas.

La declaración de inconstitucionalidad hace abrir la vía para sanear los negocios individuales realizados durante la vigencia de un acto (norma) defectuoso. Teniendo en cuenta que la incongruencia de un precepto proporciona sólo una base para su abolición -sin desmentir la validez de las decisiones individuales tomadas en aplicación de este- se necesita iniciar tramitaciones procesales adicionales para modificar estas decisiones y restablecer el estado de cosas conforme a la Ley de Leyes.

En último lugar voy a dar a conocer algunos datos estadísticos referidos a la actividad del Tribunal Constitucional polaco.

En veinte años de su actividad el Tribunal Constitucional polaco ventiló 524 asuntos del control de la constitucionalidad de leyes, efectuó 184 controles de los actos infralegales, 188 cuestiones de inconstitucionalidad, 482 recursos de amparo y dos impugnaciones relativos a la constitucionalidad de los objetivos y actividades de los partidos políticos. Además, el Tribunal procedió a 2068 admisiones de asuntos.

En general, desde el año 1997, se aprecia un aumento del número de casos. En 2006 fueron ingresados 2178 asuntos. La duración media de tramitación para resolver un asunto es 12 meses.

Sin duda, la actividad del Tribunal se concentra en el control de constitucionalidad de las normas: control posterior y control abstracto. Uno de los promotores más frecuentes ante el Tribunal Constitucional es el Defensor del Pueblo polaco. A las cuestiones de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucionalidad no resuelve mucho.

III. CRÓNICAS

(1 de enero a 31 de diciembre de 2006)

SUMARIO

- **Enrique Belda Pérez-Pedrero**, *“Comentario legislativo de interés autonómico: “La paridad electoral como finalidad disociada de las acciones positivas en favor de un sexo””*
- **Tomás Vidal Marín**, *“Comentario jurisprudencial de interés autonómico: Acerca de la constitucionalidad del Jurado Regional de Valoraciones de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha: la STC 315/2006”*
- **Pilar Molero Martín-Salas**, *“Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (1 de enero de 2005 a 31 de diciembre de 2006)”*
- **María Martín Sánchez**, *“Actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha”*
- **M^a Joaquina Guerrero Sanz**, *“Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria”*
- **María Elena Rebato Peño**, *“Actividades de Derecho Público de la Universidad de Castilla-La Mancha”*

**LA PARIDAD ELECTORAL COMO FINALIDAD
DISOCIADA DE LAS ACCIONES POSITIVAS
EN FAVOR DE UN SEXO**

Enrique Belda Pérez-Pedrero

Profesor Titular de Derecho Constitucional

Universidad de Castilla-La Mancha

Vocal del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

Presentación del tema

El hecho de haber recogido en anteriores anuarios una visión distinta a la habitual entre quienes tratan desde la perspectiva de género, las cuotas electorales, ha llevado a muchos lectores de esta publicación a solicitar que vuelva sobre el asunto. En su día la excusa fue una crítica de varios textos autonómicos, en línea con el Castellano-Manchego de 2002, que anticipaban la problemática jurídica hoy extendida. En esta ocasión vamos a criticar la imposición de una reserva electoral a favor de cualquiera de los dos sexos, de no menos del cuarenta por ciento de las listas electorales. Encantado por el encargo, procedo con toda modestia a dudar de la constitucionalidad de la reforma electoral introducida por la LO 3/2007, de igualdad de mujeres y hombres, en la Ley Orgánica 5/1985, de Régimen Electoral General.

La Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, añade un nuevo artículo 44 bis, un nuevo párrafo al apartado 2 del art. 187, un nuevo párrafo al apartado 3 del artículo 201, modifica el apartado 2 de la Disposición Adicional Primera y, por último, inserta una nueva Disposición Transitoria Séptima a la mencionada norma electoral general. La finalidad es establecer la "representación equilibrada" en la mayor parte de elecciones territoriales de España, de manera inmediata o de cara al año 2011, exceptuando de la medida a pequeños municipios e islas. Esta normativa puede que sea contraria a los artículos 23.1 y 2, 14, 6, 68.5, 16.1 y 20.1 a), al vulnerar el derecho a participar en los asuntos públicos a través de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal (art. 23.1 CE), el derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos territoriales representativos (art. 23.2 CE), por burlar la prohibición de discriminar en razón de sexo a quienes quieran concurrir a unas elecciones (art. 14 CE), por la extralimitación legislativa en la expresión del pluralismo político a cargo de los Partidos Políticos y el libre ejercicio de su actividad (art. 6 CE), por la limitación ilegítima de la capacidad de elegible (art. 68.5 CE), y por la afectación general a la libertad de ideología (art. 16.1 CE) y a la difusión del pensamiento (art. 20.1 a) CE).

La vulneración del art. 23 de la Constitución

La finalidad principal de la reforma electoral introducida por la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad

efectiva de mujeres y hombres, a través de la creación en la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio de un nuevo art. 44 bis, y otras modificaciones conexas en los arts. 187.2, 201.3, Disposición Adicional Primera 2 y Disposición Transitoria Séptima de la norma electoral general; es alterar el sistema electoral español exigiendo a los partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones que se presenten a esos procesos de renovación institucional, que incluyan un número de no menos del cuarenta por ciento de mujeres u hombres, en cada tramo de cinco nombres, en las candidaturas constituidas por listas cerradas y bloqueadas, acompañándolas con una serie de ajustes, excepciones y moratorias (para las elecciones al Senado, los municipios de menos de 3001 residentes, las islas con menos de 5001 residentes y los municipios comprendidos entre 3001 y 5000 residentes). Del cumplimiento de este requisito depende la proclamación o rechazo de la candidatura presentada por el partido.

La acción compensatoria a favor de un sexo, basándose generalmente en el art. 9.2 CE y en fuentes internacionales, requiere unos mínimos pilares. La protección de la mujer por sí sola no es razón suficiente para justificar la diferenciación, ni suficiente es tampoco que el sujeto beneficiario de la protección sea la mujer, en cuanto tal, pues ello, en esos términos, es evidentemente contrario al art. 14 de la CE (STC 81/1982, FJ 1). Lógicamente, la legitimidad constitucional de medidas de esta naturaleza equiparadora de situaciones sociales de desventaja, sólo puede ser valorada en el mismo sentido global, acorde con las dimensiones del fenómeno que trata de paliarse, en que se han adoptado, adecuándose a su sentido y finalidad.

Las medidas promocionales compensatorias hacia un colectivo (art. 9.2 CE) tienen su ámbito en campos sociales, laborales, culturales, económicos e incluso políticos, con respeto a los derechos e instituciones constitucionales que, por su naturaleza, no son capaces de aceptar en su concepción y funcionamiento la invasión de la acción positiva, por razones de incongruencia o falta de razonabilidad. Desde luego mucho menos si con ellas, como es el caso, se vulnera además un derecho fundamental garantizado completamente por el ordenamiento para el colectivo al que se pretende promocionar, e incluso, por la desproporcionalidad de la medida, se puede llegar a perjudicarle en los casos en los que ya ha conseguido (o superado) una igualación en el punto de partida.

Resulta constitucionalmente prohibido quebrar la igualdad jurídica de los elegibles en nombre de la promoción social de la mujer, del hombre, del anciano, del discapacitado, del joven, del marginado, o de la minoría cultural o religiosa,

por valiosa y deseable que pueda ser la mejora de su condición. La categoría de ciudadano, a efectos de elegibilidad, es indivisible y el legislador carece de base jurídica para crear diferencias internas dentro de esta categoría. Para el legislador electoral, en protección justamente de la igualdad de derechos, sólo puede ser relevante la categoría de ciudadano constitucionalmente acuñada, derivándose su estratificación en atención a razones circunscriptoriales (por ejemplo, en las elecciones autonómicas se permite añadir el requisito de residencia -SSTC 60/1987 FJ 2, 107/1990 FJ único o 25/1992, FJ único-. Residencia es una calidad de adquisición voluntaria, lo que la diferencia de las determinaciones biológicas como el sexo).

El legislador electoral debe ser neutral respecto al sexo, raza, edad o religión, teniendo vedada toda discriminación, negativa o positiva, basada en tales circunstancias. Una discriminación positiva o de favor, como es obvio, necesariamente entraña perjuicio para las categorías personales o sociales a quienes se niega el trato favorable. Si es constitucionalmente aceptable que la mitad social femenina se refleje obligatoriamente en las candidaturas, con igual razón podrían exigir ese beneficio otras categorías o segmentos sociales: los ancianos (cada candidatura debería reservar un porcentaje de puestos a candidatos mayores de 65 años), los jóvenes, los discapacitados y así sucesivamente. De acuerdo con la lógica inherente a semejante tendencia distributiva, se primaria la disolución del interés general en un conjunto de intereses parciales o de categoría, más cercanos al corporativismo de regímenes antidemocráticos que a la libertad de la democracia representativa. Todo ello perfilaría un cuerpo representativo sectorializado que impediría mantener el concepto de Cuerpo Electoral. Las normas recurridas se presentan, simplemente con esta primera aproximación, como una revisión de la democracia representativa española, que exigiría una reforma constitucional.

Por ello, es respecto de otros campos de las relaciones políticas, jurídicas, sociales, económicas, culturales y laborales (siendo excepcional precisamente el presente ámbito); donde las acciones de discriminación positiva en aras de la promoción, tienen su auténtico margen de juego, una vez cumplidos los requisitos que la propia igualdad constitucional exige para su concurrencia. Buen ejemplo de ello es en España, el resto del articulado de la Ley 3/2007, o las numerosas normas precedentes, entre las que destacarían la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, la Ley valenciana 9/2003, de 2 de abril, de igualdad de mujeres y hombres y la Ley catalana 8/2006, de 5 de julio, de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y

laboral del personal al servicio de las administraciones públicas de Cataluña. O entre los centenares de normas del Derecho Comparado, la Ley italiana de 10 de abril de 1991, núm. 125, sobre acciones positivas para la consecución de la paridad hombre-mujer en el trabajo, y la Ley francesa 2001-397, de 9 de mayo de 2001, relativa a la igualdad profesional entre mujeres y hombres.

Esta línea de interpretación es la correcta, en nuestro modesto parecer, con la Constitución delante. Es singularmente llamativa la similitud de los motivos que aquí se exponen con el pronunciamiento de la Corte Constitucional de Italia sobre el sistema de cuotas en las listas electorales (Sentencia 422, de 6 de septiembre de 1995). El órgano italiano de garantías constitucionales evaluaba la reserva de cuotas establecida por la Ley de 25 de marzo de 1993, núm. 81, que disponía que ningún sexo superase los dos tercios de las candidaturas (para los municipios de menos de 15000 habitantes). Evaluando la compatibilidad de la mencionada reserva con los artículos 3.1, 49 y 51.1 de su Norma Fundamental (principio de igualdad, libre asociación de partidos para concurrir a la determinación de la voluntad nacional, de la cual la presentación de candidaturas es la principal manifestación -fundamento de derecho 1-, y acceso a funciones públicas y cargos electivos, respectivamente), el Tribunal determina con meridiana claridad (fundamento de derecho cuarto) que la absoluta igualdad de sexos impide que la pertenencia a uno de ellos pueda ser asumida como requisito de elegibilidad. La elegibilidad no es más que la condición necesaria para poder ser elegido, para beneficiarse del derecho del electorado pasivo. El legislador no puede en esta materia configurar una suerte de acción positiva encaminada a favorecer el logro de la igualdad. Las medidas legislativas de discriminación positiva pueden ser adoptadas para eliminar situaciones de inferioridad social o económica, o más en general compensar y remover la desigualdad material entre los individuos (cual presupuesto del pleno ejercicio de los derechos fundamentales), pero no pueden en cambio, incidir directamente en el contenido mismo de los derechos, rigurosamente garantizados en igual medida a todos los ciudadanos en cuento a tales (fundamento de derecho sexto). La absoluta igualdad del electorado pasivo supone que toda diferenciación en este ámbito por razón de sexo, resulta discriminatoria, disminuyendo para algunos ciudadanos el contenido concreto de un derecho fundamental, a favor de otros, pertenecientes a un grupo que se considera en desventaja (fundamento de derecho sexto). La remoción de obstáculos que impiden a un sexo alcanzar determinados objetivos, no se puede solucionar atribuyendo a los mismos directamente los objetivos pretendidos. Así, la dificultad no es removida sino que constituye solamente el motivo que legitima una tutela preferencial en base al sexo (fundamento de derecho sexto).

La Corte Constitucional de Italia, por tanto, diferencia con claridad, concreción y rotundidad la remoción de obstáculos y la promoción de género, de la manipulación del contenido de los derechos, derivada de invasiones legislativas que adjudiquen y seleccionen a quiénes corresponde ejercerlos en cada momento y lugar, menoscabando por criterios arbitrarios, la posibilidad de titularidad y ejercicio. Para cumplir la voluntad política de los representantes ciudadanos a favor de las cuotas, hubo que proceder a diversas modificaciones constitucionales en el año 2001 y en el año 2003, pero tampoco la misma consagra una limitación del derecho de sufragio y de la libertad de los partidos políticos (como se deduce de la Sentencia de la propia *Corte Costituzionale* de 13 de febrero de 2003, de la magnitud que reúne la introducción en la Ley Orgánica 5/1985, del art. 44.bis). La visión de la libertad de sufragio en Italia, cuyo anterior marco constitucional coincide con el actual español, no es excepcional: por decisión de 18 de noviembre de 1982, del Consejo Constitucional de Francia, ya se declara inconstitucional la prohibición de que en las elecciones municipales, las listas de candidatos incluyeran más de un 75% de personas del mismo sexo; y en la decisión de 14 de enero de 1999, se reiteró también como inconstitucional la paridad de sexos en las candidaturas a consejeros regionales. A consecuencia de estos pronunciamientos fue necesaria la reforma de los arts. 3 y 4 de la Constitución de la República (Ley Constitucional de 8 de julio de 1999). Sólo tras la reforma constitucional el *Conseil Constitutionnel* ha modificado su línea jurisprudencial. En el Reino de Bélgica, su Consejo de Estado pidió la cobertura constitucional de las cuotas electorales por su afectación al derecho de sufragio pasivo, para lo que sugirió que se introdujera directamente en la Constitución el principio de representación equilibrada en las listas electorales (lo que se culmina en la reforma de 21 de febrero de 2002), tras la cual su Corte de Arbitraje solicitaba que tales medidas fueran transitorias y no lesionaran derechos ajenos.

Sin ánimo de formular un repaso exhaustivo de nuestro entorno regional democrático, pero a mayor abundamiento de los anteriores ejemplos, encontramos muchos otros donde, como punto de partida, se actúa coherentemente desligando la promoción del sexo de la intervención directa sobre el derecho de sufragio. En Alemania, la autorregulación de los partidos al efecto ha sido el mecanismo de incorporación de un mayor número de mujeres a las candidaturas electorales, como en Austria, Dinamarca o los Países Bajos, donde el estado además, favorece con subvenciones específicas a los partidos políticos que fomenten la participación femenina.

El Informe del Parlamento Europeo sobre la Mujer en la Política Internacional, que da lugar a la Propuesta de Resolución (2006/2057(INI)), de

17 de octubre de 2006, es de entre todos los documentos que acompañan la promoción de género, el instrumento más avanzado y comprometido hasta la fecha. Consciente de la necesidad de respetar esa barrera de no injerencia en el derecho a la participación, en esta materia, se limita a instar (en el punto 44) a los partidos políticos de Europa para que adopten medidas que garanticen que la representación de ambos sexos se encuentre comprendida entre un mínimo de un cuarenta por ciento y un máximo de un sesenta, en sus listas para órganos políticos colectivos, con objeto de alcanzar la paridad. Es en efecto éste, el sentido que la norma española hubiera tenido que asumir para su congruencia con el resto de medidas de promoción y remoción de obstáculos que la ley de igualdad establece, dejando en manos de los partidos como instrumentos fundamentales y vehículos de la participación, la llamada a la "participación equilibrada". Se confirma una línea sólida sobre la materia cuyo hito de referencia anterior más destacado, se encontraba en la Resolución núm. 169, de 1988, del mismo Parlamento, que invitaba a los partidos a establecer cuotas de representación femenina. No se efectúa la llamada a los Parlamentos sino a los Partidos.

Dentro de los esquemas institucionales y representativos de la Unión Europea, los instrumentos para alcanzar la paridad o la representación equilibrada se utilizan para aquellas parcelas que obviamente la reclaman y en las que el género actúa como factor determinante para el establecimiento de acciones positivas a favor de la igualdad. Ejemplo de ello son la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro; o la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Esa es también la línea razonablemente aceptada por la interpretación constitucional realizada en Italia a través de la referida Sentencia 422, de 6 de septiembre de 1995, en cuyo fundamento jurídico séptimo, diferencia la ilegitimidad constitucional de la imposición de cuotas en las candidaturas, de las medidas positivas y aceptables a cargo de los partidos y coaliciones que libremente, a través de sus estatutos, y efectivamente en la presentación de listas electorales, se disciplinan para equilibrar la presencia de sexos.

El derecho de votar y ser votado, además de por anteriores razones, ha de entenderse protegido de las intervenciones legislativas arbitrarias por su intrín-

seca vinculación con la Soberanía. Sin entrar a detallar la posición del Pueblo Soberano tras el acto de creación constitucional, su presencia o letargo; lo cierto es que la participación de los ciudadanos se instrumenta a través de un poder u órgano constituido más, como el Parlamento o el Gobierno. Estamos refiriéndonos al **Cuerpo Electoral**. El Cuerpo Electoral es una institución constitucional que tiene dos funciones principales: una de frecuencia incierta, como es la participación en Referéndum con distintas finalidades (por ejemplo, en el de reforma constitucional con una finalidad garantista, en el suscitado ante una pregunta política del ejecutivo, con una finalidad de acompañamiento); y otra de frecuencia previsible, que es la determinación del rumbo del Estado (o en su caso, de las divisiones territoriales que lo componen) mediante la elección de representantes. Esta es la regla de oro del sistema de democracia representativa, de España y de las naciones de su entorno democrático. En la medida que el legislador penetra en el Cuerpo Electoral para determinar mediante porcentajes una serie de limitaciones para impedir que, en razón del sexo con el que se nace, pueda llegar un ciudadano a no poder disfrutar del derecho de sufragio pasivo (art. 23.2), y por la misma circunstancia, él y los demás encontrar limitado el sufragio activo por tener que elegir a personas que han sido determinadas, entre otros criterios, por su género (art. 23.1); está el Parlamento dinamitando este poder "popular" constituido, a través de una intervención ajena a sus atribuciones constitucionales. Esa injerencia causa conjuntos en la ciudadanía que lo componen atendiendo, por si fuera poco, a criterios derivados de las categorías sospechosas de discriminación. Sólo una reforma constitucional podría cambiar el concepto unitario de Cuerpo Electoral, admitiendo su fragmentación por categorías, apelando a razones como ésta del género, y de esa manera permitir la imposición de cuotas. Las limitaciones a los derechos se encontrarían permitidas, por cualesquiera razones justificadas en la reforma constitucional, y los conceptos barajados en la norma que criticamos tendrían así su razón de ser.

Uno de los extremos que con mayor claridad ponen en evidencia la imposibilidad de fragmentar el cuerpo electoral como poder constituido, distorsionando la libertad de elección, es el referido a la utilización del criterio del sexo para alentar un factor de promoción. La propia LO 3/2007, en su Exposición de Motivos, nos aporta un nuevo caso de contradicción en la técnica de las acciones positivas aplicadas sobre el sufragio pasivo cuando su bloque II *in fine* anuncia que: "*Se contempla, asimismo, una especial consideración con los supuestos de doble discriminación y las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres que presentan especial vulnerabilidad, como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes y las mujeres con discapacidad*". De llevarse a término en el texto

de la ley, sobre el ámbito material del sufragio pasivo, tan loables propósitos, habría que concluir reservando de la cuota femenina varios puestos en las listas a mujeres discapacitadas, pertenecientes a una confesión religiosa minoritaria, recientemente nacionalizadas españolas, de diversas razas, etc.

Hace más de cincuenta años que la Convención sobre Derechos Políticos de las Mujeres, adoptada en Nueva York el 31 de marzo de 1953, o hace más de treinta que la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación (Nueva York, 18 de diciembre de 1979), prevén a escala mundial como parte del contenido aceptado de los derechos humanos, el derecho de las mujeres a votar y ser elegidas en condiciones de igualdad con los hombres. La confusión legislativa del campo de juego y de aplicación de las medidas de discriminación positiva, a través de la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, las ha colocado ante la imposibilidad de hacerlo en la actualidad, para favorecer hipotéticamente a los hombres, sin base en ninguna justificación objetiva, fundada, o razonable que acredite que los mismos están discriminados en el acceso a los cargos y funciones públicas en nuestro país, o para ser más precisos, en cada uno de los miles de procesos electorales territoriales que la reforma de la ley electoral va a reglamentar.

Ante una afectación del contenido del derecho fundamental consagrado en el art. 23 CE, tan extensa y grave, resulta complicado graduar y calificar en el orden de exposición, cuál de las consecuencias es más perniciosa para el sistema político español. Esta limitación del derecho para cualquiera de los sexos, es sin duda irrefutable: las normas recurridas introducen una distribución obligada y condicionada por razón de género, restringiendo la elegibilidad. Penetran en el contenido de un derecho fundamental regulándolo restrictivamente, imponiendo limitaciones tras hacer un mal uso de las acciones promotoras de igualdad y afectando a ciudadanos concretos cuando quieran presentarse a las elecciones y hayan agotado su "cupo". Para ser elegible, según las normas sospechosas de inconstitucionalidad, ya no basta ser elector español mayor de edad y sin restricciones de capacidad, inscrito en el censo electoral, sino que se debe también pertenecer al sexo al que corresponda el puesto de la candidatura. Si el partido, federación, coalición o agrupación, no encuentra un conjunto de candidatos en que estén "equilibrados" hombres y mujeres, sencillamente no podrá presentarse (salvo que, como expondremos más adelante, se encuentren votando en elecciones locales de municipios de menos de 3001 residentes, en los cuales parece que la importancia de inaplazable promoción de sexo desaparece por completo

para el legislador). En la perspectiva del derecho de sufragio pasivo, que el legislador electoral rechace dejar en libertad a los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, para confeccionar sus listas electorales sin vinculaciones respecto al sexo de los candidatos, e imponiendo la obligación de distribuir igualitariamente por sexos los puestos de las listas, conduce a concluir una restricción capital.

La participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas electorales y en la toma de decisiones, establecida en el artículo 14.4 de la Ley Orgánica 3/2007 de Igualdad como criterio general de actuación de los poderes públicos, se manifiesta como una regla de oro incuestionable para una sociedad democrática que busca la igualdad efectiva de sexos. Incluso, aunque cuestionable por su natural variabilidad y cambio, puede el legislador con base en la realidad social de un país y tras el apoyo de la doctrina científica en el campo de las Ciencias Políticas y Sociales, establecer unos porcentajes de apreciación orientadores de lo que puede entenderse como composición equilibrada, jugando factores como la proximidad el número de hombres y de mujeres en un territorio y la realidad precedente de postergación de un colectivo en atención al género. Lo que resulta ajeno a la naturaleza de la representación política y del derecho fundamental que la consagra es la imposición de esas estimaciones al cuerpo electoral como poder constituido y al ciudadano como titular del derecho de sufragio activo y pasivo. El espacio de desarrollo de la participación equilibrada es, como establece la propia Ley 3/2007, el de los principios. Y su destinatario ha de ser el propio ciudadano votante y potencial elector, así como las asociaciones surgidas fruto de su iniciativa de participar activamente (los partidos). Si, de principio, pasa a convertirse en mandato invasor de la libre capacidad para determinar quién se presenta y quién puede figurar en listas, la norma esta menoscabando el contenido esencial del derecho a la igualdad en el acceso a cargos representativos, así como la participación política a través de elecciones, de manera directa (arts. 23.2 y 23. 1 CE respectivamente). Y acto seguido generando la vulneración de quien no puede presentarse a unas elecciones en razón de su sexo (art. 14 CE), y la afectación de la libertad de expresión del pluralismo político de los partidos (art. 6 CE), que es manifestación patente de un valor del propio ordenamiento constitucional (art. 1.1 CE). Además de todo ello, repercutirá sobre las concretas previsiones de configuración de los órganos constitucionales por fragmentar y categorizar el concepto de pueblo español (art. 66 CE) y limitar el contenido del derecho de sufragio en sus vertientes activa y pasiva para las elecciones al Congreso y al Senado (arts. 68.1 y 5 y 69.2 respectivamente). Como último eslabón de la cadena de repercusiones generadas por la incidencia

en una institución constitucional básica, la libertad de trasladar el pensamiento subyacente en la motivación de participar en los asuntos públicos (art. 20.1.a CE), quedaría asimismo en entredicho.

De entre todas las relaciones derivadas de una interpretación sistemática de la Constitución, esta lectura conjunta de los artículos 23 y 14 es la de mayor interés: obliga a conseguir una igualdad efectiva entre ciudadanos y grupos, al tiempo que prohíbe cualquier discriminación entre ellos. Por tanto, no nos cabe duda de la adecuación constitucional genérica del principio de composición equilibrada de listas electorales, tan sólo nos obliga a poner de manifiesto que del mismo no se puede deducir que cualquier tipo de medida legislativa que procure tal finalidad (la composición equilibrada) sea permisible, sin atender las exigencias que la jurisprudencia constitucional establece para las diferencias de trato y para la afectación de los derechos fundamentales. Esta percepción, no es otra que la manifestada reiteradamente por el Consejo de Estado (Dictámenes 2909/2002 y 2910/2002, de 12 de diciembre de 2002, y Dictamen del Consejo de Estado núm. 803/2006, de 22 de junio de 2006).

La vulneración del art. 14 CE

Sin necesidad de reiterar la impertinencia de las acciones de discriminación positiva en el ámbito de la representación política, anticipadas en el anterior apartado, es necesario abordar otras consideraciones que presentan la reforma electoral efectuada por la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 3/2007 como contraria, también de manera autónoma y además de por su relación con el art. 23 CE, al derecho a la igualdad.

El Tribunal Constitucional mantiene una sólida jurisprudencia en materia de Igualdad, en torno al art. 14 CE, completada por otras resoluciones donde se aborda también la misma como valor y como principio (arts. 1.1 y 9.2 CE, respectivamente). Desde la doctrina general establecida por Sentencia del Tribunal Constitucional 10/1981, recordada y precisada en numerosas resoluciones como las SSTC 28/1992, 3/1993 o 39/2002; la igualdad constitucional exige la igualdad en la ley, derivada de la interdicción de arbitrariedad consagrada por el art. 9.3 CE, complementada con la necesidad de igual trato por los Poderes Públicos en la aplicación de la misma. Dentro del campo constitucional de la igualdad se desarrollan medidas encaminadas a favorecer razonada y justificadamente unos colectivos sociales frente a otros a efectos de lograr una igualdad real, cum-

pliendo con ello el mandato constitucional consagrado en el art. 9.2 de la Carta Magna que encomienda a los Poderes Públicos promover las condiciones para que la referida igualdad sea efectiva respecto de todos los individuos y grupos, removiendo los obstáculos que entorpezcan la plenitud de este derecho y con ello se facilite la participación ciudadana en la vida política, económica, social y cultural de nuestro país.

Estas medidas o acciones positivas ("*affirmative action*") recogen la posibilidad de admitir comportamientos desiguales de los Poderes Públicos, incluso en las normas jurídicas, con la finalidad de lograr o avanzar hacia la igualdad sustancial, favoreciendo así a colectivos relegados por cualesquiera causas. Estas acciones se dirigen a conseguir una igualdad de oportunidades, colocando en un mismo punto de partida a todos aquellos que desean alcanzar una meta política, social, económica o cultural. Es por tanto una injerencia externa ante la pugna de individuos para que la pertenencia de éstos a un colectivo o grupo desfavorecido en general o en particular, no sea obstáculo para conseguir aquello a lo que legítimamente se aspira, singularmente si se trata de un derecho. La intervención, pues, del Poder Público termina en el momento que se realiza esa igualdad en el punto de partida, y deja de tener sentido cuando la ayuda se excede perjudicando a otros individuos en la consecución de sus derechos (pertenecientes a cualesquiera colectivos, estén o no tradicionalmente preteridos).

Las acciones de discriminación positiva tienen por ello un marco casuístico muy particular, que depende de cada circunstancia concreta, y un espacio de desarrollo complejo en tanto quieran ser compatibles con el principio de igualdad ante la ley (a fin de no ser ellas mismas, nacidas de la igualdad, la que terminen menoscabándola). En resumen, la cautela ha de ser la norma general cuando se va a intervenir, excepcionar o matizar un derecho o un deber para salvar, a su vez, el ámbito marcado por los derechos y deberes del resto de individuos o grupos. Recordando la decisión de la Corte Constitucional Italiana sobre las cuotas electorales a la que nos estamos refiriendo, las medidas legislativas de discriminación positiva pueden ser adoptadas para eliminar situaciones de inferioridad social o económica, o más en general compensar y remover la desigualdad material entre los individuos (cual presupuesto del pleno ejercicio de los derechos fundamentales); pero no pueden en cambio, incidir directamente en el contenido mismo de los derechos, rigurosamente garantizados en igual medida a todos los ciudadanos en cuanto a tales (fundamento de derecho sexto, Sentencia 422, de 6 de septiembre de 1995).

Se trata pues, de someter a una prueba de adecuación constitucional, la posibilidad de limitar el acceso de un ciudadano o ciudadana con derecho a votar y ser votado, en atención a su sexo, imponiendo una limitación hasta ese momento inexistente en la legislación electoral. La limitación concreta es: una acción positiva que restringe, con carácter general y en todas las elecciones, los derechos de personas en atención a su género, desconociendo si para cada elección territorial individualizada, la norma que establece esta peculiar suerte de discriminación positiva, tiene algún tipo de fundamento real en la comunidad sobre la que pretende aplicarse.

En resumen, se limita el derecho de sufragio pasivo en razón del sexo, sin que ni siquiera exista la posibilidad de evaluar la concurrencia de una situación de preterición de un colectivo en el ámbito del conjunto de votantes de un territorio, estableciéndose a través de esta Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 3/2007, como sustitución, una suerte de presunción legislativa convalidante que supere la concurrencia de las situaciones de postergación de un colectivo en razón de su género, en cada uno de los territorios que van a participar en la consulta.

Ni siquiera a efectos dialécticos es posible aplicar un test constitucional en el que se valore la finalidad, razonabilidad y proporcionalidad de la norma presuntamente promotora de igualdad, en los términos expresado por las SSTC 114/1987, 123/1987, 209/1988 o 46/1999; o por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la Sentencia de 12 de enero de 2006, as. *Mizzi*, entre otras muchas. Esta última resolución señala que una diferencia de trato es discriminatoria si carece de una justificación objetiva y razonable, por no perseguir un fin legítimo o por no guardar una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se pretende conseguir. Si la legitimidad del fin puede ser dudosa, ante la ausencia de motivación demostrable en cada territorio con instituciones representativas objeto de elección, la relación razonable de proporcionalidad brilla por su ausencia: se pretende la paridad limitando el derecho fundamental del colectivo al que se aspira a promocionar. El Consejo de Estado es elocuente al respecto: "*(...) el sexo solo puede ser utilizado excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon más estricto, un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad y demostrar el carácter justificado de la diferenciación por ser un medio necesario para el logro del resultado parificador, lo que se conecta con la finalidad de la medida y la proporcionalidad de los sacrificios al logro de una paridad efectiva difícil-*

mente conseguible de otra manera (...). Pero ha de adoptarse una especial cautela cuando la acción positiva pueda lesionar derechos subjetivos, afecte a principios constitucionales o de Derecho comunitario o incide sobre derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y Convenios internacionales. Así habrán de ponderarse con detenimiento las medidas de acción positiva que puedan incidir (...) o las que puedan afectar al derecho fundamental de acceso a cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad.(...). Desde esta perspectiva deben primarse las medidas de fomento sobre las coercitivas; no en vano el artículo 9.2 de la Constitución, cimiento del Anteproyecto, habla de "promover condiciones", de "remover obstáculos", de "facilitar la participación". " (Dictamen del Consejo de Estado núm. 803/2006, de 22 de junio de 2006, Consideración Sexta). Es claro que tal crítica converge en la presente regulación, que ha sido desatendida por el Parlamento, muy en particular la exclusión de otros medios de consecución, como la llamada a los partidos políticos para la promoción de sexos preteridos, que por sí sola ya generó con la anterior legislación electoral, y sólo con la voluntad de los partidos, un aumento espectacular y desconocido hasta el momento, de la representación a cargo de mujeres.

En resumen, todos los argumentos jurídicos aportados demuestran que las cuotas aplicadas al derecho de sufragio generan, hacia quienes pretendan formar parte de las candidaturas, y no puedan hacerlo por sobrepasar los optantes de su género un número mayor al legalmente establecido, una vulneración de su derecho a la igualdad (provocado en razón de su sexo), que se suma a la ya argumentada violación de su derecho de acceso a los cargos públicos representativos (arts. 14 y 23.2 respectivamente), sin que la desigualdad evidente contenida en las normas, pueda ser, a su vez, exculpada como medida de discriminación positiva en los términos expresados por el propio Tribunal en resoluciones como las SSTC 28/1992, 3/1993, 216/1991 y 16/1995, entre otras.

Aunque se aceptara, que no es el caso, la posibilidad de este tipo de medidas de promoción, en el ámbito del derecho de igualdad de acceso a los cargos públicos y con ello la disgregación del Cuerpo Electoral, tampoco sería posible admitir la constitucionalidad de esta reforma electoral contenida en la Ley Orgánica 3/2007, que renuncia a justificar solidamente las razones de su aplicación general, o mucho menos a cada tipo de consulta electoral, que sería el espacio donde ganase virtualidad alegar la existencia de un colectivo desfavorecido. La necesidad de la excepción constituida por una medida de discriminación positiva debe motivarse suficientemente, lo que no ocurre en la Exposición de Motivos (ni siquiera de manera referencial hacia la tramitación parlamentaria o hacia el expediente que

fundamentó en su día la proposición de ley, o al estilo de la Ley de Castilla-La Mancha 11/2002, que modifica el régimen electoral para introducir la alternancia en puestos de hombres y mujeres, y que apela a la existencia de una desproporción entre el peso demográfico de un género en el territorio afectado y su presencia en el seno de las instituciones representativas del mismo). Por ejemplo, en el ámbito de las medidas dirigidas a la igualdad salarial, ha quedado demostrado en el proceso de elaboración que los salarios femeninos están un quince por ciento debajo del de los hombres. Admitiendo, que no es el caso, a efectos dialécticos, la inexistencia de motivos adicionales impeditivos de una acción positiva en este terreno del sufragio, la pretendida acción positiva carece de la motivación que la valida como excepción al tratamiento igual. Que la mayoría del Parlamento haya omitido el principio general de motivación, sólo puede explicarse por la precipitación del comportamiento institucional desde la fase de iniciativa legislativa, como resalta el Dictamen del Consejo de Estado núm. 803/2006, de 22 de junio de 2006, en su Consideración Primera, sobre el Anteproyecto de esta Ley: "*(...) la importancia y entidad del tema que se trata regular hubiera merecido una elaboración más sosegada y con mayor participación de todos los sectores sociales afectados*".

La consagración del despropósito respecto de la igualdad de la mujer en la presencia electoral, llega de la mano de la nueva redacción dada por la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 3/2007 a los artículos 187.2 y 201.3, que excepcionan la aplicación de la reserva sexual de puestos en las candidaturas para los municipios menores de 3001 residentes y para las islas con menos de 5001 residentes. Es en ambos espacios territoriales donde precisamente, mejor pudiera expresarse la tradicional escasa participación de la mujer. Además de inoportuna, la utilización selectiva del art. 14 CE en atención a la remoción de obstáculos (art. 9.2), brilla en esta regulación y niega la premisa mayor justificativa de la norma en la que se encuentra el precepto impugnado: las mujeres y hombres en estos núcleos carecen de la posibilidad de estar representados equilibradamente. Respecto de estos preceptos, la vulneración directa del art. 14 CE sería además un hecho autónomo a las cuotas, incluso en el caso que se aceptaran en el campo del sufragio.

La reforma y sus repercusiones sobre otros preceptos constitucionales

Procede para completar la presente crítica, apelar también otra serie de preceptos a los que la sistemática constitucional relaciona con los derechos que han sido vulnerados, a partir de los arts. 23 y 14 CE.

En primer término, la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, vulnera el art. 6 CE en relación con el art. 22.1 CE. El contenido esencial del derecho fundamental de asociación, alma del partido político, es arrasado por el legislador en tanto se suprime la esfera de autodeterminación asociativa (libertad de organización y funcionamiento interno). En este sentido, reiteradas resoluciones del Tribunal informan sobre el espacio inalterable de este derecho político (SSTC 218/1988, FJ 2, 173/1998, FJ 8, o 104/1999, FJ 3, entre otras). Las funciones constitucionales de canalización de voto, encomendadas a los partidos, condicionan los caracteres asociativos de los mismos, pero no los alienan hasta hacer irreconocible el poso asociativo. La STC 56/1995, FJ 3, referida a un partido político, declara que el legislador deberá respetar, además del contenido esencial del derecho de participación, el contenido de otros derechos con los que éste guarda íntima relación como son el derecho de libre creación y, muy especialmente, el derecho de autoorganización del partido. Un derecho este último que preserva la existencia de un ámbito libre de interferencias de los Poderes Públicos en la organización y funcionamiento interno de estos. Esta resolución respalda una línea anterior, que ejemplifica la STC 85/1986, FJ 2: La creación de los partidos políticos no está sometida constitucionalmente a límites más estrictos que los de las demás asociaciones en "(...) *la Constitución existe un cierto reforzamiento de garantías de los partidos, respecto a demás asociaciones, en cuanto que el artículo 6 señala y garantiza el ámbito de funciones institucionales que a aquellos corresponden*". La Constitución, en su deseo de asegurar el máximo de libertad e independencia de los partidos, los somete al régimen privado de las asociaciones "(...) que permite y asegura el menor grado de control y de intervención estatal sobre los mismos (...)". La libre actividad de los partidos políticos está proclamada, en cualquier caso, directamente en el art. 6 CE (la creación y el ejercicio de su actividad son libres), y este reconocimiento se ha reiterado en el art. 9.1 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio. Formar libremente las candidaturas electorales es un acto capital de ejercicio de la función constitucional que la CE asigna a los partidos: servir de cauce a la participación política (STC 10/1983 FJ 3: "*En razón de la función constitucionalmente atribuida de servir de cauce fundamental para la participación política, la legislación electoral (...) otorga a los partidos la facultad de presentar candidaturas*").

De lo anterior se deduce que el precepto referido supone una restricción de la libre actividad de los partidos políticos en la formación de candidaturas para las elecciones afectadas en su ámbito. El despropósito de la restricción se muestra claro, además, cuando se piensa que la presente Ley Orgánica impide que un

partido feminista reivindicativo (que base su actuación política, por ejemplo, en la máxima de que sólo las mujeres saben verdaderamente defender los intereses de las mujeres) presente una lista formada exclusivamente por candidatas. Esta hipótesis, que no es de laboratorio ni propia de ninguna minoría, ya que los partidos mayoritarios lo harán de cara a las elecciones locales de mayo de 2007, conduce derechamente a evidenciar el ataque frontal contra el pluralismo político (art. 1.1 CE) de la concepción encerrada tras este tipo de normas electorales, perfilando candidatos y relegando al partido en sus opciones de selección. La intervención de los Poderes Públicos hasta estos límites termina con la línea de control cauto e imprescindible que hasta el momento se ha mantenido respecto de los partidos, fruto de una correcta interpretación constitucional, ejemplificada, entre otras, por la STC 85/1986, a la que se acaba de hacer alusión.

En segundo término se produce una vulneración del art. 68.5 CE, cuando este último recoge una regla de elegibilidad para el Congreso de los Diputados ("*Son electores y elegibles todos los españoles que estén en pleno uso de sus derechos políticos (...)*")., que perfila una valoración del constituyente opuesta a la distinción interna de categorías personales entre los elegibles. La unidad de la Constitución a efectos interpretativos (SSTC 173/1998, FJ 7, y 292/2000, FJ 11, entre otras) invita a mirar la valoración constitucional implícita en el art. 68.5 CE a la hora de examinar la compatibilidad del precepto impugnado con los arts. 14 y 23.2 CE. De nuevo hay que subrayar que la introducción de categorías de género alterando el derecho fundamental de acceso a cargos públicos representativos (art. 23.2 CE), no cabe sin reforma de la Constitución. Así se deduce de la valoración constitucional implícita en la configuración del derecho de sufragio pasivo en las elecciones al Congreso de los Diputados plasmado en el primer párrafo del art. 68.5 CE en relación con el art. 66.1 CE ("*Las Cortes Generales representan al pueblo español (...)*").

Por último, como otro incontrolado efecto añadido, la norma que impone las cuotas quiebra, incluso, la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y de difusión del propio pensamiento por parte de personas o partidos (art. 20.1 a) CE). Se aprueba una ley que impide la existencia de candidaturas de partidos compuestas sólo por hombres, o por mujeres, para defender ante la sociedad lo que estimen pertinente, por razón de los intereses de género que consideren oportunos, o, más sencillamente, porque quieren hacer libre uso del derecho constitucional a asociarse y a concurrir a las elecciones en compañía de los afines que compartan ideario.

Conclusión

La suma de sospechas frente a la regulación criticada, ha llevado a anunciar a alguno de los sujetos legitimados, en las fechas en las cuales este trabajo se entrega a la revista, un recurso de inconstitucionalidad. Será buena ocasión para que el Tribunal Constitucional se pronuncie también sobre la aplicación de cuotas contenida en la legislación vasca, andaluza, balear y castellano-manchega, si bien sólo está pendiente el conocimiento de las dos primeras al haberse retirado en 2004 el recurso de inconstitucionalidad sobre las dos segundas. En estos días, el Tribunal ha descartado entrar en el fondo del asunto con ocasión de la admisión a trámite una cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. uno de Tenerife, que dudó de la constitucionalidad de la norma que tratamos, a instancias de la candidatura del Partido Popular en el municipio de Garachico, compuesta íntegramente por mujeres, y también negando a trámite el recurso de amparo presentado por estos hechos desde ese partido, al no haberse agotado la vía judicial previa en tanto está viva la cuestión de inconstitucionalidad.

**COMENTARIO JURISPRUDENCIAL DE INTERÉS AUTONÓMICO:
ACERCA DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL
JURADO REGIONAL DE VALORACIONES
DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE
CASTILLA-LA MANCHA: LA STC 315/2006**

Tomás Vidal Martín

*Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha*

En la sentencia del Tribunal Constitucional objeto de este comentario, la STC 315/2006, el alto Tribunal se enfrenta al espinoso problema de la constitucionalidad del Jurado Regional de Valoraciones creado por la Ley de Castilla-La Mancha 2/1998, de 4 de junio, de ordenación del territorio y de la actividad urbanística. Ciertamente, en este pronunciamiento el Tribunal no hace sino reiterar, como veremos, la doctrina contenida en un pronunciamiento anterior, en concreto en la STC 251/2006, en la que el máximo interprete de la Constitución aborda la conformidad o no a aquella del Jurado Territorial de Expropiación Forzosa de la Comunidad de Madrid creado por la Ley autonómica 9/1995, de 28 de marzo, de medidas de política territorial, suelo y urbanismo; doctrina jurisprudencial ésta que también aparece reproducida en las STC 313/2006 y 314/2006¹. En estas sentencias, pues, el Tribunal aborda directamente la discutida cuestión acerca de la contradicción o no con la Constitución de los llamados Jurados Autonómicos de Expropiación.

A través de la STC 315/2006, que es la que ahora nos interesa, el más alto de nuestros Tribunales resuelve la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha contra el artículo 152 de la Ley 2/1998, de 4 de junio, de ordenación del territorio y actividad urbanística así como contra el artículo 2, apartado 44, de la Ley 1/2003, de 17 de enero, de modificación de la precitada Ley, por la posible contradicción de dichos preceptos legales con el artículo 149.1.18 de la CE.

Los preceptos cuestionados tenían por objeto la regulación del carácter, función y composición del Jurado Regional de Valoraciones, esto es, el órgano administrativo colegiado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha que tiene encomendada la tarea de fijar el justiprecio de aquellos bienes expropiados por la Administración autonómica o local². Por su parte, el artículo 149.1 18 CE establece la competencia exclusiva del Estado en materia de "legislación sobre expropiación forzosa".

1. En estas sentencias el Tribunal Constitucional también resuelve acerca de la constitucionalidad del Jurado Territorial de Expropiación forzosa de la Comunidad de Madrid.

2. Disponía el artículo 152 de la Ley 2/1998, de 4 de junio, de ordenación del territorio y de la actividad urbanística de Castilla-La Mancha, conforme a la redacción dada por el artículo 2 de la Ley 1/2003, de 17 de enero:

2.1. El Jurado Regional de Valoraciones es el órgano de la Administración de la Junta de Comunidades especializado en materia de expropiación forzosa y de responsabilidad patrimonial, cuando esta última proceda por razón de la ordenación territorial y urbanística. Estará adscrito a la Consejería competente en materia de economía y hacienda, que le facilitará toda la infraestructura administrativa para su adecuado funcionamiento, y actuará en el cumplimiento de sus funciones con plena autonomía funcional.

2.2. El Jurado Regional de Valoraciones actuará con competencia resolutoria definitiva, poniendo

En el origen de esta cuestión de inconstitucionalidad se encuentra el recurso contencioso-administrativo, interpuesto por numerosos afectados por las expropiaciones llevadas a cabo por la Junta de Comunidades para la construcción de una Autovía ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, contra el Decreto 41/2003, de 8 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del jurado Regional de Valoraciones, por considerar que tanto el Reglamento como la Ley que aquel desarrolla no serían conformes con la competencia exclusiva que en materia de expropiación forzosa reserva al Estado el artículo 149.1.18 CE.

En el Auto por el cual el órgano judicial eleva la cuestión ante el Tribunal Constitucional se ponen claramente de manifiesto cuales son los motivos por los que aquél duda sobre la constitucionalidad de los preceptos cuestionados. Tales motivos se reducen a dos:

sus actos fin a la vía administrativa, para la fijación del justo precio en las expropiaciones, cuando la Administración expropiante sea la de la Junta de Comunidades o cualquiera de las Diputaciones o los Municipios. En materia de responsabilidad patrimonial por razón de la ordenación territorial y urbanística operará como órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, así como, si así lo solicitan, de las Diputaciones y los Municipios.

2.3. El Jurado Regional de Valoraciones se compondrá de los siguientes miembros, designados por el Consejo de Gobierno:

a) Presidente: un jurista de reconocido prestigio y más de diez años de experiencia, propuesto por el Consejero competente en materia de ordenación territorial y urbanística.

b) Vocales:

- Dos letrados de la Comunidad Autónoma.

- Dos técnicos facultativos superiores, de cualquier especialidad, así como uno de la especialidad correspondiente a la naturaleza del bien objeto de expropiación, al servicio, en todos los casos, de la Comunidad Autónoma.

- Tres técnicos facultativos elegidos por la Federación de Municipios y Provincias.

- Un profesional libre colegiado en representación de los Colegios Oficiales de Arquitectos o Ingenieros Superiores, dependiendo de la naturaleza de los bienes o derechos a expropiar.

- Cuando se trate de expropiaciones provinciales o municipales, un representante de la Corporación local interesada, con voz pero sin voto.

c) Secretario: actuará como Secretario del Jurado un funcionario de la Comunidad Autónoma de cuerpo para cuyo ingreso se requiera titulación superior, con voz pero sin voto.

2.4. Podrán actuar de ponentes a los efectos de la preparación de las propuestas de acuerdo o dictamen e interviniendo en las deliberaciones del Jurado con voz, pero sin voto, cualesquiera funcionarios técnicos facultativos al servicio de la Comunidad Autónoma, las Diputaciones provinciales y los Municipios.

2.5. El jurado podrá reunirse en pleno o secciones.

2.6. Reglamentariamente se determinará la organización y funcionamiento del Jurado".

Esta Ley estuvo vigente hasta el 8 de febrero de 2005, fecha en que entró en vigor el Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación del territorio y de la actividad urbanística; Decreto Legislativo en cuyo artículo 152 se contiene idéntica regulación a la contenida en el artículo 152 de la precitada Ley y que acabamos de reproducir.

1. En primer lugar, los citados preceptos atribuyen al Jurado Regional de Valoraciones la función de fijar el justiprecio de todas aquellas expropiaciones llevadas a cabo por la Comunidad Autónoma o por los municipios enclavados en su territorio, por lo que estarían estableciendo una regulación de carácter general de la garantías expropiatorias que no sería conforme con el artículo 149.1.18 CE.

2. En segundo lugar, los preceptos cuestionados al regular la composición del Jurado Autonómico de Expropiación otorgan una clara primacía a los intereses de la Administración frente a los intereses de los particulares, en contraposición a la Ley estatal de Expropiación Forzosa que a la hora de regular la composición de los Jurados provinciales de expropiación trata de buscar un equilibrio entre ambos tipos de intereses. Y siendo la composición del Jurado uno de los aspectos esenciales del sistema de garantías patrimoniales del ciudadano frente a la actuación expropiatoria de la Administración, tal forma de proceder del legislador autonómico afecta a dicho sistema y por tanto lesiona la competencia que el artículo 149.1.18 de la CE reserva en exclusiva al Estado.

Delimitado el objeto de esta cuestión de inconstitucionalidad, el alto Tribunal entrará a conocer del fondo de la misma.

Así, y en lo que respecta al primer motivo de inconstitucionalidad reseñado, el alto Tribunal considera que "la creación de un órgano administrativo con las características del Jurado Regional de Valoraciones resulta insertable sin dificultad en la potestad de autoorganización de los propios servicios expropiatorios de la Comunidad Autónoma" habida cuenta de la "competencia ejecutiva que ostenta la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha derivada de lo dispuesto en el artículo 39.2 b) de su Estatuto de Autonomía"¹³.

De esta forma el Tribunal Constitucional reitera su doctrina sentada en la STC 251/2006 en relación con el Jurado Autonómico de Expropiación de la Comunidad de Madrid, a la que se remite de manera expresa. Y para llegar a la antedicha conclusión, el Tribunal se remite a su vez a la jurisprudencia sentada en la STC 37/1987. En efecto, en este último pronunciamiento, por lo que ahora nos interesa, el Tribunal comienza abordando el instituto de la expropiación for-

3. El artículo 39.2 b) del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha estipula: "2. En el ejercicio de sus competencias, la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha gozará de las potestades y privilegios propios de la Administración del Estado, entre los que se comprenden: b) la potestad de expropiación, incluida la declaración de urgente ocupación de los bienes afectados y el ejercicio de las restantes competencias de la legislación expropiatoria, atribuidas a la Administración del Estado, cuando se trate de materias de competencia de la Comunidad Autónoma".

zosa desde una doble perspectiva: en tanto que instrumento del poder público y en tanto que garantía del derecho de propiedad privada⁴. Y en su condición de garantía, afirma el alto Tribunal que "es obvio que el constituyente ha pretendido que exista una regulación general de la institución expropiatoria en todo el territorio del Estado. Y para ello ha reservado en exclusiva al Estado la competencia sobre la legislación de expropiación (art. 149.1.18 CE) y no simplemente, como en otras materias, la competencia para establecer las bases o la legislación básica". A lo que añade: "En tanto que institución de garantía de los intereses económicos privados, la expropiación forzosa implica la obligación de los poderes públicos de indemnizar a quien resulta privado de sus bienes o derechos por legítimas razones de interés general con un equivalente económico, que ha de establecerse conforme a los criterios objetivos de valoración prefijados por la Ley, a través de un procedimiento en el que, previa declaración de la causa legítimadora de la concreta operación expropiatoria, se identifica el objeto a expropiar, se cuantifica el justiprecio y se procede a la toma de posesión de aquel y al pago de éste. Sin duda la uniformidad normativa impuesta por la Constitución supone la igual configuración y aplicación de las mencionadas garantías expropiatorias en todo el territorio del Estado y, por ende, el estricto respeto y cumplimiento de los criterios y sistema de valoración del justiprecio y del procedimiento expropiatorio establecidos por Ley estatal para los distintos tipos o modalidades de expropiación. De este modo, la competencia exclusiva que al Estado reserva el art. 149.1.18 impide que los bienes objeto de expropiación puedan ser evaluados con criterios diferentes en unas y otras partes del territorio nacional y que se prive a cualquier ciudadano de alguna de las garantías que comporta el procedimiento expropiatorio".

Así pues, para el máximo interprete de la Constitución, en lo que concierne a las garantías expropiatorias ningún margen de maniobra para las Comunidades Autónomas habida cuenta de la imposición por nuestra norma fundamental de una regulación general de la expropiación-garantía en todo el territorio del Estado español.

Ahora bien, la cuestión es distinta cuando se aborda el instituto de la expropiación en su condición de medio o instrumento al servicio de los poderes públi-

4. Señala el Tribunal textualmente: "(...) la expropiación forzosa, además de ser un instrumento positivo puesto a disposición del poder público para el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación de la sociedad a imperativos crecientes de justicia social, constituye al tiempo una garantía constitucional del derecho de propiedad privada, en la medida en que con ella se asegura una justa compensación económica a quienes, por razones de utilidad pública o interés social, se ven privados de sus bienes o derechos de contenido patrimonial (art. 33.3 CE)"

cos. En este caso, dirá el Tribunal "es obvio que no sólo la ejecución de las medidas expropiatorias sino también, en su caso, la definición de la concreta *causa expropriandi* son competencias que no pueden disociarse de las que a cada poder público con potestad expropiatoria le corresponden para la determinación y cumplimiento de sus diferentes políticas sectoriales".

A partir de estas afirmaciones, el Tribunal considerará en la STC 37/1987 que "el artículo 15.1.2 del Estatuto de Autonomía atribuye a la Comunidad autónoma de Andalucía competencias de desarrollo legislativo en relación con los aspectos organizativos de la acción expropiatoria (atribución innecesaria, por lo demás, pues está ya incluida en la competencia autonómica de autoorganización (art. 13.1 Estatuto de Autonomía), sino también la competencia para determinar, mediante ley o de conformidad con ella, como prescribe el art. 33.3 CE, los supuestos legitimadores de la expropiación o *causae expropriandi* en aquellos casos en que así lo exija la utilidad pública o el interés social vinculado al ejercicio de sus propias competencias".

Pues bien, aplicando esta doctrina ahora expuesta al caso del Jurado de Expropiación de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, considera el Tribunal Constitucional que ningún reproche cabe hacer desde una perspectiva constitucional a la creación de dichos órganos administrativos autonómicos, pues, aunque el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha no atribuya a esta Comunidad expresamente competencias normativas en materia de expropiación forzosa, sino únicamente las de ejecución "puede igualmente realizar la regulación que se cuestiona como consecuencia de la función normativa de autoorganización de sus propios servicios expropiatorios, que es inherente a su competencia ejecutiva en las expropiaciones de su competencia". En consecuencia, pues, el alto Tribunal considera constitucionalmente admisible la creación por parte de los entes autonómicos de aquellos órganos encargados de fijar el justo precio en las expropiaciones propias de su ámbito competencial.

Ciertamente, estamos en presencia de una cuestión delicada. A nuestro juicio, la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional en lo atinente a este tema no nos parece desacertada. Consideramos que el Tribunal trata de buscar un adecuado y prudente equilibrio entre las competencias estatales y autonómicas en materia de expropiación forzosa, esto es, el Tribunal tiene en cuenta la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación sobre expropiación forzosa pero al mismo tiempo no pasa por alto la competencia ejecutiva de las Comunidades Autónomas en las expropiaciones correspondientes a las áreas

materiales propias de sus ámbitos competenciales y la consiguiente potestad autoorganizativa de sus servicios expropiatorios.

Sin embargo, a pesar de nuestra opinión y buena prueba de lo delicado de esta cuestión, lo constituye uno de los votos particulares formulados tanto contra la STC 251/2006 como contra la STC 315/2006. En efecto, se trata del voto particular formulado por el magistrado D. Ramón Rodríguez Arribas. En él, el citado Magistrado discrepa de la opinión mayoritaria del más alto de nuestros Tribunales, puesto que considera que el artículo 149.1.18 CE establece de forma que no admite discusión la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación sobre expropiación forzosa y consecuentemente también la creación de los Jurados Autonómicos de Expropiación que son los encargados de la función principal en dicha materia: la fijación del justiprecio expropiatorio. En su opinión, el Tribunal mantiene la opinión contraria basándose en pronunciamientos anteriores como la STC 37/1987; sin embargo, en esta sentencia se aborda "la capacidad de las Comunidades Autónomas para establecer la causa expropiandi cuando ostenten competencias sectoriales en materia de expropiación", por lo que en aquellas sentencias se "da un paso más extendiendo competencias autonómicas más allá de lo que permite el art. 149.1.18 CE".

Por otra parte, y en lo que respecta al segundo motivo de inconstitucionalidad aducido por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, esto es, la composición del Jurado Regional de valoraciones no tiene en cuenta el equilibrio de intereses presente en el Jurado Provincial de Expropiación creado por la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, formando parte dicha composición paritaria del sistema de garantías expropiatorias que correspondería establecer al Estado ex art. 149.1.18 CE, el Tribunal también rechazará este segundo motivo de inconstitucionalidad en base a las siguientes razones⁵:

1. La creación de órganos administrativos como el Jurado Regional de Valoraciones no se encuadra en la competencia que corresponde al Estado en materia de legislación sobre expropiación forzosa, sino que se encuadra en "el ámbito propio del régimen jurídico de las Administraciones Públicas"⁶. Y pues-

5. Razones que ya expone en la STC 251/2006 (FFJJ 7 a 10), y a los que también se remite de manera expresa en la sentencia que ahora comentamos.

6. En relación con este tema, afirma el Tribunal en la STC 251/2006: "(...) es obvio que, aún con su peculiaridad, estos Jurados participan de la condición de órganos administrativos, por lo que estamos en presencia de una regulación que afecta a la libre organización de la propia Administración autonómica ya que ésta se refiere a la potestad para crear, modificar y suprimir los órganos, unidades administrativas o entidades que configuran las respectivas Administraciones autonómicas o dependen de ellas".

to que la Constitución atribuye al Estado ex art. 149.1.18 CE la competencia para establecer las "bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas", le corresponde a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en esta materia, el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria y la ejecución de las bases estatales.

2. El art. 32.1 de la Ley de Expropiación forzosa⁷ que establece una composición paritaria de los Jurados Provinciales de Expropiación según el órgano judicial que plantea la cuestión, puesto que el Abogado del Estado y el funcionario técnico representarían los intereses públicos mientras que el representante de la Cámara Agraria Provincial u otros entes corporativos y el Notario representarían los intereses particulares del expropiado, carece de carácter básico. Basa esta afirmación el alto Tribunal en dos ordenes de consideraciones:

a) En primer lugar, en que la presencia de los representantes de la Administración corporativa y del notario no puede identificarse con una representación de los intereses del expropiado y, por tanto, no hay un equilibrio entre los intereses públicos y privados en el órgano encargado de la fijación del justiprecio. En este sentido, y en relación con el vocal representante de la llamada Administración corporativa, afirmará el Tribunal que el mismo "no representa interés particular alguno" habida cuenta que los entes que integran dicha Administración "representan intereses económicos o profesionales que en modo alguno se corresponden con la defensa de los intereses particulares y concretos de los expropiados, sino que, por el contrario, aparecen vinculados a determina-

7. Dispone el artículo 32.1 de la Ley de Expropiación Forzosa: "El Jurado Provincial de Expropiación, que se constituirá en cada capital de provincia, estará formado por un Presidente, que lo será el Magistrado que designe el presidente de la Audiencia correspondiente, y los siguientes cuatro vocales:

- a) Un Abogado del Estado de la respectiva Delegación de Hacienda.
- b) Un funcionario técnico designado por la Jefatura Provincial o Distrito correspondiente y que variará según la naturaleza del bien objeto de la expropiación. Este funcionario será un Ingeniero Agrónomo, si se trata de fincas rústicas; un Ingeniero de caminos, cuando se trate de aprovechamientos hidráulicos u otros bienes propios de su especialidad; un Ingeniero de Montes cuando el principal aprovechamiento de la finca expropiada sea el forestal; un Ingeniero de Minas, en los casos de expropiación de concesiones mineras, un Arquitecto al servicio de la Hacienda, cuando la expropiación recaiga sobre valores mobiliarios. Análogo criterio de especialidad se seguirá cuando se trate de bienes distintos a los enunciados.
- c) Un representante de la Cámara Agraria Provincial cuando la expropiación se refiera a la propiedad rústica; en los demás casos un representante de la Cámara de la Propiedad Urbana, Cámara de Comercio, Industria y Navegación, Colegio Profesional u Organización empresarial, según la índole de los bienes o derechos objeto de la expropiación.
- d) Un Notario de libre designación por el Decano del Colegio Notarial correspondiente".

dos intereses públicos, aún con la expresada dimensión corporativa"⁸. Y en lo que al notario se refiere, el Tribunal considerara que el mismo tampoco representa los intereses del expropiado puesto que "la función pública notarial incorpora (...) un juicio de legalidad sobre la forma y el fondo del negocio jurídico que es objeto del instrumento público" y en consecuencia "el deber del notario de velar por la legalidad forma parte de su función como fedatario público". En definitiva, para el más alto de nuestros Tribunales, "una cosa es que la Ley de Expropiación forzosa haya pretendido incorporar al jurado la perspectiva de la Administración corporativa, más próxima a la consideración del interés particular" y otra cosa, bastante diferente, es que aquella haya regulado un Jurado cuya composición responde a un equilibrio paritario de intereses públicos y privados.

b) En segundo lugar, en el carácter preconstitucional de la Ley de Expropiación forzosa, junto a la actividad del legislador estatal postconstitucional que ha establecido, en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las bases a las que debe sujetarse la regulación de la organización de las Administraciones Públicas; normativa básica esta que no establece ningún tipo de criterio, ni cuantitativo ni cualitativo, en lo que a la composición de los órganos colegiados se refiere, dotando, por tanto, a las Comunidades Autónomas de un amplio margen para llevar a cabo el desarrollo normativo de los órganos colegiados de su propia Administración.

A partir de estas consideraciones, esto es, "teniendo presente por un lado el carácter preconstitucional de la Ley de expropiación forzosa de 1954 y la restricción de lo básico que en el ámbito de la composición de los órganos colegiados contiene la Ley 30/1992 y, de otro lado, que este Tribunal ya ha insistido con reiteración en que el régimen de garantías del particular sujeto a un procedimiento expropiatorio se materializa en el doble eje de la garantía del procedimiento mismo y de las reglas de valoración del justiprecio fijadas por el legislador, extremos ambos que dotan de carácter objetivo a la función de los Jurados de expropiación y que corresponde establecer al Estado", el más alto de nuestros Tribunales afirmará que el precepto legal (art. 152 de la Ley de Castilla-La

8. Vid. la STC 251/2006. A mayor abundamiento señala el Tribunal en esta misma sentencia: "En definitiva, aunque el cumplimiento de los fines públicos relevantes que estas corporaciones representan se realice a partir de la defensa de intereses profesionales o económicos de carácter particular, y a ello quiere aludir, sin duda, la Exposición de Motivos de la Ley de Expropiación forzosa, dicha defensa no se identifica con la de los intereses del expropiado ni, por ello, supone o exige un equilibrio de representación de dichos intereses con los de la Administración expropiante en el seno del órgano colegiado que examinamos".

Mancha de ordenación del territorio y de la actividad urbanística) por el que se regula la composición del Jurado Regional de Valoraciones no vulnera la competencia básica estatal en materia de organización administrativa (art. 149.1.18 CE), al carecer del carácter de básico el art. 32.1 de la Ley franquista de Expropiación Forzosa.

A la vista de la doctrina establecida por el alto Tribunal para desestimar el segundo motivo de inconstitucionalidad aducido por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, no podemos sino afirmar lo adecuado de la misma. El Tribunal Constitucional, teniendo en cuenta la organización territorial del Estado español prevista en la CE y la consiguiente distribución constitucional de competencias, sitúa, a nuestro juicio con acierto, la creación y regulación de los órganos administrativos autonómicos dentro del ámbito competencial de las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de la competencia del Estado central para determinar la legislación básica del régimen jurídico de las Administraciones Públicas. A este respecto, y con la debida cautela que exige la deducción de lo básico de una norma preconstitucional como es la Ley de expropiación forzosa de 1954, considera que el artículo 32.1 de dicha Ley carece de tal carácter puesto que en la composición de los jurados de expropiación regulados por la misma no existe esa representación paritaria de intereses deducida por el órgano judicial. Asimismo, considera que lo básico en lo que se refiere a la regulación de los órganos de las Administraciones Públicas ya se prevé en una norma postconstitucional como es la Ley 30/1992, la cual deja un amplio margen de discrecionalidad en este punto a las Comunidades Autónomas.

No obstante lo anterior, esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha gozado ni del apoyo unánime de todos sus miembros ni de cierto sector de nuestra doctrina.

En cuanto a los Magistrados del Tribunal Constitucional, son de destacar los dos votos particulares formulados a esta sentencia 315/2006 por D. Javier Delgado Barrio y por D. Ramón Rodríguez Arribas⁹. Para el primero de estos Magistrados, Delgado Barrio, la composición del órgano que fija el justiprecio de los bienes expropiados es una de las garantías esenciales de los derechos patrimoniales del expropiado, puesto que el derecho del artículo 33.3 CE impli-

9. Estos votos particulares fueron elaborados por estos dos Magistrados en relación con la STC 251/2006 en la que, como ya hemos manifestado, el Tribunal se pronuncia sobre el Jurado de Expropiación Forzosa de la Comunidad de Madrid. En la STC 315/2006, ambos Magistrados no hacen sino remitirse a los votos particulares formulados en aquella.

ca que exista una equivalencia entre la indemnización y el valor económico del bien o derecho expropiado y la referida composición es un elemento esencial para garantizar esta equivalencia. Asimismo, y del análisis de la Exposición de Motivos y del articulado de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, deduce que para el legislador preconstitucional la composición del Jurado era una de las garantías básicas expropiatorias, otorgando una evidente relevancia a la equilibrada composición del mismo. En consecuencia, para este Magistrado discrepante la norma preconstitucional es materialmente básica.

Por su parte, D. Ramón Rodríguez Arribas también considera, a resultas de lo afirmado en la Exposición de Motivos de la Ley de Expropiación Forzosa, que las garantías para el expropiado no serían sólo el procedimiento expropiatorio y los criterios de valoración, sino también la composición del Jurado de Expropiaciones, por lo que sus criterios a este respecto han de considerarse norma básica y, por tanto, de obligado cumplimiento por parte de los legisladores autonómicos. Composición legal del Jurado que trata de establecer una paridad entre los técnicos de la Administración y expertos en asuntos relacionados con la propiedad y las transacciones sobre bienes en la vida social, y no entre intereses públicos y privados.

Y en lo que se refiere a la doctrina, el Prof. Tomás Ramón Fernández se mostró hace algunos años sumamente crítico con la creación por la Comunidad de Madrid del Jurado Territorial de Expropiación Forzosa, sin acomodarlo en su composición a lo establecido en la Ley de Expropiación Forzosa¹⁰. A su juicio, el referido Jurado Autonómico otorga una amplísima mayoría en su seno a los representantes del interés público, frente al esquema paritario ideado por la Ley estatal. Ello produce como consecuencia que un mismo ciudadano goce de diferentes garantías expropiatorias según la Comunidad Autónoma en la que radiquen sus bienes e incluso dentro de una misma Comunidad, dependiendo de cual sea la Administración que los expropie. Si es la Administración del Estado la que expropia, la fijación del justiprecio se realizará por un órgano estructuralmente imparcial; si, por el contrario, quien expropia es la Administración Autonómica o una Corporación local, la fijación del justiprecio la llevara a cabo un órgano parcial, formado mayoritariamente por funcionarios públicos y donde el expropiado no tendrá posibilidad de que sus puntos de vista sean tomados en consideración. En opinión, de T.R. Fernández todo ello es contrario a la igualdad de

10. Vid. "Notas sobre el proceso continuo y silencioso de erosión del derecho estatal y de las garantías jurídicas de los ciudadanos: el caso de los Jurados Autonómicos de Expropiación", en *Revista de Administración Pública*, núm. 153, 2000, págs. 91 y ss.

todos los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos constitucionales en todo el Estado español y consecuentemente inadmisibles, además de suponer la crisis definitiva de la expropiación-garantía como institución jurídica¹¹.

De la misma opinión es Juan Ramón Fernández¹², quien considera que en estos supuestos lo verdaderamente importante no es la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sino el logro de la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos constitucionales en todo el territorio nacional, cuestión esta olvidada por los legisladores autonómicos a la hora de regular los Jurados de Expropiación. En su opinión, el Tribunal Constitucional no ha sabido o no ha podido acertar a poner coto a tan abusiva extralimitación de esos legisladores, constituyendo su indiferencia ante la quiebra de las garantías expropiatorias una clara muestra de que los ciudadanos ya no son lo primero.

Resulta difícil compartir la toma de postura sostenidas por estos autores, aún con todo el respeto que la misma merece. Bien es cierto que la CE atribuye al Estado la función de garantizar las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos constitucionales; pero en supuestos como el presente, el nuevo modelo territorial de Estado diseñado en la CE de 1978 y la consiguiente distribución de competencias entre el Estado y los distintos entes territoriales que lo conforman no puede ni pasarse por alto ni relegarse, desde luego, a un segundo plano. Por ello, consideramos que no se trata de postergar determinados preceptos constitucionales en beneficio de otros, sino de realizar una adecuada interpretación sistemática, tratando de buscar un equilibrio entre las estipulaciones contenidas en los mismos.

Y buena prueba de ello es la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional en esta STC 315/2006, en la cual aborda la constitucionalidad del Jurado Regional de Valoraciones de la Junta de Comunidades de Castilla-La

11. De manera similar se pronuncia García de Enterría quien ha señalado a este respecto que "no tiene sentido, por supuesto, que el justiprecio sea distinto según quien sea la Administración expropiante, menos aún que se rompa abusivamente el criterio paritario buscando el despojo económico de los expropiados, lo que desnaturaliza el instituto expropiatorio y, por supuesto, la garantía constitucional del derecho de propiedad, que es un principio esencial del sistema político y social". Vid., "La Ley de Expropiación Forzosa de 1954, medio siglo después", en *Revista de Administración Pública*, núm. 156, 2001, págs. 261 y ss.

12. Vid. ¿Alguien cree de verdad que es conforme a la Constitución la regulación de los Jurados autonómicos de Expropiación Forzosa?. (A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 251/2006, de 25 de julio, 313/2006, 314/2006 y 315/2006, de 8 de noviembre), *Urbanismo y Edificación*, núm. 14, 2006, págs. 97 y ss.

Mancha. En este sentido, parece difícilmente cuestionable, habida cuenta de la competencia ejecutiva que en materia expropiatoria y ex Estatuto tiene atribuida la Comunidad de Castilla-La Mancha, que la creación de un órgano colegiado administrativo como el Jurado Regional de Valoraciones corresponda a la Comunidad Autónoma en virtud de la potestad autoorganizatoria que a la misma corresponde de sus propios servicios expropiatorios, lo cual es, por lo demás, sumamente coherente y congruente con la autonomía con que nuestra norma fundamental ha configurado a tales entes territoriales.

A partir de aquí, lo lógico es colegir, tal y como hace el más alto de nuestros Tribunales, que la creación de un órgano administrativo como el que se cuestiona debe incluirse el ámbito propio del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, reservando el artículo 149.1.18 CE al Estado el establecimiento de las bases en esta materia. ¿Y estas bases se encuentran en el artículo 32.1 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 que regula la composición de los Jurados Provinciales de Expropiación?. Creemos que también en este punto es sumamente acertada la interpretación que realiza el Tribunal considerando que ello no es así. Y ello porque es difícil sostener que el legislador preconstitucional a la hora de establecer la composición de esos Jurados Provinciales asegurara en el seno de los mismos una representación equilibrada y paritaria de intereses públicos (de la Administración) y particulares (del expropiado). Ciertamente, la Exposición de Motivos de aquella Ley considera que la previsión de los miembros de la llamada Administración corporativa permite introducir en los Jurados intereses contrapuestos¹³, pero no es menos cierto que una verdadera representación equilibrada de intereses se producía con el sistema de peritos previsto en nuestra legislación decimonónica sobre expropiación forzosa; legislación esta que la nueva Ley critica abiertamente y que viene a sustituir¹⁴. Además, y como bien afirma el Tribunal Constitucional, los vocales procedentes de la Administración corporativa así como el Notario, no representan realmente los intereses del expropiado. Una voz tan autorizada como la del Prof. García de

13. Dispone a este respecto textualmente la Exposición de Motivos de la Ley de Expropiación Forzosa: "Así se justifica una de las innovaciones más importantes de la Ley: la constitución de los Jurados Provinciales de Expropiación, que vienen a ser órganos en los que se componen las dos funciones, pericial y judicial, escindidas en el sistema actual, pero que reúnen, además, las ventajas que proporciona la permanencia y especialización en la función, la colegiación (que permite llevar a su seno los intereses contrapuestos) y la preparación, al mismo tiempo, en los aspectos material y jurídico, de la cuestión a decidir".

14. Afirma el legislador estatal en la Exposición de Motivos: "Como es natural, en el procedimiento actual los peritajes de las partes están inspirados en el propio interés de éstas, al que se sobrepone la mediación arbitral del tercer perito; teóricamente cabría pensar que el tercer peritaje decidiera de derecho la cuestión, cuanto que ya, las más de las veces, lo hace de hecho. Pero esta solución es insatisfactoria..."

Enterria parece convenir en esta consideración. A juicio de este autor, en la actualidad el expropiado está "ayuno de representación", puesto que tanto el Notario como el vocal representante de la Administración corporativa suelen eludir compromisos, amén de que este último difícilmente puede pretender representar a los expropiados que en la mayoría de las ocasiones no son miembros de su "corporación". Además, ni uno ni otros suelen tener fuerza argumental para combatir la opinión de los especialistas de la Administración¹⁵.

A results de lo expuesto ahora, bien podemos afirmar que a lo sumo en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 puede estar presente una apariencia de representación equilibrada de intereses; apariencia que creemos que no se puede invocar como hace el sector doctrinal del que discrepamos, en pro de la pretendida igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos constitucionales. ¿Con apariencias se puede garantizar la referida igualdad?

Junto a lo anterior, la ausencia de carácter básico del artículo 32.1 de la Ley de Expropiación Forzosa viene motivado porque la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común es la que establece las bases en relación con la regulación de los órganos colegiados administrativos como el que ahora se trata, concediendo tal norma un amplio margen de maniobra a las Comunidades Autónomas para que lleven a cabo el desarrollo normativo de los mismos.

Esta manera de proceder del Tribunal Constitucional no significa, en ningún caso, como ya hemos apuntado, que el mismo haya obviado o pasado por alto esa igualdad del ciudadano en el ejercicio de sus derechos constitucionales en todo el territorio del Estado español. Y ello porque dicha igualdad queda suficientemente garantizada a través de la competencia exclusiva del Estado en relación con el procedimiento expropiatorio y en relación con el establecimiento de los criterios de determinación del justiprecio¹⁶; procedimiento expropiatorio y criterios de valoración del justo precio que constituyen las auténticas garantías nucleares de los derechos patrimoniales del expropiado y que, por tanto, encuentran cobertura bajo la competencia exclusiva del Estado en materia de "legislación sobre expropiación forzosa". Lo que no se puede pretender, tal y como creemos que se pone de manifiesto en la posición doctrinal de la que discrepamos, es que el Estado deba garan-

15. Vid. "La Ley de Expropiación...", op. cit., pág. 260.

16. Estos criterios aparecen ahora establecidos en la nueva Ley del Suelo, la Ley 8/2007, de 28 de mayo, derogando la misma al respecto los criterios establecidos en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954.

tizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales (art. 149.1.1 CE), sin tener en cuenta o postergándose lo demás, en este caso la distribución de competencias operada por el bloque de la constitucionalidad. Como muy gráficamente afirma el alto Tribunal, la persecución de esa igualdad se "ha de materializar *a través de*, no *a pesar de* los sistemas de reparto de competencias articulados en la CE".

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SOBRE COMUNIDADES AUTÓNOMAS
(De 1 de enero de 2005 a 31 de diciembre de 2006)¹

Pilar Molero Martín-Salas

*Becaria de Investigación de la Junta de Comunidades
Universidad de Castilla-La Mancha*

RESUMEN

Este artículo hace referencia a las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional español relativas a las Comunidades Autónomas durante los años 2005 y 2006.

De la totalidad de las sentencias que han afectado de una u otra forma al ámbito autonómico, el artículo se centra en aquellas que inciden de una forma más directa en aspectos competenciales y organizativos de la Comunidad Autónoma, y en todo caso las referidas a Castilla-La Mancha.

SUMARIO

I. AÑO 2005.

- 1. Referencia y estadística de todas las sentencias.*
- 2. Comentarios de las sentencias más relevantes.*
 - 2.1. En Recursos de Inconstitucionalidad.*
 - 2.2. En Cuestiones de Inconstitucionalidad.*
 - 2.3. En Conflictos de Competencia².*

II. AÑO 2006.

- 1. Referencia y estadística de todas las sentencias.*
- 2. Comentarios de las sentencias más relevantes.*
 - 2.1. En Recursos de Inconstitucionalidad.*
 - 2.2. En Cuestiones de Inconstitucionalidad.*
 - 2.3. En Conflictos de Competencia.*

1. Por diversos motivos de organización en la edición pasada de esta publicación no se incluyó el año 2005, por lo que la presente recoge tanto el 2005 como el año 2006.

2. Aunque no se menciona en el sumario, veremos que todos los conflictos de competencias son positivos.

Como ya se comentó al inicio, el contenido de este artículo serán aquellas sentencias del Tribunal Constitucional (en adelante TC) relativas a las Comunidades Autónomas (en adelante CCAA). Como vemos en el sumario, en el primer punto se relacionan las referencias de estas sentencias y se realiza una pequeña estadística dependiendo del proceso en el que se dictan. Son un total de 58 sentencias pero la brevedad de este artículo no permite referirnos a todas ellas. No se comentarán aquellas que resuelven recursos de amparo, ya que se considera que ninguna de ellas tiene una relevancia tal que deba ser comentada, al menos desde el punto de vista de sus efectos para la Comunidad Autónoma (en adelante CA).

I. AÑO 2005

1. Referencia y estadística de todas las sentencias

Tipo de proceso	Número total (28)	Referencias ³
Recurso de Amparo	10	6, 7, 97, 110, 134, 150, 198, 200, 201 y 301/2005
Recurso de Inconstitucionalidad	10	35, 36, 47, 67, 81, 173, 291, 331, 332* y 341/2005
Cuestión de Inconstitucionalidad	3	83, 252 y 330/2005
Conflicto de Competencias positivo	5	33, 101, 154, 212 y 253 / 2005
Conflicto de Competencias negativo	0	

2. Comentarios de las sentencias más relevantes

2.1. En Recursos de Inconstitucionalidad - STC 35/2005

Esta sentencia resuelve el recurso planteado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía frente a la disposición adicional cuarta de la Ley 15/2002, de 1 de julio. Esta disposición adicional da una nueva redacción a la Ley 4/1989, de 29 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres,

3. Aquellas referencias que tienen al lado un asterisco son las que afectan, de una u otra forma, a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

presentándose el recurso contra 3 artículos concretos de la citada ley del 89, el 19.3 relativo a la aprobación de los Planes Rectores de Uso y Gestión de los Parques Nacionales, el 23.5 c) relativo a una función propia que tienen las Comisiones Mixtas y el 23.ter.3 que se refiere al nombramiento del Director-Conservador.

El TC considera que los 3 preceptos impugnados son inconstitucionales (salvo el primer inciso del artículo 19.3), pero como ya hiciera en otras ocasiones anteriores, considera que esta declaración no puede llevar aparejada la nulidad inmediata, pues podría suponer una desprotección del medio ambiente de la zona, por lo que aplaza la nulidad hasta que la CA gestione los parques nacionales de su zona.

- STC 36/2005

Esta sentencia resuelve un recurso similar al comentado anteriormente. En este caso es el Gobierno de Aragón el que lo plantea pero con respecto a la misma ley y a los mismos preceptos que en el caso de la STC 35/2005, incluyéndose un artículo que no fue impugnado en el supuesto anterior, el 26.bis.6 c), relativo a la función de informe que tiene el Patronato.

La respuesta dada por el TC es la misma que hemos apuntado antes, y con respecto al artículo ahora incorporado lo declara constitucional, salvo el inciso "que le proponga la Comisión Mixta de Gestión", que si considera es inconstitucional.

Voto particular.

- STC 47/2005

En este caso son 119 Diputados del Grupo Parlamentario Socialista, los que promueven el recurso contra el art. 3, el anexo II y la disposición adicional cuarta de la Ley 2/1996, de 27 de diciembre elaborada por la Generalitat Valenciana y por la que se crea la Universidad Miguel Hernández de Elche. Los Diputados impugnan que se hayan segregado de la Universidad de Alicante la Facultad de Medicina y el Instituto Universitario de Neurocirugía y se hayan adscrito a la Universidad Miguel Hernández. La sede de estos centros sigue en Alicante, sin embargo pasan a depender de la Universidad de Elche, todo ello sin ningún tipo de justificación. También consideran que se atenta contra la autonomía universitaria, en este caso de la Universidad de Alicante.

El TC desestima la totalidad del recurso, por lo que considera que los preceptos impugnados son plenamente constitucionales. Entiende que aunque el

criterio de la territorialidad ha sido el utilizado otras veces para llevar a cabo segregaciones y adscripciones entre Universidades, en este caso se pretende desmasificar dos Universidades muy saturadas, la de Alicante y la Politécnica de Valencia, y que como indica el propio preámbulo de la ley impugnada, con ello se mejoraría la calidad, la estructuración de la oferta de plazas. La autonomía universitaria tampoco se ve afectada pues ésta no incluye el que las Universidades puedan o no contar con centros concretos, impidiendo que el Estado o la CA puedan adoptar medidas con respecto a esta competencia que les corresponde.

- STC 67/2005

En este caso es el Parlamento de Canarias el que impugna el artículo 165 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social sobre subvenciones al transporte aéreo.

La CA considera que el precepto mencionado es inconstitucional pues autoriza al Gobierno de la Nación a modificar la cuantía de las subvenciones, además de que dicha modificación se realiza sin dar trámite de audiencia a la CA denunciante.

Finalmente el proceso se extingue pues el objeto del mismo desaparece, la norma impugnada pierde su vigencia y el Estado admite la necesidad de que exista informe por parte de la CA.

- STC 81/2005

El Parlamento andaluz impugna ciertas disposiciones de la ley que crea el Parque Nacional de Sierra Nevada, se trata de la Ley 3/1999, de 11 de enero.

La CA considera que con estos preceptos se vulnera la competencia que ella tiene con respecto a medio ambiente y espacios naturales protegidos, excediéndose el Estado en su labor, que se limita únicamente a la regulación básica de la materia. Los preceptos que concretamente se impugnan hacen referencia a tres aspectos, gestión, financiación y planificación y régimen sancionador.

De nuevo el Tribunal debe enfrentarse a la labor de interpretar una ley recurrida, para delimitar las competencias que corresponden al Estado y a la CA en materia de medio ambiente. Estima el recurso pero sólo parcialmente declarando que algunas disposiciones van más allá del aspecto básico, que es el único que le corresponde al Estado, y que por tanto deben ser legisladas por la CA.

Como en otras ocasiones, el Tribunal entiende que la nulidad de estas disposiciones no puede ser inmediata, para que la zona en cuestión no quede desprotegida, por lo que el efecto de nulidad se retrasará al momento en que la CA legisle con respecto al tema.

- STC 173/2005

Esta sentencia resuelve el proceso iniciado por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, que interpone recurso contra varios preceptos de la ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, la 30/1995. El principal objetivo de esta ley es incorporar a nuestra legislación una serie de Directivas que regulan lo que se denomina "autorización administrativa única", gracias a la cual se permite que las entidades aseguradoras puedan establecerse y prestar sus servicios en cualquier parte de la Unión Europea, además de que se garantiza una normativa uniforme en todo el ámbito europeo, que permite un igual tratamiento para todas las aseguradoras y una mayor protección para el asegurado.

La CA denuncia que la ley se refiere únicamente a las entidades que dependen de la Administración estatal, negándose para las que dependen de la Administración autonómica. Los preceptos impugnados otorgan al Estado una serie de competencias ejecutivas, en materia de seguros, que no le corresponden ya que su competencia se limita únicamente a lo básico. También alegan que la ley habilita al poder reglamentario para desarrollar y completar aquello que se considera básico, desarrollo que corresponde a la legislación autonómica.

Lo primero que aclara el TC es que la citada ley ha sido derogada por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, sin embargo considera que puesto que el texto de la ley se reproduce literalmente en el Real Decreto, el proceso no puede darse por extinguido. El recurso es totalmente desestimado. Por una parte hace referencia a la habilitación reglamentaria, diciendo que si bien la ley es el instrumento más adecuado para regular aquello que se entiende como básico, también se permite que lo sea el reglamento en determinados supuestos (STC 194/2004). El hecho de que se permita que determinadas normas reglamentarias regulen materias básicas, no significa que se estén invadiendo competencias autonómicas, pues lo que no es constitucionalmente admisible es que la norma que se considera básica regule más allá de lo básico. También aclara el TC que la citada ley no supone una reserva competencial a favor del Estado, simplemente que las autorizaciones otorgadas por el Estado son válidas en todo el territorio europeo, sin bien las CCAA podrán otorgar autorizaciones para la ampliación de prestaciones.

- STC 291/2005

En este caso el Tribunal resuelve un recurso planteado por la Junta de Andalucía contra el artículo 54 de la Ley 55/1999, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. El precepto impugnado da una nueva redacción al artículo 144 de la Ley 27/1999, que regula las cooperativas. Según la CA el Estado no tiene competencia en cuanto a esta materia (concretamente relativa a cooperativas de crédito), por lo que considera que el legislador estatal se ha extralimitado.

El TC hace referencia a su jurisprudencia (STC 155/1993) para recordar que en lo que respecta a cooperativas de crédito, establecer una delimitación competencial resulta complicado. En este caso concreto considera que la competencia le corresponde al Estado y desestima el recurso.

- STC 331/2005

De nuevo el Tribunal debe resolver un recurso relativo a materia medioambiental. Es el Presidente del Gobierno el que recurre una ley autonómica, en este caso dictada por el Parlamento andaluz, concretamente la 8/1999 que regula el espacio natural de Doñana. El Gobierno nacional impugna la totalidad de la ley, pues considera que la CA al regular este aspecto se extralimita en sus competencias, pues también incluye regulación sobre aspectos básicos que sólo le conciernen al Estado.

El TC recuerda que el espacio natural, por esta ley regulado, es fruto de la unificación de lo que se ha venido denominando "parque nacional de Doñana" por una parte, y "parque natural de Doñana" por otra, espacios así denominados por el Estado y por la CA respectivamente. El problema se suscita con respecto a la intromisión de legislador autonómico en lo que se ha denominado "espacio nacional", ante lo cual el Tribunal hace referencia a la competencia que tiene el Estado para establecer la regulación básica en lo que a protección de medio ambiente se refiere.

Finalmente el TC, tras analizar pormenorizadamente todos los preceptos de la ley, considera que únicamente el artículo 16.7 puede tacharse de inconstitucional. El apartado de este precepto hace referencia a la aprobación de planes sectoriales que desarrollen el plan rector de uso y gestión.

- STC 332/2005

La sentencia que ahora comentamos resuelve 4 recursos de inconstitucionalidad, planteados por la Generalidad de Cataluña, el Principado de Asturias,

Aragón y la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. La norma impugnada es el Real Decreto-ley 7/2000, de medidas urgentes en el sector de las telecomunicaciones, concretamente en lo que respecta a los artículos 7 y 8, así como las disposiciones transitoria y final segunda.

Las disposiciones impugnadas hacen referencia al régimen jurídico de las inspecciones técnicas de vehículos, y las tres razones por las que se impugnan son por una lado la ausencia de "extraordinaria y urgente necesidad" exigible para dictar un Decreto-ley, la invasión de competencias autonómicas en materia de industria y la vulneración del principio de seguridad jurídica.

El TC estima parcialmente el recurso, concretamente lo estima en cuanto al artículo 7.2. El Tribunal entiende que aunque las normas técnicas que deben cumplir tanto los vehículos como las instalaciones para la inspección técnica de vehículos las establece el Estado, el hecho de que se permita a los particulares prestar este servicio, y la relación que éstos tengan con la administración autonómica correspondiente, se consideran funciones ejecutivas de la materia de industria, competencia que le corresponde a la CA.

- STC 341/2005

En este caso es una ley de la Asamblea de Madrid la que es impugnada por Senadores del Grupo Parlamentario Socialista.

Son objeto del recurso una serie de disposiciones de la Ley 1/1998 que regula las Fundaciones. Los recurrentes, además de afirmar que la ley autonómica es una reproducción casi exacta de la ley estatal que regula las Fundaciones, consideran que parte de ella es inconstitucional porque se deja a la voluntad del fundador el destino de los bienes y derechos de una fundación, por ejemplo cuando esta se extingue. La ley autonómica introduce una novedad, la reversión del patrimonio, por la que el fundador puede solicitar que esos bienes reviertan en su patrimonio, una vez que la Fundación deje de existir. Los senadores consideran que esta posibilidad es inconstitucional pues no se cumple con la finalidad que una Fundación debe perseguir, el interés general.

El TC sólo considera inconstitucional dos incisos de los artículos 17.2 y 24.3, entendiendo que el resto de la ley está dentro del marco constitucional, si bien debe interpretarse según indica en el fundamento jurídico 7. Lo que el Tribunal viene a decir es que aunque la institución jurídica de la Fundación se crea con una finalidad principal, el interés general, no podemos entender que debe existir

una afectación perpetua de esos bienes o derechos que la componen. La afectación durará lo que dure la Fundación, no se exige que deba durar incluso cuando la Fundación se extinga.

2.2. En Cuestiones de Inconstitucionalidad

- STC 83/2005

La cuestión aquí resuelta ha sido planteada por el Tribunal Superior de Justicia (en adelante TSJ) de Navarra con respecto a la Ley Foral 17/1994, la cual regulariza el sistema retributivo instaurado por el Estatuto del Personal al servicio de la Administración Pública de Navarra.

El caso que debe resolver el TSJ, y en el trascurso del cual se plantea la duda, se basa principalmente en el régimen retributivo de lo que se denominan quinquenios, régimen que se regulariza y que se pretende surta efectos no sólo a partir de su entrada en vigor, sino que también afecte a situaciones anteriores.

El TC inadmite la cuestión con respecto al artículo 3, pues considera que no es aplicable al caso que debe resolver el TSJ, y con respecto al resto de la ley, considera que es plenamente constitucional y desestima la cuestión.

- STC 252/2005

Esta sentencia también resuelve una cuestión planteada por un TSJ, en este caso del País Vasco. Únicamente se cuestionan los apartados 4 y 7 (en su inciso "o, en su caso, la corporación local que corresponda") de la disposición transitoria tercera de la Ley vasca 2/1983, de cuerpos docentes, pues considera que es contraria a la Ley 7/1985 que regula las bases de régimen local.

El órgano judicial considera que las disposiciones impugnadas atentan contra la autonomía local con respecto a las competencias locales sobre centros docentes, selección del personal, incorporación del mismo...

El TC entiende que las disposiciones cuestionadas no atentan contra la autonomía local y por tanto desestima la cuestión.

- STC 330/2005

De nuevo es el TSJ, en este caso de las Islas Baleares, el que plantea cuestión de inconstitucionalidad con respecto al artículo 6.6 de la Ley 5/1996, de medidas tributarias y administrativas, aprobada por la mencionada CA.

El precepto cuestionado hace referencia al personal funcionario y laboral perteneciente al Consell Insular de Mallorca, que tras ser trasferido a la CA, pasará a integrarse como personal propio de la Administración autonómica. Los primeros cinco apartados prevén el procedimiento para encuadrar a ese personal en la nueva Administración, sin embargo el sexto, aquí impugnado, se refiere a transferencias anteriores, y para las cuales no se hubiera realizado aún la homologación. En estos casos lo que la ley prevé es la aplicación del procedimiento previsto en los cinco primeros apartados.

El TC desestima la cuestión, considerando por tanto, la plena adecuación del precepto a la CE.

2.3. En Conflictos de Competencia

- STC 33/2005

El TC resuelve un conflicto planteado por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña frente al Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, el que aprueba el Reglamento de la infraestructura para la calidad y la seguridad industrial, y frente al Real Decreto 85/1996, de 26 de enero, por el que se establecen normas para la aplicación del Reglamento (CEE) 1836/93, del Consejo, de 29 de junio, y que permite que las empresas del sector industrial se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoria medioambientales. La Generalidad considera que la normativa mencionada anteriormente vulnera una de las competencias recogidas en su Estatuto de Autonomía (en adelante EA), concretamente la materia medioambiental.

El TC estima parcialmente el conflicto, al entender que el artículo 2 y la disposición adicional segunda del Real Decreto 85/1996 sí vulneran competencias de la CA. Esta normativa permite que el Estado pueda designar que entidades pueden actuar como verificadores medioambientales, concurriendo con las que designa la propia CA, entendiendo el TC que esto supone una invasión de competencias autonómicas.

- STC 101/2005

En este caso es la Junta de Andalucía la que plantea el conflicto frente al Real Decreto 1803/1999 que aprueba el Plan director de la red de parques naturales.

La CA considera que parte de los preceptos de esta normativa vulneran la competencia autonómica relativa a medio ambiente y espacios naturales protegidos.

El TC estima parcialmente el conflicto, pues considera que algunos apartados del Anexo del Real Decreto, por ejemplo los relativos al uso público y atención al visitante, la investigación y seguimiento de los recursos, planes rectores de uso y gestión y planes sectoriales... suponen una invasión de competencias autonómicas pues el Estado se excede en su competencia básica en materia de medio ambiente.

- STC 154/2005

En este caso la Generalidad Catalana plantea dos conflictos positivos uno con respecto al Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, y otro con respecto a la Orden del Ministerio de Justicia e Interior de 7 de julio de 1995, del Reglamento de seguridad privada.

Son diversos los artículos que la CA considera que incurren en vulneración competencial sin embargo el TC, como ocurre en la mayoría de los casos, estima que sólo parte de ellos invaden competencias autonómicas, aunque hemos de decir que los aspectos que el Tribunal entiende como invasores de las competencias de la CA en este caso son muy puntuales, concretamente el artículo 65.3 del Real Decreto relativo a la devolución de la tarjeta de identidad cuando se trata de un detective privado con despacho propio, el 81.1c) y 2 también del Real Decreto relativo a la prestación de servicios con armas y el párrafo tercero del artículo 14 de la Orden Ministerial relativo a la anotación en la cartilla profesional de los vigilantes de seguridad las menciones honoríficas, el resto de los preceptos invocados no suponen ninguna vulneración para la CA.

- STC 212 /2005

Nuevamente es la Generalidad de Cataluña la que plantea conflicto positivo, en este caso frente a la Orden del Ministerio de Educación y Cultura por la que se conceden ayudas de educación especial para el curso 1996-1997. La Generalidad considera que esta Orden Ministerial impide que puedan ejercer la potestad normativa y ejecutiva en materia de enseñanza que la CA posee.

El TC entiende que efectivamente los artículos 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15 y la disposición final tercera invaden competencias de la Generalidad de Cataluña. Este grupo de artículos se refiere a la tramitación administrativa de las ayudas y los recursos correspondientes, y el Tribunal considera que al no tener carácter básico excede de las competencias del Estado.

- STC 253/2005

En este caso es el Gobierno de la Nación el que promueve el conflicto frente a un Decreto del Gobierno Vasco, concretamente el 63/1998, de 31 de marzo, por el que se aprueba el acuerdo con las organizaciones sindicales sobre modernización en la prestación del servicio público de la Justicia y su repercusión en las condiciones de trabajo del personal al servicio de la Administración de Justicia. El Gobierno estatal considera que determinados apartados del citado Decreto invaden competencias que le corresponden al Estado, concretamente los dedicados a las plantillas y relaciones de trabajo y los dedicados a las retribuciones.

El TC entiende que el primero de los supuestos, el relativo a las plantillas y relaciones de trabajo, no invade competencias estatales. Con respecto al segundo, el relativo a las retribuciones, tampoco vulnera competencias del Estado, siempre que su contenido se interprete de acuerdo con lo indicado en el fundamento jurídico 14, es decir, siempre que la CA no altere el marco retributivo diseñado por el legislador estatal.

I. AÑO 2006

1. Referencia y estadística de todas las sentencias

Tipo de proceso	Número total (30)	Referencias ⁴
Recurso de Amparo	6	16, 44, 65, 108, 311 y 327/2005
Recurso de Inconstitucionalidad ⁵	7	31, 67, 101, 135, 178, 222 y 223/2005
Cuestión de Inconstitucionalidad	11	148, 164, 179, 195, 251, 296, 297, 312, 313, 314 Y 315*
Conflicto de Competencias positivo	6	32, 50, 51, 134, 70 y 294/2005
Conflicto de Competencias negativo	0	

4. Como ya se dijo para el año 2005, aquellas referencias que tienen al lado un asterisco, son las que afectan a Castilla-La Mancha.

5. Realmente se han planteado 8 recursos de inconstitucionalidad, lo que ocurre es que la STC 50/2005 resuelve conjuntamente un recurso y un conflicto positivo de competencias, y esta sentencia se analiza en el apartado de los conflictos.

2. Comentarios de las sentencias más relevantes

2.1. En Recursos de Inconstitucionalidad

- STC 31/2006

Esta sentencia resuelve el recurso planteado por el Defensor del Pueblo, Senadores del Grupo Parlamentario Socialista y el Presidente del Gobierno. El objeto del recurso es un único artículo, concretamente el número 10 de la Ley del País Vasco 16/1997. El precepto aquí impugnado introduce un nuevo apartado a la disposición adicional segunda de la Ley 6/1989, de la función pública vasca. La normativa vasca prevé la posibilidad de que el personal docente fijo, pueda convertirse en funcionario de carrera, aún sin tener la titulación necesaria, mediante la realización de unas pruebas selectivas restringidas. Los recurrentes consideran que esta disposición es inconstitucional pues además de vulnerar el derecho a la igualdad a la hora de acceder a la función pública, atenta contra la competencia del Estado que le permite regular las bases en cuando al régimen estatutario de los funcionarios.

En este caso el TC es unánime y declara la inconstitucionalidad y nulidad de la totalidad del artículo impugnado.

- STC 67/2006

Esta breve sentencia del Alto Tribunal resuelve el recurso planteado por el Presidente del Gobierno con respecto a la disposición adicional quinta de la Ley de Andalucía 16/1999 y que aprueba su presupuesto autonómico para el año 2000.

El Gobierno entiende que esta disposición es inconstitucional pues considera a la Junta de Andalucía como titular de los rendimientos que puedan generarse de las cuentas que se ponen a disposición de los órganos judiciales en la CA. La titularidad y gestión de estas cuentas ha sido objeto de diversos procesos, en este caso de un recurso de inconstitucionalidad, y veremos más adelante que también de un conflicto de competencias.

El TC estima el recurso y declara inconstitucional esta disposición, como también estimara el conflicto planteado por el Estado por este mismo motivo. El Tribunal dice que la titularidad de estas cuentas le corresponde a la Administración del Estado.

- STC 101/2006

El Presidente del Gobierno interpone recurso con respecto a la Ley del Parlamento Vasco 3/1998, de 27 de febrero, general de protección del medio ambiente en el País Vasco. En este caso se denuncia que la ley no distingue entre obras de titularidad estatal y obras de titularidad autonómica a la hora de establecer quien es el órgano competente para determinar el impacto medioambiental que las obras puedan tener. La normativa vasca señala en todo caso como órgano competente el de la CA.

Los preceptos impugnados son considerados inconstitucionales por el TC, cuando se refieran a obras cuya titularidad corresponde al Estado.

- STC 135/2006

Meses antes de interponerse el recurso que esta sentencia resuelve, era impugnada la Ley Orgánica 1/2002, que regula el derecho de asociación. Ahora es el Estado el que impugna una ley autonómica sobre la misma materia, la aprobada por el Parlamento Catalán con el número 7/1997.

La impugnación que se hace de numerosos preceptos de la ley se basa principalmente en el desarrollo que realiza la CA de un derecho fundamental como es el derecho de asociación, desarrollo que debe realizarse mediante Ley Orgánica y cuya titularidad corresponde únicamente al Estado. Aunque las CCAA tengan competencia sobre determinados tipos de asociaciones, esto no significa que puedan legislar en cuanto al ejercicio del derecho fundamental.

El TC declara inconstitucionales la mayoría de los preceptos impugnados y los que declara constitucionales deben interpretarse de acuerdo con las pautas marcadas en las sentencia.

- STC 178/2006

El Presidente del Gobierno impugna la Ley 10/1996 por la que el Principado de Asturias aprueba los presupuestos generales para el año 1997.

Concretamente se impugna el artículo 32 que regula la oferta de empleo público para el citado año. Se entiende que este precepto vulnera la regulación básica que el Estado ya ha realizado sobre la materia para ese mismo año. También se considera inconstitucional la omisión que se hace de la retribución de los funcionarios, ya que se incumple con el deber de que las leyes presupuestarias autonómicas recojan este extremo.

El Tribunal estima el recurso y declara la inconstitucionalidad tanto del artículo impugnado como de la omisión.

- STC 222/2006

De nuevo una ley de presupuestos autonómica es objeto de recurso planteado por parte del Presidente del Gobierno, en este caso la aprobada por el Gobierno Vasco también para 2007, la Ley 10/1996. En este caso el precepto impugnado es el 17 punto 4 que hace referencia a las actualizaciones en las retribuciones de los funcionarios y el punto 9 que también se refiere a retribuciones pero en este caso del Lehendakari y otros altos cargo. Se impugna de nuevo la omisión que esta ley también hace con respecto a la retribución de los funcionarios. Se considera que el artículo mencionado vulnera la constitución pues el único que tiene competencia para establecer los límites en las actualizaciones retributivas de los funcionarios públicos es el Estado. La omisión se impugna porque se incumple con el deber de que las leyes presupuestarias autonómicas recojan dicha retribución.

Se consideran inconstitucional por parte del Tribunal tanto el artículo 17.4 y 9. (salvo en lo que respecta al Lehendakari) como la omisión.

- STC 223/2006

Para finalizar las sentencias dictadas con respecto a recursos de inconstitucionalidad, nos referiremos a los promovidos por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura y por Senadores del Grupo Socialista. En este caso la norma que se impugna es un Reglamento de la Asamblea de Extremadura, reformado por el Pleno de la Cámara el 29 de mayo de 1997, y que da nueva redacción a los artículos 111.1 segundo párrafo y 121.4 también párrafo segundo. Se denuncia que tras la reforma sufrida por estos preceptos, se introduce un procedimiento que permite que sea la Asamblea de la CA la que decida cuando una proposición de ley implica o no aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios siendo esta, hasta la reforma, una función del ejecutivo autonómico.

En primer lugar lo que hace el TC es inadmitir el recurso planteado por el Consejo de Gobierno de la Junta por falta de legitimación. Con respecto al planteado por los Senadores, admite el recurso y declara ambos preceptos inconstitucionales (en los apartados que hemos mencionado), ya que otorgar esa facultad a la Asamblea supone modificar el EA de Extremadura, que la concede al Consejo de Gobierno. Los compromisos presupuestarios que son aprobados por la Asamblea, sólo pueden ser alterados con el consentimiento del ejecutivo.

2.2. En Cuestiones de Inconstitucionalidad

- STC 148/2006

De nuevo una ley de presupuestos es impugnada ante el TC, en este caso mediante una cuestión de inconstitucionalidad y con respecto a la disposición adicional primera de la Ley Foral navarra 1/1997, impugnación planteada por el TSJ de esa CA.

La disposición cuestionada regula la retribución del personal al servicio de la Administración Pública en Navarra. Se considera que tal regulación, que contempla un incremento retributivo para todo el personal al servicio de la Administración autonómica, atenta contra la congelación salarial prevista en la Ley de Presupuestos del Estado para ese mismo año. El Alto Tribunal estima la cuestión y por tanto considera que la disposición impugnada es inconstitucional y nula.

- STC 164/2006

En este caso la ley cuestionada es la 4/1994 de la Comunidad de Madrid y que regula el calendario de horarios comerciales. El TSJ de dicha CA tiene dudas acerca de la constitucionalidad de la ley pues considera que ésta se ha dictado sin tener competencia para ello, pues al momento de dictarse la citada ley, la CA sólo tenía competencias ejecutivas con respecto a la materia.

El TC lo primero que hace es delimitar el objeto de la cuestión, centrándolo únicamente en los artículos 3, 5.1 (primer párrafo) 2.3 y título II, inadmitiendo la cuestión para los demás preceptos por motivos procesales. Finalmente considera que puesto que la CA en ese momento sólo contaba con competencias ejecutivas, invade competencias estatales al regular aspectos tales como régimen de horarios, sanciones por incumplimiento... El efecto de esta sentencia será la inaplicación de los citados preceptos en el proceso *a quo*.

- STC 179/2006

Esta sentencia resuelve la cuestión planteada por el TSJ de Extremadura con respecto a la Ley 7/1997, de medidas fiscales sobre la producción y transporte de energía que incidan sobre el medio ambiente. La duda surge en el órgano judicial porque la CA no puede establecer impuestos sobre materias que son hecho imponible reservado a las entidades locales, y el impuesto establecido por la ley, grava la misma materia que el impuesto municipal de bienes inmuebles, produciéndose duplicidad impositiva.

La cuestión se estima por lo que se declara la inconstitucionalidad y nulidad de la ley impugnada, refiriéndose en todo caso a la redacción que tenía antes de la modificación realizada por la Ley 8/2005, de 27 de diciembre. El Tribunal también aclara que esta sentencia sólo tendrá efectos para aquellas situaciones que a fecha de su publicación no hayan adquirido firmeza.

- STC 195/2006

Una ley de presupuestos para Navarra, en este caso para 1999, vuelve a ser cuestionada por el TSJ de la CA. Se impugna la disposición adicional primera de la Ley Foral 21/1998. Se plantea la cuestión con respecto a la disposición adicional primera, la cual establece actualizaciones en la retribución del personal al servicio de la Administración autonómica que suponen un incremento superior al 2 %, que es el previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2000.

El TC declara la disposición adicional primera inconstitucional y nula, por incumplir los límites básicos que establece el Estado.

- STC 251/2006, STC 313/2006 y STC 314/2006

Estas tres sentencias dictadas por el TC, resuelven cuestiones planteadas por el TSJ de la Comunidad de Madrid, con respecto a los artículos 102 y 103 de la Ley 9/1995, de medidas de política territorial, suelo y urbanismo, en la redacción dada por la Ley 20/1997, de 15 de julio. El primero de los preceptos regula la composición y competencia del Jurado territorial de expropiación forzosa, órgano que se encarga de fijar el justo precio, y el segundo de los preceptos impugnados, establece los requisitos que debe cumplir el acuerdo adoptado por el Jurado. El órgano judicial tiene dudas acerca de la constitucionalidad de estos preceptos por dos motivos, porque considera que se invaden competencias estatales en cuanto a legislación sobre expropiación forzosa, y en segundo lugar, por no respetar las garantías mínimas del derecho de propiedad.

El fallo en las tres sentencias es el mismo, indamitir la cuestión con respecto al artículo 103 por falta de relevancia para la resolución del proceso *a quo* y desestimar la cuestión en todo lo demás, por considerar que es acorde con la Constitución.

- STC 296/2006

Esta sentencia resuelve la cuestión planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Oviedo respecto al artículo 15.2.1) de la Ley de Asturias 1/1992 de Servicio de Salud del Principado. El citado aparta-

do es impugnado pues atribuye al Director Gerente del Servicio de Salud la facultad de fijar los servicios mínimos en caso de huelga del personal, y se entiende que dicha facultad le corresponde a la autoridad gubernativa, no a un órgano administrativo.

El TC hace referencia a su doctrina que considera que las facultades controvertidas deben corresponder a órganos políticos o de gobierno. La cuestión es estimada y por tanto el citado precepto es declarado inconstitucional y nulo.

- STC 297/2006

De nuevo es impugnada la ley de presupuestos de Navarra, en este caso la dictada para 2001. Ya la STC 195/2006 resuelve un asunto muy parecido, con la diferencia de que ahora la cuestión se plantea con respecto a dos disposiciones adicionales, la primera y la segunda de la Ley Foral 19/2000. Estas disposiciones establecen actualizaciones en la retribución del personal al servicio de la Administración autonómica, actualizaciones que suponen un incremento superior al 2 % previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2001, por lo cual se plantean dudas acerca de su constitucionalidad.

El TC inadmite la cuestión en cuanto a la disposición adicional segunda, por falta de relevancia en el proceso a quo, sin embargo en cuanto a la disposición adicional primera, al igual que en la STC 195/2006, es declarada inconstitucional y nula.

- STC 312/2006

El TSJ de Extremadura plantea dos cuestiones de inconstitucionalidad con respecto a la disposición transitoria segunda de la Ley de Extremadura 3/1996, de atención farmacéutica. Esta disposición regula aspectos relativos a autorizaciones provisionales de Oficinas de Farmacia que se pueden conceder en determinados casos en los que se encuentren en tramitación judicial. Se considera que la disposición vulnera el derecho a la ejecución de resoluciones judiciales y el ejercicio de la potestad jurisdiccional que corresponde en exclusiva a Jueces y Tribunales.

Ambas cuestiones son finalmente desestimadas. El Tribunal no considera que las medidas adoptadas por la ley atenten contra el orden constitucional

- STC 315/2006

Es el TSJ de Castilla-La Mancha el que plantea la cuestión resuelta por esta sentencia. Los preceptos puestos en duda son el 152 de la Ley 2/1998, de orde-

nación del territorio y de la actividad urbanística, y el 2.44 de la Ley 1/2003, de modificación de dicha Ley. El problema de fondo es muy similar al comentado anteriormente para la Comunidad de Madrid, la regulación del Jurado encargado de establecer el justiprecio en las expropiaciones forzosas. Los motivos que suscitan la duda también son parecidos, la invasión de competencias estatales en cuanto a legislación sobre expropiación forzosa, y que no se garantiza el equilibrio que debe existir entre los intereses de la Administración y del expropiado.

Como en el caso de la Comunidad Autónoma de Madrid, la cuestión planteada es desestimada por el TC, al considerarse que los preceptos impugnados son conformes con la que establece la Constitución.

2.3. En Conflictos de Competencia

- STC 32/2006

Esta sentencia resuelve dos conflictos de competencia positivos, uno promovido por la Diputación General de Aragón y el otro por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, en relación con el Real Decreto 1760/1998, de 31 de julio, por el que se determina la composición y el funcionamiento del Consejo de la Red de Parques Nacionales, de las comisiones mixtas de gestión de dichos parques y de sus patronatos.

Ambas CCAA consideran que algunos preceptos del citado Real Decreto vulneran competencias que ellas tienen en materia de medio ambiente y espacios naturales protegidos, concretamente en lo que respecta a los órganos de gestión de los parques nacionales que en el Real Decreto son regulados. El TC estima parcialmente el conflicto, tanto en el caso de Aragón como en el de Andalucía, considerando que algunas de las disposiciones de la normativa estatal invaden competencias de las CCAA.

- STC 50/2006

Se trata de una sentencia compleja ya que resuelve dos conflictos positivos de competencia y dos recursos de inconstitucionalidad.

El primer conflicto lo plantea la Generalidad de Cataluña respecto de dos resoluciones de la Subsecretaria del Ministerio de Justicia. El segundo conflicto lo plantea el Gobierno nacional respecto a un Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía. Los dos recursos los interpone el Presidente del Gobierno contra preceptos de dos leyes aprobadas por el Parlamento andaluz.

Todo ello se resuelve conjuntamente pues existe una controversia común, determinar quien tiene la competencia para fijar las condiciones y contratar el servicio de gestión de las cuentas de depósito y consignaciones de los órganos judiciales, así como para ingresar los rendimientos generados en dichas cuentas.

Finalmente el TC llega a la conclusión de que la titularidad le corresponde a la Administración del Estado. En lo que respecta a los conflictos inadmite el planteado por la Generalidad de Cataluña con respecto a una de las resoluciones del Ministerio de Justicia y desestima el conflicto con respecto a la otra resolución, y estima el conflicto planteado por el Estado contra la Junta de Andalucía.

En cuanto a los recursos de inconstitucionalidad planteados por el Presidente del Gobierno, ambos son estimados con las siguientes consecuencias:

- Declara la titularidad del Estado para la mencionada competencia.
- Anula el Decreto 287/1997 de la Junta de Andalucía.
- Declara inconstitucional la disposición adicional octava de la Ley 7/1997 y la disposición adicional séptima de la Ley 10/1998, ambas de la CA de Andalucía.

- STC 51/2006

En este caso es la Generalidad de Cataluña la que promueve el conflicto con respecto a un precepto concreto, el 18.3 del Real Decreto 928/1998, que aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

El TC estima parcialmente el conflicto, explicando en su fundamento jurídico 7 que el citado artículo no invade competencias de la Generalidad cuando, por razón de la materia, la competencia sancionadora corresponda a la Administración del Estado. En aquellos casos en los que esa competencia le corresponda a la CA, entiende el Tribunal que si existe invasión de las competencias autonómicas.

- STC 134/2006

De nuevo nos encontramos ante un conflicto promovido por la Generalidad de Cataluña. En este caso es el Real Decreto 1740/2003, de 19 de diciembre, el que sirve como objeto para el inicio del proceso.

Esta normativa regula los procedimientos relativos a asociaciones de utilidad pública, y como ocurre en la mayoría de los casos, la CA entiende que determinados preceptos invaden competencias que sólo a ella corresponden. Como tam-

bién suele ser habitual, el TC estima parcialmente el conflicto, entendiendo que el artículo 5.3, relativo a la exigencia de que las cuentas anuales y la memoria deban estar firmadas por todos los miembros de la junta directiva, y el artículo 6.6, relativo a la necesidad de que los registros de las asociaciones deberán conservar durante 6 años las cuentas anuales y documentos complementarios, vulneran las competencias que ostenta la Generalidad.

- STC 270/2006

Esta sentencia resuelve el conflicto planteado por el Gobierno nacional con respecto a un Decreto del Gobierno Vasco, el 117/2001, de 26 de junio.

El Decreto regula una serie de medidas para la normalización lingüística de la Administración de Justicia en la CA, y el Estado considera que parte de este Decreto invade competencias que le corresponden. Concretamente la parte impugnada hace referencia al nivel de conocimiento del euskera que se debe tener para ocupar determinados puestos en la Administración de Justicia de la CA.

El Alto Tribunal considera que tanto el artículo 7.1, que no tiene en cuenta las funciones propias del puesto para determinar en que porcentaje de los mismos se debe conocer el euskera, como la disposición adicional tercera, que también incluye a Jueces, Magistrados, Secretarios Judiciales y Fiscales en las medidas de normalización lingüística, invaden competencias que corresponden al Estado, por lo que estima parcialmente el conflicto.

- STC 294/2006

En las sentencias relativas al año 2005 hemos analizado la STC 253/2005, en la que el Gobierno estatal impugna un Decreto vasco que aprueba el Acuerdo con organizaciones sindicales sobre modernización en la prestación del servicio público de la Justicia y su repercusión en las condiciones de trabajo del personal al servicio de la Administración Pública. En esta ocasión la sentencia resuelve un conflicto que también promueve el Gobierno nacional, en este caso con respecto al Decreto del Gobierno vasco 309/2000, de 26 de diciembre que aprueba el II Acuerdo.

En este caso el TC vuelve a estimar el conflicto de forma parcial. El Tribunal anula el apartado 2 en el que se establece un permiso para visitar a parientes que están cumpliendo penas privativas de libertad, pues considera que este permiso altera la homogeneidad y unidad en cuanto al régimen de licencias de los funcionarios de los cuerpos nacionales al servicio de la Administración Pública.

ACTIVIDAD DE LAS CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA
(De 1 de enero de 2006 a 31 de diciembre de 2006)

María Martín Sánchez

Profesora Ayudante Área de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO

1. Actividad legislativa.

Leyes institucionales, organizativas o de procedimiento.

Leyes sobre la actividad social y económica.

Leyes de carácter tributario, financiero o económico.

2. Actividad de control y orientación política.

1. Actividad legislativa año 2.006

Este periodo legislativo se presenta como el menos productivo, a nivel legislativo, de los últimos años. Durante el año 2006 se han aprobado sólo diez leyes por lo que, en comparación con la media legislativa de los últimos cinco años viene a constituirse en el periodo de menor actividad legislativa de este tramo¹.

Sin embargo, esta escasa actividad legislativa contrasta con una elevada actividad de tipo no legislativa, referida tanto a la aprobación de un gran volumen de Resoluciones como, en particular, a la aprobación de un elevado número de Proposiciones No de Ley, especialmente en comparación con otros periodos legislativos (por ejemplo a diferencia del periodo 2003).

Por lo demás, se trata éste de un periodo tranquilo, en términos políticos, del que únicamente podría apuntarse la presentación de la Propuesta de Proposición de Ley para la Reforma de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, el 6 de noviembre de 2006. Así pues, tendremos que esperar al siguiente periodo -2007-, para estudiar a fondo esta Propuesta, aventurando que el siguiente promete ser un periodo muy interesante.

Tal y como viene siendo habitual en esta publicación, estudiaremos el contenido de cada una de las leyes aprobadas durante este periodo legislativo, clasificándolas para ello en tres grupos: leyes institucionales, organizativas o de procedimiento; leyes sobre la actividad social y económica; y leyes de carácter tributario, financiero y económico.

A continuación, se exponen cronológicamente las leyes aprobadas por las Cortes de Castilla -La Mancha durante el periodo de 2006. Así pues, éstas han sido las siguientes:

Ley 1/2006, de 23 de marzo, de creación de la Empresa Pública "Gestión Ambiental de Castilla-La Mancha. S.A." (DOCLM núm. 71, de 4 de abril de 2006).

Ley 2/2006, de 17 de julio, por la que se establece el Día del Defensor del Medio Ambiente (DOCLM núm. 150, de 24 de julio de 2006).

Ley 3/2006, de 19 de octubre, por la que se modifica la Ley 2/1993, de 15 de julio, de Caza de Castilla-la Mancha (DOCLM núm. 233, de 9 de noviembre de 2006).

1. Recordemos que el periodo de menor actividad, anterior a 2006, de los últimos cinco años, fue 2004 (12 leyes), habiendo sido superado éste por: 2003 (15 leyes), 2005 (17 leyes) y 2002 (25 leyes).

Ley 4/2006, de 19 de octubre, de Modificación de la Ley 3/1988, de 13 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (DOCLM núm. 233, de 9 de noviembre de 2006).

Ley 5/2006, de 14 de diciembre, del Instituto de Consumo de Castilla-La Mancha (DOCLM núm. 271, de 30 de diciembre de 2006).

Ley 6/2006, de 20 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2007 (DOCLM núm. 271, de 30 de diciembre de 2006).

Ley 7/2006, de 20 de diciembre, de la Ordenación de la Ruta de Don Quijote (DOCLM núm. 271, de 30 de diciembre de 2006).

Ley 8/2006, de 20 de diciembre, que establece el Régimen Jurídico aplicable a la Resolución Administrativa en determinadas materias (DOCLM núm. 271, de 30 de diciembre de 2006).

Ley 9/2006, de 21 de diciembre, de Modificación del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha en materia de subvenciones (DOCLM núm. 271, de 30 de diciembre de 2006).

Ley 10/2006, de 21 de diciembre, por la que se modifica la Ley 17/2005, de 29 de diciembre, de medidas en materia de tributos cedidos (DOCLM núm. 271, de 30 de diciembre de 2006).

Leyes institucionales, organizativas o de procedimiento

Ley 2/2006, de 17 de julio, por la que se establece el Día del Defensor del Medio Ambiente (DOCLM núm. 150, de 24 de julio de 2006).

El año 2005 fue especialmente trágico para el medio ambiente en nuestra Región. En él, una vez más, destacó el esfuerzo realizado por los profesionales dedicados a la protección y defensa del patrimonio forestal: los trabajadores del Servicio de extinción de Incendios de Castilla-La Mancha. Sin embargo, es preciso recordar la fatídica fecha del 17 de julio del citado año de 2005, en la que, a causa del incendio declarado en el Ducado de Medinaceli, once de estos profesionales perdieron la vida.

En consecuencia y como no podía ser menos, mediante acuerdo unánime de las Cortes de Castilla-La Mancha, se concedió la "*Medalla de Oro de Castilla-*

La Mancha a todos los hombres y mujeres del Servicio de Extinción de Incendios de Castilla-la Mancha", así como a los once trabajadores que murieron en el citado incendio.

Este hecho ha concienciado de tal manera, tanto a la ciudadanía como a la esfera política, que ha impuesto la necesidad de instituir el "Día del Defensor del Medio Ambiente" con el objeto de reconocer públicamente la gratitud hacia todas las personas que luchan y arriesgan su vida por proteger el patrimonio natural de Castilla-La Mancha.

La ley en cuestión consta de un único artículo en el que se fija la fecha de celebración del Día del Defensor del Medio Ambiente, siendo éste el 17 de julio de cada año, en conmemoración a los trabajadores fallecidos en el fatídico incendio del Ducado de Medinaceli. Finalmente, la ley se cierra con una Disposición Adicional y otra Disposición Final.

Ley 4/2006, 19 de octubre, de Modificación de la Ley 3/1988, de 13 de diciembre, de ordenación de la Función Pública de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (DOCLM núm. 233, de 9 de noviembre de 2006).

Mediante la presente ley se modifica la Ley 3/1988, de 13 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Esta ley consta de un artículo único en el cuál se introducen las modificaciones realizadas a la citada ley 3/1988, estructuradas dichas modificaciones en tres puntos:

- Punto uno, en el que se da nueva redacción al artículo 16, dedicado a los *Cuerpos y Escalas de la Administración de la Junta*, agrupados en cinco niveles de acuerdo con la titulación exigida para su ingreso.

- Punto dos, en el que se modifica la *Disposición Adicional Segunda*, especificándose mediante la incorporación de nuevos párrafos, los miembros que integran la Escala Superior de Letrados, la Escala Técnica de Prevención de Riesgos Laborales y la Escala Administrativa de Prevención de Riesgos laborales.

- Punto tres, mediante el que se añade una nueva *Disposición Adicional Undécima*, según la cuál los funcionarios de la Administración de Justicia trans-

feridos a la Comunidad, *"mantendrán sus Cuerpos y Escalas nacionales de procedencia"*, y no los previstos por el citado artículo 16 de la presente ley.

Finalmente, tras el comentado artículo único, la ley se cierra con dos Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y una Disposición Final.

Leyes sobre la actividad social y económica

Ley 1/2006, de 23 de marzo, de creación de la Empresa Pública "Gestión Ambiental de Castilla-La Mancha S.A." (DOCLM núm. 71, de 4 de abril de 2006).

El Estatuto de Castilla-La Mancha -artículo 53.2-, otorga a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha la facultad para constituir empresas públicas como medio de ejecución de las funciones que sean de su competencia. Así, la protección del medio ambiente se erige como uno de los pilares en la política llevada a cabo por el Gobierno regional, además de constituir uno de los objetivos básicos marcados por el propio Estatuto -artículo 4.f-. Por todo ello, y en cumplimiento de lo previsto estatutariamente, el Gobierno ha decidido crear la Empresa pública "Gestión Ambiental de Castilla-La Mancha S.A.", mediante la presente ley.

La ley aprobada por el Gobierno para la *creación de la Empresa pública "Gestión Ambiental de Castilla-La Mancha S.A."*, es una ley sencilla, que consta de diez artículos seguidos de una Disposición Transitoria y dos Disposiciones Finales.

Tal y como especifica la ley, la Empresa se crea *"como instrumento al servicio de la política medioambiental y de desarrollo rural de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha"* -artículo 1-, adoptando para ello forma jurídica de sociedad anónima, por lo que su actividad se regirá por el ordenamiento jurídico-privado -artículo 2-.

El objeto de la Empresa pública "Gestión Ambiental de Castilla-la Mancha S.A." es, esencialmente: *"la elaboración, desarrollo, gestión y ejecución, de planes, proyectos, infraestructuras, obras y programas de actuación relacionados, directa o indirectamente, con el medio ambiente (...)"* -artículo 3-. Para llevar a cabo su objetivo, la Empresa creada contará con un capital social inicial de trescientos mil euros, desembolsados por la Junta de Comunidades, teniendo en cuenta que la participación de ésta en el capital social no podrá ser, en ningún

caso, inferior al cincuenta y uno por ciento; en el resto del capital, pueden participar entidades o empresas pertenecientes al sector público regional -artículo 4-. Igualmente, la Junta de Comunidades podrá prestar avales para llevar a cabo operaciones de crédito concernientes a las actividades de la Empresa, dentro de los límites previstos en los Presupuestos Generales de la Comunidad de Castilla-La Mancha, y con la autorización del Consejo de Gobierno -artículo 8-.

En cuanto a la contratación del personal al servicio de la nueva Empresa creada, la ley establece que se regirá por la normativa de derecho laboral o privado, esto es, *"conforme a la normativa laboral que resulte de aplicación, y con respeto a los principios de publicidad, mérito, capacidad e igualdad"*. Se exceptúa de esta normativa de selección a los cargos directivos, que podrán ser nombrados libremente, aunque con ciertas incompatibilidades, ya que quienes ejerzan estos puestos directivos: *"no podrán ejercer durante su mandato actividades profesionales relacionadas con las competencias propias de la empresa y ejercerá su actividad con dedicación exclusiva a la misma. Los funcionarios que pasen a prestar sus servicios en estos puestos directivos quedarán en la situación administrativa de servicios especiales"* -artículo 10-.

Por último, es preciso señalar que, tal y como se prevé en su Disposición Final Primera, es el Consejo de Gobierno quien ordenará la constitución de la Empresa pública "Gestión Ambiental de Castilla-La Mancha", así como el encargado de aprobar sus Estatutos en el plazo máximo de tres meses, desde el día siguiente de la publicación de la ley.

Ley 3/2006, de 19 de octubre, por la que se modifica la Ley 2/1993, de 15 de julio, de Caza de Castilla-La Mancha (DOCLM núm. 233, de 9 de noviembre de 2006).

Nuestra Región, Castilla-La Mancha es una zona de gran riqueza cinegética natural, debido a su diversidad de especies autóctonas propias, así como por el número de especies tanto de caza mayor como de caza menor. Ahora bien, precisamente para salvaguardar esta riqueza natural, el Gobierno de Castilla-la Mancha está en la obligación de gestionar correctamente las cuestiones relacionadas con la caza, con el objeto de preservar el prestigio de la riqueza cinegética natural, patrimonio de nuestra Región.

Hace más de una década, se aprobó la Ley 2/1993, de 15 de julio, de Caza de Castilla-La Mancha, en virtud de la competencia exclusiva de nuestra

Comunidad en materia de caza. Sin embargo, teniendo en cuenta los cambios experimentados en este ámbito, se hace necesario modificar en algunos extremos la normativa existente sobre caza, tanto en lo relativo a caza mayor como respecto a caza menor.

En cuanto a la caza mayor, es preciso modificar la ley de 1993 en lo relativo a los cotos intensivos de caza, los cerramientos cinegéticos y la introducción de especies, con el fin de salvaguardar la calidad del sector de Castilla-La Mancha. Respecto a la caza menor, se autoriza la caza con aves de cetrería, bajo control administrativo, prohibida desde 1989 por Real Decreto 1098/1989, de 8 de septiembre.

La presente ley se desarrolla en un artículo único, mediante el cuál se modifica la Ley 2/1993, de 15 de julio, de Caza de Castilla-la Mancha, en los siguientes preceptos: *artículo 9*, *artículo 22.1º*, *artículo 36.k*, *artículo 37.3º*, *artículo 46* (en él se añade un apartado 6º), *artículo 56.8º*, *artículo 86.1º* (en el que se añade un nuevo número 10), *artículo 86.2º* (al que se añade un nuevo número 18), *artículo 90* (al que se añade un apartado 3º), y *artículo 92.1º*. Por último, se cierra con su Disposición Final.

Ley 5/2006, de 14 de diciembre, del Instituto de Consumo de Castilla-La Mancha (DOCLM núm. 271, de 30 de diciembre de 2006).

La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha ostenta la competencia exclusiva en materia de organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno -artículo 31.1.1º del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha-. Del mismo modo, posee la competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia de defensa del consumidor y usuario, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, las bases y la coordinación general de la Sanidad -artículo 32.6 Estatuto Autonomía de Castilla-La Mancha-.

En desarrollo de esta competencia, han sido aprobadas leyes como la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, así como la reciente Ley 11/2005, de 15 de diciembre, del estatuto del Consumidor.

Mediante la presente ley, en cumplimiento de la competencia autonómica en materia de organización, régimen y funcionamiento de instituciones propias de

autogobierno, así como del objetivo previsto constitucionalmente -artículo 51 CE-, se crea el *Instituto de Consumo de Castilla-La Mancha*, como organismo autónomo encargado de ejercer las funciones pertinentes para la protección y defensa del consumidor y usuario de Castilla-La Mancha, en los términos constitucionalmente previstos, para que los poderes públicos garanticen dicha defensa.

Esta ley cuenta con dieciocho artículos estructurados en cinco Capítulos dedicados -respectivamente-, a: disposiciones generales; estructura orgánica; órganos asesores y de consulta; personal al servicio del Instituto; régimen económico, financiero y jurídico del Instituto de Consumo, además de dos Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y dos Disposiciones Finales.

En el Capítulo I -*disposiciones generales*-, la ley contiene los datos más básicos del nuevo Instituto, relativos a su propia creación y naturaleza jurídica, ámbito territorial, fines y competencias. En efecto, tal y como establece la ley en su artículo 1, el Instituto de Consumo de Castilla-La Mancha se crea "*como organismo autónomo adscrito a la Consejería competente en materia de consumo*", con "*personalidad jurídica y patrimonio propios, con plena autonomía funcional para el cumplimiento de sus fines*". Asimismo, se fijan los fines esenciales del Instituto, constituyéndose como tales: la planificación y ejecución de las políticas de defensa y protección de los consumidores y usuarios; la prevención y control de la disciplina de mercado; la formación y educación de los consumidores; la resolución de los conflictos en materia de consumo; a través de los mecanismos de mediación y arbitraje; entre otros -artículo 3-. Finalmente, en este Capítulo se incluyen las competencias y funciones del Instituto -artículo 4-, señalándose, genéricamente, que: "*el Instituto de Consumo ejercerá la competencia ejecutiva que corresponda a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en materia de consumo (...)*".

El Capítulo II -*estructura orgánica*-, se dedica a los aspectos organizativos y de funcionamiento del Instituto de Consumo. En cuanto a su estructura, el Instituto se compone de órganos centrales y periféricos. Los órganos centrales son: el Consejo de Dirección -órgano superior-, y la Dirección del Instituto; los órganos periféricos son los que se pueden instituir en cada capital de provincia de la Región, como órganos integrantes del Instituto de Consumo de Castilla-la Mancha, cuya sede central y órganos de gobierno se ubican en Toledo.

En el Capítulo III -*órganos asesores y de consulta*-, se regula el *Consejo Regional de Consumo*, como órgano principal de representación y consulta en

materia de consumo. Además, se prevé la posibilidad de crear *comisiones y ponencias* para estudiar cuestiones relacionadas con los productos y las prestaciones al servicio de los consumidores y usuarios.

El Capítulo IV *-personal al servicio del Instituto-*, prevé que el personal del Instituto de Consumo estará integrado por el personal funcionario o laboral de la Comunidad de Castilla-La Mancha que pase a prestar sus servicios al Instituto y el personal funcionario o laboral que se incorpore en virtud de la normativa vigente. Al personal del Instituto de Consumo le será aplicable el régimen jurídico previsto para el personal de la Administración de la Junta de Comunidades.

El Capítulo V *-régimen económico, financiero y jurídico del Instituto de Consumo-*, abarca la regulación de los medios económicos, el patrimonio y el régimen económico y de contratación. Del mismo modo, se regula el régimen jurídico de los actos dictados por los órganos del Instituto, previéndose para este tipo de actos el régimen establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Por último la ley se completa con dos Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y dos Disposiciones Finales.

Ley 7/2006, de 20 de diciembre, de Ordenación de la Ruta de Don Quijote (DOCLM núm. 271, de 30 de diciembre de 2006).

En continuación con la conmemoración del IV Centenario del Quijote, el Gobierno de Castilla-La Mancha ha emprendido la organización de una Ruta alrededor de los lugares cervantinos, por los pueblos, caminos, campos y lugares de la Región relacionados con la figura de D. Quijote. Para ello, ha contado con la colaboración de las Diputaciones y Ayuntamientos afectados en el trayecto y planificación de la Ruta, habilitando instalaciones para los visitantes. Así pues, la presente ley regula, con carácter general el uso de la Ruta así como su protección jurídica.

La innegable afluencia de bienes de todo tipo de procedencia, de titularidad pública y privada, siendo a su vez los primeros de titularidad estatal, provincial y local, hace más complejo el proceso de regulación de la Ruta. Consignada esta diversidad, la ley hace una clara distinción entorno a dos grandes ejes: la descripción de la Ruta -Anexo I-, y el régimen jurídico de aplicación. En efecto, la

ley diferencia entre el régimen jurídico aplicable a los bienes de titularidad autonómica o local *-régimen de afectación y uso-*, el de los bienes de titularidad privada *-régimen de expropiación forzosa-*, y el de colaboración para los bienes de titularidad estatal *-régimen de colaboración y utilización pública-*.

La presente ley consta de veintiún artículos estructurados a lo largo de cinco Capítulos, dedicados a: delimitación y fines de la ley, administraciones públicas competentes y cooperación inter-administrativa, planificación y uso de la Ruta, régimen de policía y potestad sancionadora, y oficina técnica de la Ruta. Finalmente, se completa con una serie de Disposiciones -una Disposición Adicional, cinco Disposiciones Transitorias y dos Disposiciones Finales-, y los Anexos I y II, en los que se adjuntan datos relevantes acerca de la planificación y descripción de la Ruta diseñada.

Leyes de carácter tributario, financiero o económico

Ley 6/2006, de 20 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2007 (DOCLM núm. 271, de 30 de diciembre de 2006).

La satisfacción por el nivel de autogobierno alcanzado en Castilla-la Mancha, así como el grado de desarrollo alcanzado en ella, ha incentivado al Gobierno regional a seguir trabajando en la línea de las políticas llevadas a cabo el ejercicio de 2006, de tal forma que serán estas mismas las líneas asumidas como objetivos prioritarios en los Presupuestos para 2007: *los servicios esenciales y la competitividad*.

Respecto al primero, las competencias asumidas por el grado de autogobierno regional, propician el aumento y mejora de la calidad de los *servicios esenciales* de la Comunidad, convirtiéndose éstos en uno de los objetivos prioritarios del Presupuesto para 2007, al igual que lo fueron para los presupuestos elaborados para 2006. En efecto, en este ejercicio se pretende mejorar la dotación de los servicios públicos esenciales. Dentro de los *servicios esenciales*, se dedica especial atención a la red de servicios sociales y asistenciales y a la asistencia sanitaria. Otro de los sectores en los que los Presupuestos para 2007 continúan trabajando es en política de vivienda, facilitando su acceso al ciudadano.

Respecto a la *competitividad*, ésta es concebida como otro de los objetivos prioritarios en los Presupuestos para 2007, continuando con la política marcada en los Presupuestos de 2006. Precisamente es el grado de desarrollo alcanzado en la

Región, al que indudablemente ha contribuido el nivel competencial asumido, el que ha propiciado la configuración de la competitividad en la ley de Presupuestos para 2007 como el segundo de los objetivos prioritarios. Tras el Pacto por el Desarrollo y la Competitividad, el Presupuesto para 2007, se convierte en el segundo de los documentos en que se hace efectivo el compromiso de competitividad, incorporándola como una de las políticas prioritarias de los presupuestos.

La presente ley consta de cuarenta y nueve artículos estructurados a lo largo de seis Títulos, diez Disposiciones Adicionales, una Disposición Derogatoria y tres Disposiciones Finales.

El Título I *-De la aprobación de los presupuestos y de sus modificaciones-*, se compone a su vez de dos Capítulos: el Capítulo I, dedicado a *"créditos iniciales y su financiación"*; y el Capítulo II, *"de los créditos presupuestarios y sus modificaciones"*. Se incluye el contenido de los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades para el año 2007, que abarcan: los presupuestos de la Administración de la Junta, los de los organismos autónomos y los de las entidades y empresas públicas que conforman el sector público de Castilla-La Mancha.

El Título II *-De la ejecución y liquidación presupuestaria-*, consta de tres Capítulos: el Capítulo I, dedicado a la *"autorización de gastos"*; el Capítulo II, para *"otras disposiciones en materia de ejecución de gastos"*; y el Capítulo III, de *"liquidación de los Presupuestos"*. Se contienen las normas referentes a: autorización de gastos, desconcentración y delegación de competencias, créditos financiados y libramiento de créditos, creación de Consorcios, y liquidación presupuestaria.

El Título III *-De los créditos de personal-*, contiene dos Capítulos: el Capítulo I, en el que se recoge el *"régimen contributivo"*; y el Capítulo II, dedicado a *"otras disposiciones en materia de personal"*. Se contiene: régimen retributivo, retribuciones del personal al servicio de la Comunidad de Castilla-la Mancha no sometido a legislación laboral, retribuciones de los altos cargos, retribución de los funcionarios de la Junta de Comunidades, retribuciones del personal laboral, retribuciones del personal de Instituciones Sanitarias del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, así como competencias en materia de personal y gestión del personal.

El Título IV *-De la gestión de los Presupuestos docentes-*, consta de dos Capítulos: el Capítulo I, *"de los centros docentes no universitarios financiados con fondos públicos"*; y el Capítulo II, *"de los costes del personal de la Universidad de Castilla-La Mancha"*. Se regula la normativa correspondiente a:

fondos públicos para el sostenimiento de centros concertados y costes de personal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

El Título V -*De las operaciones financieras*-, estructurados en dos Capítulos: el Capítulo I, "*del endeudamiento*"; y el Capítulo II, "*de los Avales*". Se regulan cuestiones relativas a: endeudamiento, operaciones de crédito y avales.

El Título VI - *De las tasas y otras medidas tributarias*-, regula las tasas de la Comunidad, los tipos de gravámenes y la afectación de los ingresos obtenidos por la recaudación de los Impuestos sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente y de la venta minorista de hidrocarburos.

Finalmente, la ley se cierra con varias Disposiciones

Ley 8/2006, de 20 de diciembre, que establece el Régimen Jurídico aplicable a la Resolución Administrativa en determinadas materias (DOCLM núm. 271, de 30 de diciembre de 2006).

La presente ley regula el Régimen Jurídico aplicable a la resolución administrativa en determinadas materias, modificando para ello determinados procedimientos administrativos previstos para la actuación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

El Régimen Jurídico previsto se refiere específicamente al plazo de notificación de la resolución en procedimientos administrativos, así como a la "*regla general*" del silencio positivo en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, regulados en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Posteriormente, mediante Ley 10/2001, de 22 de noviembre, fueron adecuados los procedimientos administrativos, en cumplimiento de lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la Ley 4/1999, de 13 de enero. Ahora bien, desde la aprobación de esta ley, los cambios producidos en la estructura de la Administración regional han hecho precisa una nueva actualización de dichos procedimientos.

En consecuencia, la presente ley trata de llevar a efecto dicha adecuación. Se trata de una ley sencilla compuesta de sólo dos artículos, seguidos de una Disposición Derogatoria y dos Disposiciones Finales.

En su articulado se regula la *duración máxima de los procedimientos* -artículo 1- actualizándose el plazo máximo para dictar y notificar resolución expresa en los procedimientos administrativos al estipularse que dicho plazo será "*(...) el que en cada caso se indica*"; por lo tanto, se deroga el plazo de seis meses previsto anteriormente por la Ley 30/92. Además, se regula el efecto estimatorio del silencio -artículo 2- estableciéndose que, en los casos expresamente previstos en Anexo 2 y sin perjuicio de la obligación de la Administración de dictar resolución en todos los casos, "*(...) los interesados podrán entender desestimadas sus solicitudes por silencio administrativo una vez transcurrido el plazo máximo fijado por la norma reguladora del procedimiento o, en su defecto, el de tres meses (...)*".

En cuanto a la Disposición Derogatoria -*Derogación Normativa*-, quedan derogados mediante la presente ley: "*(...) los artículos 1 a 3 y la disposición final primera de la ley 10/2001, de 22 de noviembre, de adecuación de procedimientos administrativos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y de cesión de datos personales, y el Decreto 182/1993, de 11 de noviembre, por el que se adecuan procedimientos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*".

Por último, la ley se cierra con dos Disposiciones Finales, la Primera dedicada a la *simplificación administrativa*, y la Segunda a la *entrada en vigor* de la ley; acompañándose además de dos Anexos, I y II.

Ley 9/2006, de 21 de diciembre, de Modificación del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha en materia de subvenciones (DOCLM núm. 271, de 30 de diciembre de 2006).

Tras la aprobación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, se hace preciso modificar nuestra normativa reguladora de subvenciones, en atención a la necesaria adecuación a la normativa estatal.

Esta necesidad de adecuación a la normativa estatal surge debido a la importancia dada a las subvenciones desde dicha normativa, en contraste con la ausencia de regulación específica a nivel regional. Sin embargo, dicha carencia de previsión normativa no se resuelve mediante la elaboración de una ley específica de subvenciones, sino manteniendo su regulación en el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, aunque a través de un Título aparte debido a su especificidad.

La presente ley consta de dos artículos, seguidos de sus correspondientes disposiciones: Disposición Transitoria Única -"*Subvenciones de carácter excepcional*"-, Disposición Derogatoria Única, y tres Disposiciones Finales.

Así pues, esta ley modifica el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, en los siguientes aspectos:

- Primero: "*Modificación de los artículos 69 a 81 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha*" que, tras su modificación, conformarán un nuevo Título III denominado "*De las Subvenciones Públicas*". Este nuevo Título III constará, a su vez, de cuatro Capítulos dedicados, respectivamente a: "*Disposiciones Generales*", "*procedimientos de concesión y gestión de las subvenciones*", "*reintegro de las subvenciones*" e "*Inspección y Sanciones Administrativas*"-artículo 1-.

- Segundo: "*Modificación de los artículos 92 y 101 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha*", referidos a los funcionarios de la Intervención General en la subvención, así como a sus beneficiarios y colaboradores -artículo 2-.

Ley 10/2006, de 21 de diciembre, por la que se modifica la Ley 17/2005, de 29 de diciembre, de medidas en materia de tributos cedidos (DOCLM núm. 271, de 30 de diciembre de 2006).

Esta ley se aprueba para la modificación de la Ley 17/2005, de 29 de diciembre, de medidas en materia de tributos cedidos, en dos de sus aspectos principales: en deducciones sobre el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas y en Impuesto de Sucesiones y Donaciones, en relación a las adquisiciones *mortiscausa*.

La ley consta únicamente de dos preceptos: artículo primero y artículo segundo, en los que se hace una clara distinción entre los dos aspectos modificados de la ley 17/2005, de 29 de diciembre, de medidas en materia de tributos cedidos.

El artículo primero, da nueva redacción a la Sección Primera, Capítulo II de la citada Ley 17/2005. Esta Sección, relativa a las deducciones sobre el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, recogía en su primera lectura las causas de: nacimiento o adopción de hijos, discapacidad o donativos. Con la actual modificación, se introducen dos nuevas causas de deducción tributaria en el cita-

do impuesto: para personas mayores de 75 años, así como para quienes convivan con ascendentes con esta edad *-artículo 4.bis-*. Para hacer efectivo este tipo de deducción tributaria, es preciso modificar la redacción de todos los preceptos contenidos en la citada Sección Primera del Capítulo II, así como adaptar la normativa autonómica a la nueva ley del impuesto, que entrará en vigor en enero de 2007 *-Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio-*.

Por otro lado, el artículo segundo modifica un aspecto del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, contenido en la Sección Segunda del Capítulo II de la citada Ley 17/2005. Así pues, se modifica el artículo 7, referente a las adquisiciones mortis-causa de empresas y negocios de carácter familiar para favorecer la transmisión patrimonial, mejorando la reducción establecida legalmente. Además, se especifican en la nueva ley los requisitos que deberán cumplir dichas transmisiones patrimoniales familiares para beneficiarse de las reducciones previstas.

Tras el articulado, la ley se completa con una Disposición Transitoria que regula la aplicación de las nuevas deducciones introducidas por la ley durante 2006; y, finalmente, se cierra con su Disposición Final.

2. Actividad no legislativa

Durante este período (enero-diciembre 2.006), la actividad no legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha, como viene siendo habitual, se ha centrado esencialmente en las Resoluciones aprobadas en virtud de los Debates Generales celebrados sobre asuntos concretos de interés para la Región. Además, debe incluirse dentro de este tipo de actividad las Propositiones No de Ley aprobadas, sin olvidar hacer mención a la actividad de control político ejercida por las Cortes, a través de las preguntas e interpelaciones.

Los Debates Generales, tradicionalmente, constituyen el eje central de la actividad no legislativa ya que es en ellos donde se tratan los temas que más preocupan a los ciudadanos castellano-manchegos, aprobándose tras el Debate la oportuna Resolución en la que se adoptan las medidas correspondientes al tema en cuestión. Por este motivo, dejando a un lado las Leyes, las Resoluciones adoptadas en virtud de Debates Generales adquieren tanta importancia. El moti-

vo de tal interés por parte del ciudadano radica en los temas tratados por las Resoluciones en cuestión, girando éstos en torno a materias de interés general, tales como: agua, infraestructuras, educación y cultura, vivienda, sectores económicos, sanidad, salud, medio ambiente, prestaciones sociales y empleo, y otras de difícil catalogación pero, en gran medida, de interés social.

Mención especial merece el Debate sobre la orientación política general del Consejo de Gobierno, esto es, el "Debate sobre el estado de la Región" del periodo 2006, celebrado en Sesión Plenaria de las Cortes de Castilla-La Mancha, los días 10 y 11 de octubre de 2006 (BOCCM, núm. 185, de 13 de octubre de 2006).

Comenzaremos el repaso de la actividad no legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha durante este año 2.006, con un breve análisis de su labor llevada a cabo a través de los Debates Generales. Así pues, a continuación se exponen las Resoluciones más relevantes aprobadas en función de la materia:

* *En materia de educación y cultura:* durante este periodo se han aprobado diversas Resoluciones en materia de educación y cultura. Sin duda, merece especial mención la aprobación de distintas Resoluciones relacionadas con la convivencia y la estabilidad escolar, denotando el interés que causa este tema:

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el balance de la actividad cultural de la conmemoración del IV Centenario de la publicación de la primera parte del libro "El Ingenioso Hidalgo D. Quijote de la Mancha" (BOCCM núm. 129, de 10 de febrero de 2006). Con ella, las Cortes muestran su satisfacción por el impulso y la promoción que la celebración del IV Centenario del Quijote ha supuesto para nuestra Región, e instan al Gobierno a iniciar las actuaciones para la celebración de la II parte de la obra cervantina.

Resolución del Pleno de las Cortes sobre la convivencia escolar (BOCCM núm. 144, de 28 de abril de 2006). En ella, las Cortes muestran su interés y preocupación por la convivencia escolar, así como por la instauración de mecanismos para evitar la violencia escolar y el maltrato a escolares. En cumplimiento de estos objetivos, las Cortes mediante esta Resolución instan al Gobierno Regional a desarrollar un Plan Regional de Convivencia Escolar que prevea, entre otros: la creación de un *Observatorio Regional de la Convivencia*, en el que estén representados los grupos Parlamentarios, destinado a analizar la violencia escolar; la creación de un decálogo de derechos y obligaciones del

alumnado, profesorado y familias; especialización y preparación del profesorado; así como el impulso de los Proyectos desarrollados por las Ciudades Educadoras, fomentando las relaciones entre educadores, familias y organismos públicos, para evitar la violencia fuera de las aulas.

Resolución número 7, a iniciativa del Grupo Parlamentario Socialista, en relación al Debate General sobre la orientación política general del Consejo de Gobierno "Debate sobre el estado de la Región", relativa a Educación y Cultura (BOCCM núm. 185, de 13 de octubre de 2006). En esta Resolución, se aprueban nuevos retos en materia de educación y cultura con el propósito de mejorar la calidad y, al mismo tiempo, cumplir con los objetivos fijados por la Unión Europea para el año 2010. Las actuaciones previstas por las Cortes Regionales para alcanzar dichos objetivos son las siguientes: extender el transporte gratuito a los alumnos de Bachillerato y de Ciclos Formativos, una vez asegurado para alumnos de enseñanzas obligatorias; impulsar la calidad de los estudios de Formación Profesional, en cumplimiento del Pacto por el Desarrollo y la Competitividad; poner en marcha el Centro de Lectura de Castilla-La Mancha; así como incrementar la partida presupuestaria destinada a enseñanza universitaria y formación de investigadores, constituyendo éste otro de los objetivos de competitividad y desarrollo previstos para el año 2010.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la estrategia del Gobierno Regional para mejorar el fracaso escolar en Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 197, de 24 de noviembre de 2006). Las Cortes Regionales, mediante esta Resolución, felicitan al profesorado castellano-manchego por el incremento de éxito escolar en nuestra Región, en los últimos cinco años, mostrando así la eficacia de los programas elaborados por el Gobierno Regional. No obstante, instan a éste a elaborar un proyecto de Ley de Educación de Castilla-La Mancha que recoja los objetivos y las medidas concretas para fomentar y generalizar el éxito escolar.

* *En materia de infraestructuras:* en esta materia han de destacarse las siguientes Resoluciones:

Resolución número 5, a iniciativa del Grupo Parlamentario Socialista, en relación al Debate General sobre la orientación política general del Consejo de Gobierno "Debate sobre el estado de la Región", relativa a Obras Públicas (BOCCM núm. 185, de 13 de octubre de 2006). En ésta, las Cortes instan al Gobierno Regional a extender el criterio de territorialidad en el modelo organi-

zativo de la administración hidráulica, así como, por otra parte, le instan a continuar con su plan de fomento y mejora de vías por carretera en la Región.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre las infraestructuras y servicios existentes en la Sierra Norte de Guadalajara y las previsiones para su futuro desarrollo (BOCCM núm. 201, de 15 de diciembre de 2006). Mediante esta Resolución se insta al Gobierno Regional a considerar la zona de la Sierra Norte de Guadalajara como zona con especial problemática en materia de desarrollo, en cuyo caso habría de diseñarse un plan específico de desarrollo para dicha zona.

** En materia de agua, agricultura y medio ambiente:* esta es una de las materias centrales de la política regional. Una vez más, son numerosas las Resoluciones aprobadas en este periodo en materia de agua, agricultura y medio ambiente. Entre los temas principales, han de destacarse la prevención de incendios, los planes de prevención y lucha frente a la sequía, el reparto del agua, y la planificación y promoción para determinados sectores prioritarios en nuestra Región, como el Vitivinícola:

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el balance de la Campaña de Prevención y Extinción de Incendios 2005 y Campaña de Prevención y Extinción de Incendios 2006 (BOCCM núm. 134, de 24 de febrero de 2006). En esta Resolución, de un lado, se insta al Gobierno Regional a comprometerse en la mejora de la formación, profesionalización y la dotación material de los equipos humanos de extinción de incendios, así como a fomentar la sensibilidad y educación ciudadana; de otro lado, se insta al Gobierno de la Nación a fortalecer la colaboración entre las distintas Comunidades Autónomas en materia de prevención y lucha contra incendios forestales, así como a fomentar la consecución de un Pacto de Estado en dicha materia.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la O.C.M. del azúcar y su incidencia en Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 148, de 19 de mayo de 2006). Ante la aplicación de la reforma de la OCM del azúcar, las Cortes se sirven de esta Resolución para adoptar las medidas pertinentes al respecto, en defensa de los agricultores de remolacha, sector afectado por dicha reforma. Así, mediante esta Resolución las Cortes instan al Gobierno Regional para que defienda un plan de diversificación ante el Ministerio de Agricultura, con el fin de obtener el suficiente apoyo económico para introducir nuevos cultivos en la zona en sustitución de la remolacha. Del mismo modo, se solicita a

dicho Gobierno ante el cierre de la actividad fabril del citado cultivo, la concesión de las mejores condiciones a quienes se quedan desempleados.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre las actuaciones realizadas por el Gobierno de Castilla-La Mancha en relación con la reforma de la Organización Común de Mercado del Sector Vitivinícola (BOCCM núm. 152, de 9 de junio de 2006). Teniendo en cuenta la importancia del Sector Vitivinícola en nuestra Región, en esta Resolución, las Cortes de Castilla-La Mancha solicitan al Gobierno de la Nación y al Gobierno Regional, que en la nueva reforma de la OCM del vino se garantice: el mantenimiento del cultivo en las zonas en que está implantado, sin ser modificado; así como la mejora de las rentas de los agricultores, el fomento del sector, y la mejora financiera para actualizar y modernizar el mismo.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el cumplimiento de las conclusiones de la Comisión de Investigación del Incendio de la Riba de Saelices (Guadalajara) en julio de 2005 (BOCCM núm. 152, de 9 de junio de 2006). En ella, las Cortes valoran positivamente el cumplimiento de las recomendaciones aprobadas por la Comisión no permanente de investigación de las Cortes de Castilla-La Mancha, sobre el incendio de la Riba de Saelices (Guadalajara), el 16 de julio de 2005.

Resolución número 6, a iniciativa del Grupo Parlamentario Socialista, en relación al Debate General sobre la orientación política general del Consejo de Gobierno "Debate sobre el estado de la Región", relativa a Agricultura, Medio Ambiente y Desarrollo Rural (BOCCM núm. 185, de 13 de octubre de 2006). Mediante esta Resolución las Cortes Regionales solicitan de su Gobierno las siguientes medidas, con el objetivo de fomentar el desarrollo rural: diseño de programas de apoyo para la diversificación económica del medio rural; apoyo de medidas que garanticen el mantenimiento del cultivo del vino en sus zonas tradicionales de cultivo, mejoras de las rentas de sus agricultores, mejora de su comercialización y ayudas para la diversificación de los productos vitivinícolas (en relación a la reforma de la OCM del vino); mejora de los recursos hídricos; impulsar la aprobación del Programa de Desarrollo Rural para la aplicación del FEADER en nuestra Región, en el periodo 2007-2013.

Resolución número 8, a iniciativa del Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General sobre la orientación política general del Consejo de Gobierno "Debate sobre el estado de la Región", relativa a caducidad del Trasvase Tajo-

Segura (BOCCM núm. 185, de 13 de octubre de 2006). En esta Resolución, las Cortes de Castilla-La Mancha solicitan del Gobierno Regional la previsión de la caducidad del Trasvase Tajo-Segura, mediante norma con rango de Ley.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre las repercusiones para Castilla-La Mancha del actual periodo de sequía (BOCCM núm. 187, de 20 de octubre de 2006). En esta Resolución, las Cortes de Castilla-La Mancha valoran positivamente el Plan de Actuaciones de Emergencia por sequía llevado a cabo en la Región, instando a ambos Gobiernos, Regional y Nacional, a continuar colaborando en ejecución de lo previsto en las citadas Actuaciones de Emergencia, con el fin de garantizar el abastecimiento a todas las zonas.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la Campaña de Prevención y Extinción de Incendios 2006 (BOCCM núm. 193, de 10 de noviembre de 2006). Mediante esta Resolución y en el marco de la Campaña de Prevención y Extinción de Incendios 2006, las Cortes Regionales solicitan del Gobierno Nacional una mejora de dotación técnica, mientras que del Gobierno Regional solicitan el fomento de la profesionalización del equipo humano participante en la campaña de prevención y extinción de incendios.

** En materia de suelo, vivienda, empleo y política social:* tratándose éstos de los temas que más interesan a los ciudadanos, han sido una vez más uno de los puntos centrales en la actuación no legislativa de las Cortes Regionales. Así, se han aprobado numerosas Resoluciones en torno a la política de suelo y vivienda, política social tendente a la integración y cuidado de mayores y dependientes, política de integración de inmigrantes, políticas sociales de igualdad y política de empleo:

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre las actuaciones llevadas a cabo por el Gobierno Regional en materia de promoción de suelo industrial (BOCCM núm. 144, de 28 de abril de 2006). En ella, las Cortes instan al Gobierno Regional a potenciar su política de generación de suelo industrial de iniciativa pública, en colaboración con los Ayuntamientos.

Resolución del Pleno de las Cortes sobre el IV Plan Regional de Vivienda y Suelo de Castilla-La Mancha Horizonte 2010 (BOCCM núm. 148, de 19 de mayo de 2006). En ella, las Cortes de Castilla-La Mancha instan al Gobierno Regional a continuar su política de promoción de viviendas protegidas de públi-

cas, facilitando el acceso a la vivienda para los colectivos minoritarios tales como discapacitados o jóvenes, o, de manera especial, a mujeres maltratadas o familias con ingresos bajos.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el Plan Regional de Fomento del Autoempleo de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 140, de 31 de marzo de 2006). Mediante esta Resolución las Cortes de Castilla-La Mancha se congratulan por el acuerdo alcanzado entre el Gobierno, las organizaciones sindicales y las empresariales de la Región, en materia de políticas activas de empleo, con la que se articulará la consecución de una política integral de fomento del Autoempleo.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre las actuaciones desarrolladas por el Gobierno Regional en cumplimiento del contenido del "*Acuerdo Regional por el Empleo*" (BOCCM núm. 147, de 12 de mayo de 2006). En ella, las Cortes Regionales, de un lado instan a la Consejería de Trabajo y Empleo a alcanzar el consenso con organizaciones sindicales y empresariales; de otro lado, instan al Gobierno Regional a colaborar con el desarrollo de la Reforma del Mercado Laboral, así como a apostar por la "estrategia feminizada", para incentivar la integración de la mujer en el mundo laboral, intentando diseñar un plan especial para conciliar la vida laboral con la familiar.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre las políticas para atender las situaciones de dependencia en Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 158, de 23 de junio de 2006). Con esta Resolución, las Cortes Regionales dan su acuerdo y satisfacción a la Ley de Dependencia aprobada por el Gobierno de la Nación, poniendo en marcha las actuaciones pertinentes para hacerla efectiva en Castilla-La Mancha.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la formación para el empleo en el Servicio Público de Empleo (BOCCM núm. 181, de 6 de octubre de 2006). Mediante esta Resolución, las Cortes de Castilla-La Mancha instan a la Consejería de Trabajo y Empleo a continuar en su oferta formativa amplia; incrementar la red de Centros de Excelencia de la Región; constituirse en nexo de unión con las empresas que buscan la contratación de profesionales; impulsar la cualificación de trabajadores.

Resolución número 2, a iniciativa del Grupo Parlamentario Socialista, en relación al Debate General sobre la orientación política general del Consejo de

Gobierno "Debate sobre el estado de la Región", relativa a Bienestar Social y Sanidad (BOCCM núm. 185, de 13 de octubre de 2006). En ella, las Cortes Regionales instan a su Gobierno a: continuar en la creación de centros de infancia, así como de ludotecas; atención a las personas en situación de dependencia; facilitar los mecanismos que posibiliten la toma de decisiones en salud por parte de ciudadanos y profesionales. Además, solicitan al Gobierno de la Nación la aportación de más fondos para el cumplimiento de los objetivos propuestos, así como que éste, en el reparto territorial, tenga en cuenta el hecho diferencial de que en nuestra Región existe un gran envejecimiento poblacional, además de la dispersión y densidad de ésta y, finalmente, la diferencia entre la cuantía de las pensiones entre las distintas Comunidades Autónomas.

Resolución número 3, a iniciativa del Grupo Parlamentario Socialista, en relación al Debate General sobre la orientación política general del Consejo de Gobierno "Debate sobre el estado de la Región", relativa a Vivienda (BOCCM núm. 185, de 13 de octubre de 2006). Mediante ésta, las Cortes Regionales instan a ambos Gobiernos, Regional y Nacional, así como a los Ayuntamientos de la Región a elaborar una "bolsa estratégica de suelo público" destinado a la construcción de viviendas protegidas, para todos aquellos ciudadanos que no puedan acceder a viviendas de renta libre.

Resolución número 4, a iniciativa del Grupo Parlamentario Socialista, en relación al Debate General sobre la orientación política general del Consejo de Gobierno "Debate sobre el estado de la Región", relativa a Trabajo e Industria (BOCCM núm. 185, de 13 de octubre de 2006). En esta Resolución en materia de trabajo e industria, las Cortes Regionales instan al Gobierno esencialmente: de un lado, a impulsar medidas de integración laboral destinadas a mujeres víctimas de malos tratos, con formación profesional, y destinadas a jóvenes; de otro lado, a fomentar la implantación de la prevención de riesgos laborales, así como la aplicación del plan de Internacionalización de la economía de Castilla-La Mancha.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la política seguida por el Gobierno de España en materia de inmigración y sus repercusiones para Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 193, de 10 de noviembre de 2006). Mediante esta Resolución, las Cortes Regionales solicitan al Gobierno español una mayor eficacia en la lucha contra la inmigración clandestina. Paralelamente, se insta al Gobierno de la Región a fomentar la participación de la población inmigrante que reside legalmente, anunciando la constitución del Foro Regional para la Inmigración.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el Plan de Conciliación de la vida laboral, familiar y personal (BOCCM núm. 195, de 17 de noviembre de 2006). Las Cortes Regionales, mediante esta Resolución, se congratulan por la elaboración entre el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales de Castilla-La Mancha, de un Plan Regional para la Conciliación de la vida laboral, familiar y personal. Del mismo modo, las Cortes piden al Gobierno Regional el desarrollo de las actuaciones necesarias para la puesta en marcha de dicho Plan.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la política de igualdad llevada a cabo por el Gobierno Regional y sus repercusiones para Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 195, de 17 de noviembre de 2006). Mediante esta Resolución las Cortes de Castilla-La Mancha dan una valoración muy positiva a la aplicación realizada del IV Plan de Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres de Castilla-La Mancha, considerando que la acción positiva es la pertinente para alcanzar la igualdad real. Además, se insta al Gobierno Regional a fomentar la igualdad en otros sectores poblacionales tales como: a favor de personas con discapacidad, respecto al sector rural, o las personas inmigrantes.

Resolución del Pleno de las Cortes sobre el informe de la Ley de Prevención de la Ley de Malos Tratos y Protección a mujeres maltratadas correspondiente al año 2005 (BOCCM núm. 206, de 26 de diciembre de 2006). Mediante esta Resolución, las Cortes Regionales realizan una valoración positiva del V informe correspondiente al año 2005, tras cinco años desde la aprobación de la Ley 5/2001, de Prevención de Malos Tratos y de Protección a las Mujeres Maltratadas, de Castilla-La Mancha. De este modo, incentivan a la continuación en el esfuerzo por parte de todos los agentes implicados en la lucha contra la violencia de género, en el aumento de dotación presupuestario para proteger a las mujeres víctimas de esta violencia y, además, felicita a las mujeres que tuvieron el coraje de denunciar a sus agresores e incluso de prestar su consentimiento para publicar las sentencias condenatorias, en el pasado año 2005.

** En materia de economía e industria:* en esta materia, podemos destacar las siguientes Resoluciones aprobadas:

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el Plan Regional de Comercio de Castilla-La Mancha 2005-2008 (BOCCM núm. 134, de 24 de febrero de 2006). Mediante esta Resolución, las Cortes de Castilla-

La Mancha manifiestan su apoyo al Plan Regional de Comercio 2005-2008, con el objetivo de defender los intereses del pequeño comercio de la Región. Además, se insta al Gobierno Regional que manifieste y fomente su apoyo al mismo, para garantizar su mantenimiento y crecimiento.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la situación actual y perspectivas de desarrollo de las energías renovables en Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 136, de 10 de marzo de 2006). Mediante esta Resolución, las Cortes de Castilla-La Mancha manifiestan su apoyo a las políticas que el Gobierno castellano-manchego viene desarrollando en materia de energías renovables para aprovechar nuestros recursos endógenos.

Resolución del Pleno de las Cortes sobre la Cuenta General de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 162, de 30 de junio de 2006). Mediante esta Resolución y tras examinar el rigor de la Cuenta General de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha correspondiente al ejercicio 2003, se acuerda aprobar dicha Cuenta.

** En otras materias:* por tratarse de Resoluciones generales aprobadas sobre las más diversas materias de difícil catalogación, las clasificamos de esta manera. De entre ellas, han de destacarse las siguientes:

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el estudio de las consecuencias que para Castilla-La Mancha tiene la aprobación del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana en materia de agua (BOCCM núm. 162, de 30 de junio de 2006). Las Cortes de Castilla-La Mancha, mediante esta Resolución, aprovechan para manifestar que: la política del agua es de carácter estatal y así debe respetarse; debe ser una política integradora y solidaria, regida por el principio de igualdad y no discriminación; y, en todo caso, instan al Gobierno de la Región a interponer cuantos recursos estimen necesarios respecto a cualquier precepto del Estatuto Valenciano que no cumpla lo previsto constitucionalmente.

Resolución número 1, a iniciativa del Grupo Parlamentario Socialista, en relación al Debate General sobre la orientación política general del Consejo de Gobierno "Debate sobre el estado de la Región", relativa al Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 185, de 13 de octubre de 2006). En esta Resolución, las Cortes prevén que la propuesta de nuevo Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha que se eleve a Cortes Generales, debe

incluir: el fin del Trasvase Tajo-Segura, así como la determinación de un nivel mínimo de inversiones del Estado en nuestra Región.

En cuanto a la actividad del control político del Gobierno Regional, como viene siendo tradicional, no se desarrolla como la función esencial de las Cortes de Castilla-La Mancha. Por el contrario, queda reducida a las preguntas e interpelaciones presentadas por la oposición.

En cuanto a las Proposiciones No de Ley, a diferencia de otros periodos, durante este último -año 2006-, la actividad no legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha ha sido especialmente prolífera. Se han aprobado Proposiciones No de Ley de muy distinta índole como veremos a continuación, señalando las más significativas: PNL relativa al régimen especial de la Seguridad Social de las trabajadoras y trabajadores del servicio doméstico, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, aprobada el 10 de febrero de 2006 (BOCCM núm. 129, de 10 de febrero de 2006); PNL relativa al Plan Especial de Empleo para Zonas Rurales Deprimidas, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, aprobada el 10 de marzo de 2006 (BOCCM núm. 136, de 10 de marzo de 2006); PNL relativa a la elaboración de un Plan de atención a los ciudadanos de Castilla-La Mancha, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, aprobada el 24 de marzo de 2006 (BOCCM núm. 138, de 24 de marzo de 2006); PNL relativa a la negociación ante la Unión Europea de la exención del pago de un canon por préstamos en las bibliotecas de uso público españolas, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, aprobada el 10 de abril de 2006 (BOCCM núm. 142, de 10 de abril de 2006); PNL relativa a la seguridad de los usuarios de vehículos de dos ruedas en la Red de Carreteras de Castilla-La Mancha, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, aprobada el 28 de abril de 2006 (BOCCM núm. 144, de 28 de abril de 2006); PNL relativa a la modificación puntual de la legislación y la reglamentación actual en materia cinegética en Castilla-La Mancha, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, aprobada el 5 de mayo de 2006 (BOCCM núm. 145, de 5 de mayo de 2006); PNL relativa a la defensa del sector de la espadería de Castilla-La Mancha, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, aprobada el 9 de junio de 2006 (BOCCM núm. 152, de 9 de junio de 2006); PNL relativa a la financiación para la compra de chalecos antibala para los agentes del Cuerpo de la Guardia Civil, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, aprobada el 23 de junio de 2006 (BOCCM núm. 158, de 23 de junio de 2006); PNL relativa a la aprobación de un Plan para la creación de la Ruta del Viaje de la Alcarria, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, aprobada el 23 de junio de 2006 (BOCCM núm. 158, de 23 de junio de 2006).

Por último, no podemos finalizar sin hacer mención a ciertos pronunciamientos, tales como acuerdos, informes, resoluciones y comunicaciones, realizados por las Cortes de Castilla-La Mancha, bien por su importancia a nivel informativo, bien por hacerse eco de preocupaciones de interés social. De este modo, podemos destacar durante este periodo, los siguientes: *Declaración Institucional relativa al 23 de febrero de 1981* (BOCCM núm. 134, de 24 de febrero de 2006); *Declaración Institucional con motivo de la conmemoración del día 8 de marzo, Día Internacional de las Mujeres* (BOCCM núm. 135, de 7 de marzo de 2006); *Dictamen de la Comisión No Permanente de Estudio sobre Castilla-La Mancha en el Espacio Europeo de Educación Superior* (BOCCM núm. 138, de 24 de marzo de 2006); *Convenio de Colaboración sobre medidas judiciales de internamiento en Centros de Menores entre las Comunidades Autónomas de Castilla-La Mancha y Andalucía* (BOCCM núm. 142, de 10 de abril de 2006); *Aprobación por el Pleno de las Cortes de Castilla-La Mancha del Dictamen de la Comisión de la Mujer sobre la Prostitución* (BOCCM núm. 144, de 28 de abril de 2006); *Declaración Institucional sobre el Día del Cooperante* (BOCCM núm. 172, de 8 de septiembre de 2006); *Declaración Institucional relativa a la declaración del día 1 de octubre como Día del Sufragio Universal* (BOCCM núm. 181, de 6 de octubre de 2006); *Declaración Institucional con motivo del Día Internacional para la erradicación de la pobreza* (BOCCM núm. 187, de 20 de octubre de 2006); *Acuerdo de 13-11-2006, de la Mesa de las Cortes de Castilla-La Mancha sobre la regulación de los ficheros de datos de carácter personal de la Cámara* (BOCCM núm. 196, de 23 de noviembre de 2006); *Declaración Institucional conmemorativa del 25 de noviembre, Día Internacional contra la Violencia de Género* (BOCCM núm. 197, de 24 de noviembre de 2006). Finalmente, es preciso mencionar, como cada año, el Informe a las Cortes Generales de la Defensora del Pueblo de Castilla-La Mancha, correspondiente al año 2005 (BOCCM núm. 150, de 7 de junio de 2006).

**ACTIVIDAD DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA
MANCHA EN MATERIA CONSTITUCIONAL Y ESTATUTARIA**

Joaquina Guerrero Sanz

*Letrada del Consejo Consultivo
de Castilla-La Mancha*

Constituye el objeto de este trabajo recoger la principal doctrina establecida en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, emitidos en ejercicio de sus competencias constitucionales y estatutarias atribuidas por la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, que regula el mismo y el Gobierno de nuestra Comunidad Autónoma. Cabe destacar en este periodo, por la especial trascendencia de las materias sobre las que versan, los dictámenes aprobados en relación con los anteproyectos de Ley de Fomento de las Energías renovables e Incentivación del Ahorro y Eficacia Energética en Castilla-La Mancha, y de Evaluación Ambiental en Castilla-La Mancha.

Asimismo, el Consejo se ha pronunciado sobre el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Consejo de Gobierno Regional frente al artículo 20 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

Siguiendo el modelo de las exposiciones realizadas en años anteriores, se incluye en primer lugar un resumen de la materia concreta sobre la que versan los distintos dictámenes, para después aludir a los aspectos principales de la doctrina del Consejo contenida en los mismos, si bien se ha considerado conveniente no reproducir la doctrina de aquellos dictámenes cuyas consideraciones no ofrecen novedad o particularidad alguna respecto a las consideraciones formuladas en otros a los que sí se alude o se ha aludido en años anteriores. No obstante, al final de la exposición se citan esos otros dictámenes cuya doctrina no se reproduce, recaídos igualmente en materia legislativa.

1. Dictámenes sobre anteproyectos de Ley

- Dictamen número 12/2006, de 8 de febrero, solicitado por el Consejero de Medio Ambiente y Desarrollo Rural, sobre el anteproyecto de Ley de creación de la Empresa Pública de Gestión Ambiental de Castilla-La Mancha.

El objeto de este Anteproyecto de Ley, como su propio nombre indica, era la creación de una empresa pública que adoptaría la forma jurídica de sociedad anónima. El Consejo Consultivo realizó varias observaciones de carácter esencial al texto sometido a su consideración, en relación con la regulación que en él se hacía del régimen del personal que prestaría sus servicios en dicha sociedad.

En primer lugar el órgano consultivo se refirió a la disposición adicional de la norma proyectada, que, después de que el artículo 10.1 de ese mismo texto

indicara que *"El personal de la Empresa pública de Gestión Ambiental de Castilla-La Mancha se regirá por normas de derecho laboral o privado y en su forma de provisión se respetarán los principios de publicidad, mérito, capacidad e igualdad"*, añadía que *"con la finalidad de conseguir la dotación de recursos que posibiliten la asunción efectiva de los servicios que constituyen el objeto de la Empresa Pública, se podrán adscribir a la misma los medios organizativos y personales que vienen desempeñando las funciones establecidas en el artículo 3 de la presente Ley, y que se consideren necesarios a tal fin"*; lo que suponía una limitación a los principios de publicidad, mérito, capacidad e igualdad para el acceso del personal a la empresa pública que se pretendía crear y que eran proclamados por el indicado artículo 10.1.

El Consejo Consultivo, a este respecto, consideró lo siguiente:

"La expresada disposición adicional, en su redacción actual parece -como hemos apuntado- contradecir lo establecido en el artículo 10.1 del Anteproyecto, en cuanto no determina si la adscripción que prevé de los medios personales que vienen desempeñando las funciones propias del objeto social de la nueva empresa queda también sometida a los principios de publicidad, mérito, capacidad e igualdad.

Por otra parte la redacción de la disposición que se analiza parece otorgar una potestad a la nueva Empresa que si, como es obvio, debe pasar por una negociación con las empresas y trabajadores del sector, nada añade a la libertad de operar en el tráfico mercantil que ésta tiene por el régimen jurídico privado que le es de aplicación; y si pretende tener carácter imperativo para esos terceros excede evidentemente de las competencias que la Comunidad Autónoma tiene por incidir en la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado consagrada por el artículo 38 de la Constitución y en la legislación laboral de competencia exclusiva del Estado conforme al artículo 149.1.7ª de la misma; por lo que, si la misma se utilizara en este segundo sentido, se estaría ante un reparo esencial por falta de competencia.

Razones que, unidas a la inseguridad jurídica que genera el precepto, aconsejan la supresión de esta disposición adicional".

Por otro lado, el Consejo consideró necesario contemplar la incidencia que en la futura contratación del personal de la nueva empresa pudieran tener los apartados 1 y 2 del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, referido a la suce-

sión de empresas, según la redacción dada a los mismos por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. Los indicados apartados disponen que:

"1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de seguridad social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiera adquirido el cedente.

2. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoría".

Este precepto resulta de aplicación a las empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro, según el artículo 1.1 de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de parte de empresas o de centros de actividad.

En la determinación de cuándo la nueva empresa que sucede a otra anterior en la prestación del servicio debe asumir los trabajadores de ésta, la jurisprudencia ha sido fluctuante, y así lo indicó el Consejo en su dictamen, recogiendo, no obstante, la interpretación actual de este precepto recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 4 de abril de 2005 (Ar. RJ 2005\5736), donde se dice que: *"Aunque de forma harto sucinta, denuncia la recurrente la infracción del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, censura que, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, merece favorable acogida.*

El precepto, cuya infracción se denuncia, ordena la continuidad de los contratos de trabajo y la subrogación en los derechos y obligaciones del empresario, cuando le suceda otro en la explotación de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma. Y la reiterada doctrina de esta Sala, contenida entre otras en las sentencias de 3 (RJ 1998, 7804) y 14 de octubre de 1998 (RJ

1998, 7811), 1 de febrero (RJ 1999, 1141), 1 (RJ 2000, 516) y 20 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 10033), 22 de mayo de 2000 (RJ 2000, 4624), ha venido declarando que para que exista sucesión de empresas es necesario que entre cedente y cesionario exista una transmisión de activo patrimonial. En otro caso, de conformidad con esa doctrina, la sucesión únicamente se produce por que la imponga el convenio colectivo estatutario que sea de aplicación, o, con determinadas restricciones, cuando se derive del pliego de condiciones de la concesión. Un sector de la doctrina estimó que la jurisprudencia de esta Sala se apartaba de la emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, invocando al efecto la sentencia Schmidt de 14 de abril de 1994 (TJCE 1994, 54), pero la tesis contenida en esa sentencia fue rectificada por la sentencia Süzen, de 11 de marzo 1997 (TJCE 1997, 45), donde se afirmaba que "la mera sucesión en una actividad objeto de contrata no es suficiente para apreciar una transmisión de empresa, si no va acompañada de la cesión entre ambos empresarios de elementos significativos del activo material o inmaterial". Bien es cierto que añadía un elemento adicional cuando afirmaba que "si la actividad empresarial descansa fundamentalmente en la mano de obra puede mantenerse la identidad después de la transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y competencia del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea". Esta misma tesis se mantuvo en las sentencias Hernández Vidal y Sánchez Hidalgo de 10 de diciembre de 1998 (TJCE 1998, 308 y TJCE 1998, 309) y alcanzó su máxima expresión en las sentencias Temco, de 24 de enero de 2002 (TJCE 2002, 29) y Sodexho, de 20 de noviembre de 2003 (TJCE 2003, 386), donde aquel elemento adicional llegó a hacerse efectivo e imponer la sucesión cuando el nuevo empresario se hacía cargo de parte de la plantilla del cedente. A la vista de esas resoluciones esta Sala hubo de cambiar su anterior doctrina, cambio que ya se anunciaba en las sentencias de 20 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7162) y que se plasmó en la de 27 del mismo mes y año (RJ 2004, 7202). Así se rectifica la doctrina en el sentido de que la sucesión procede, no sólo cuando hay transmisión de activos patrimoniales, sino también en aquellos otros supuestos en los que el cesionario de una actividad se hace cargo en términos significativos de calidad y número de parte de personal del cedente."

A la vista de este concepto jurídico indeterminado que recoge la sentencia citada -"términos significativos de calidad y número de parte del personal del cedente"- el Consejo apreció la dificultad de determinar "a priori" con certidumbre si la asunción por la nueva Sociedad de capital público que se creaba de

parte del personal que venía desempeñando las funciones establecidas en el artículo 3 de la Ley comportaba la obligación de tener que asumirlo en su totalidad ex artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Posibilidad que se acrecentaba si se tenía en cuenta que la disposición adicional analizada hablaba no sólo de adscripción de *"medios personales"* sino también de *"medios organizativos"*.

Por último, fue objeto de análisis y observación el artículo 10.5 del Anteproyecto de Ley que, también con referencia al personal de la nueva empresa, disponía que *"Los funcionarios que pasen a prestar sus servicios en puestos directivos quedarán en la situación administrativa de servicios especiales"*. El Consejo estimó de aplicación la doctrina mantenida en su dictamen 69/1997, de 4 de noviembre, en el que, en relación a la disposición adicional del Anteproyecto de Ley de creación de la Empresa pública "Gestión de Infraestructuras de Castilla-La Mancha", de contenido similar a la norma que se analizaba, se expresó lo siguiente:

"La genérica remisión que en tal precepto se contiene [...] dificulta la comprensión del alcance de la regulación que se pretende y, en concreto, impide determinar si con tal previsión, se establece una nueva causa que permita el pase a la situación de servicios especiales, distinta a las previstas en el artículo 29.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, o si, simplemente, se trata de confirmar la aplicación al supuesto concreto de alguna de las causas allí previstas".

Así, aunque el artículo 10 del Anteproyecto que se examinaba hablaba exclusivamente de *"los funcionarios que pasen a prestar sus servicios en puestos directivos"*, *"podría cuestionarse si se trata también de una nueva causa o simplemente de la aplicación de la prevista en el artículo 29.2.j) de la Ley 30/1984, por cuanto de la redacción de la Disposición Adicional en su conjunto no se desprende lo que haya de entenderse por "puestos directivos"*.

Y, en efecto, surgen problemas de interpretación de la disposición, porque para la aplicación del artículo 29.2.j) de la Ley 30/1984 los puestos en cuestión tendrían que ser calificados como de carácter político, para lo cual, según desarrolla el artículo 5 del Reglamento de Situaciones Administrativas, aprobado por Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, debiera tratarse de cargos de confianza que no impliquen una relación profesional de carácter permanente y que conlleven responsabilidades directivas o asesoramiento a nivel político. Pues bien, por los términos en que aparecen definidos los puestos directivos en el

anteproyecto, particularmente por su calificación de libre nombramiento y libre cese, parece que, en efecto, se está pensando en puestos de aquel tipo cuyo nombramiento y cese corresponda al órgano de la Junta de Comunidades que ejerza el control de la entidad, por cuanto si para la prestación de estas funciones directivas mediara un contrato de alta dirección, de los previstos en el Real Decreto 1.382/1985, de 1 de agosto, no sería correcta la expresión "libremente separados", ya que la extinción de este tipo de contratos, aun no precisando de causa justificativa, debe ajustarse a las previsiones formales que disponen los artículos 10, 11 y 12 del citado Real Decreto. Sin embargo, contrariamente a tal interpretación, el primer párrafo de la disposición establece que el personal que preste sus servicios en la nueva entidad, sin excepción de ningún tipo, quedará vinculado a la misma por una relación de carácter laboral, relación que parece incompatible con la exigencia de que el cargo de confianza no implique una relación profesional de carácter permanente como exige el referido artículo 5 del Reglamento de Situaciones Administrativas.

En definitiva, la imprecisión de la Disposición Adicional del anteproyecto permite deducir que está contemplando un nuevo supuesto que permita el pase a la situación administrativa de servicios especiales distinto a los recogidos en el artículo 29.2 de la Ley 30/1984, y de ser así, contravendría el orden constitucional de reparto de competencias en materia de régimen estatutario de los funcionarios, por cuanto el referido artículo tiene, según el artículo 1.3 de la Ley 30/1984, el carácter de bases de ese régimen estatutario, competencia que tiene atribuida el Estado, conforme dispone el artículo 149.1.18ª de la Constitución. Y a esta conclusión no cabría oponer, además, el hecho de que, en desarrollo del artículo 29.2 citado, el artículo 4.n) del Reglamento de Situaciones Administrativas, añadiese a los supuestos de la Ley, los que pudiera establecer una norma del mismo rango, por cuanto siendo básica la regulación de esta materia, esa Ley a la que se refiere el Reglamento debe ser entendida como Ley del Estado.

Pero es más, aun cuando se aclarase la redacción del precepto limitando su alcance a los puestos de carácter político y por ello no fuera otra cosa que reproducción de la norma básica, aplicándola al caso concreto, la previsión del anteproyecto además de innecesaria, respondería, como afirma el Tribunal Constitucional, a una "peligrosa técnica legislativa" (entre otras Sentencias del Tribunal Constitucional 10/1982, de 23 de marzo, 387/1982, de 22 de junio, 62/1991, de 22 de marzo y 162/1996, de 17 de octubre) que puede llegar a generar inseguridad jurídica en los supuestos en que se produzca una modificación en la normativa básica, sin la consiguiente adecuación de la legislación autonómica.

En consecuencia, estima este Consejo que debiera ser objeto de una nueva redacción la disposición adicional del anteproyecto, redacción en la que se expongan con claridad las directrices que debe observar, en materia de personal, el órgano encargado de la constitución de la sociedad y se adecuen al orden constitucional expuesto las previsiones que al efecto se contengan sobre los funcionarios públicos". Criterio que se estimó de aplicación también al artículo 10.5 del Anteproyecto que se analizaba.

Las propuestas de supresión y modificación del articulado propuestas por el Consejo Consultivo en el sentido indicado fueron objeto de atención por parte del Consejo de Gobierno al aprobar el Anteproyecto y también por parte de las Cortes Regionales al aprobar la Ley 1/2006, de 23 de marzo, de creación de la Empresa Pública "Gestión Ambiental de Castilla-la Mancha, S.A."

- Dictamen número 149/2006, de 28 de septiembre, solicitado por la Consejera de Economía y Hacienda, sobre el anteproyecto de Ley de Ordenación de la Ruta de Don Quijote.

En la Exposición de Motivos de la norma sometida a la consideración del Consejo Consultivo se justificaba la exigencia de una norma con rango legal que regulase el uso de la denominada "Ruta de Don Quijote" y que permitiera protegerla, en primer lugar, atendiendo a la titularidad de los bienes integrados en la misma, ante la necesidad de definir las áreas de afección e influencia necesarias para dotar de protección a la Ruta; y en segundo lugar, mediante un cuadro de infracciones y sanciones. Asimismo, se contemplaba la necesidad de habilitar la existencia de un Plan de la Ruta que determinase su ordenación y usos.

El dictamen emitido sobre el citado anteproyecto consideró, con carácter general, que era conforme con el ordenamiento jurídico, si bien se expusieron ciertas observaciones y reparos que derivaban del análisis del articulado, en su mayoría de carácter conceptual, y cuya observancia podría contribuir a una mejor interpretación de la norma y a dotarla de mayor seguridad jurídica en su posterior aplicación. De entre las citadas observaciones, el Consejo consideró de carácter esencial las siguientes:

- La redacción del artículo 20, apartado 2 del anteproyecto, cuando señalaba que *"los plazos de prescripción de las infracciones se empiezan a contar desde el día siguiente al momento en que se cometió el hecho"*, consideraba el dictamen que *"contraviene lo prevenido con carácter básico en el artículo 132.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las*

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a tenor del cual el cómputo del citado plazo comienza "desde el día en que la infracción se hubiera cometido".

- Por su parte, el artículo 21 establecía la aplicación supletoria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y el Consejo entendió que dicha Ley, *"al ser básica (artículo 1), es de aplicación directa, si bien permite su desarrollo por la legislación de las Comunidades Autónomas sin contradecirla"*. Así, consideró no acorde con el ordenamiento jurídico la calificación que el citado artículo hacía de una Ley estatal básica como meramente supletoria.

Tanto el proyecto que el Gobierno Regional remitió a las Cortes Regionales para su aprobación, como la Ley 7/2006, de 20 de diciembre de 2006, de Ordenación de la Ruta de Don Quijote que finalmente fue aprobada, tuvieron en cuenta los mencionados reparos de carácter esencial.

- Dictamen número 150/2006, de 28 de septiembre, solicitado por la Consejera de Economía y Hacienda, sobre el anteproyecto de Ley de Modificación de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha en materia de subvenciones.

La finalidad principal del anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha (Decreto-Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre) era la de adecuar su regulación a la normativa básica estatal, contenida en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y coordinarla con el régimen jurídico general de las subvenciones otorgadas por las Administraciones Públicas.

El dictamen emitido por el Consejo Consultivo efectuó dos observaciones de carácter esencial al texto sometido a su consideración, ya que se apreció en el precepto objeto de las mismas contraposición con las determinaciones básicas en materia de subvenciones contenidas en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, o en su reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio.

1.- El primero de estos reparos se introdujo en relación al artículo 74. 2 del anteproyecto, según el cual: *"Los requisitos para obtener la condición de beneficiario de subvenciones o entidades colaboradoras así como las obligaciones de la persona o entidades que la obtengan serán los establecidos en la norma-*

tiva básica estatal. [] Entre las circunstancias que deberán acreditar los beneficiarios de las subvenciones, o entidades colaboradoras [...] estarán [...] la de no tener deudas en periodo ejecutivo de pago con la Administración regional, en la forma que se determine reglamentariamente".

El dictamen del Consejo expuso lo siguiente: *"El artículo 13 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, investido de carácter básico por su disposición final primera, fija en su apartado 2 una lista cerrada de requisitos -compuesta de ocho epígrafes- que se declaran necesarios para acceder a la condición de beneficiario o entidad colaboradora en materia de subvenciones. Dicha relación se halla precedida de la siguiente formulación: "2. No podrán obtener la condición de beneficiario o entidad colaboradora de las subvenciones reguladas en esta Ley las personas o entidades en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes, salvo que por la naturaleza de la subvención se exceptúe por su normativa reguladora: []".*

Primeramente, el texto proyectado incurre en una aparente discordancia, toda vez que en el párrafo inicial de dicho artículo 74. 2 se efectúa una remisión a los requisitos señalados por la normativa básica estatal -los definidos en el citado artículo 13. 2-, mientras que cuando posteriormente se aborda su acreditación se emplea una caracterización de las deudas impeditivas del acceso a las subvenciones, las que se hallen "en periodo ejecutivo de pago", que no resulta enteramente coincidente con los propios requisitos previamente identificados: los establecidos en la normativa básica estatal.

En el aludido listado del artículo 13. 2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, las obligaciones de estar al corriente de pago con la Administración contempladas en el mismo se circunscriben a las de tres clases: deudas tributarias, deudas en materia de seguridad social y obligaciones dinerarias derivadas del reintegro de subvenciones, quedando supeditado el alcance de todas ellas a lo que se determine reglamentariamente.

Por su parte, los artículos 18 y 19 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley General de Subvenciones -ambos de carácter básico- realizan el desarrollo reglamentario previsto en este ámbito, especificando los criterios de cumplimiento de los requisitos establecidos en materia tributaria y de seguridad social. Así, el apartado 1 del referido artículo 18 se encarga de precisar qué se considera estar al corriente de obligaciones tributarias a los efectos de la Ley, indicando en su apartado f), en relación con las subvenciones autonómicas o locales, que "cuando el órgano concedente de

la subvención dependa de una Comunidad Autónoma o de una Entidad Local", será preciso que los beneficiarios y entidades colaboradoras "no tengan deudas o sanciones de naturaleza tributaria con la respectiva Administración Autonómica o local, en las condiciones fijadas por la correspondiente Administración".

Lo expuesto previamente evidencia que el requisito de acreditación de inexistencia de deudas plasmado en el precepto analizado adopta una configuración tan genérica y amplia, no circunscrita a los tres ámbitos previamente señalados -tributario, de seguridad social y de reintegro de subvenciones- que constituye una extralimitación a lo establecido en el artículo 13. 2 de la Ley General de Subvenciones, en el que se enuncia una lista de requisitos con carácter tasado, y sobre cuyo alcance el inciso final contempla la posibilidad de introducir excepciones en función de la naturaleza de la subvención, pero no su ampliación.

Por todo ello, cabe concluir que la fórmula recogida en el texto proyectado permite incluir deudas de muy diversa índole, con el único condicionante de que por su naturaleza sean susceptibles de recaudación en vía ejecutiva, tales como sanciones no tributarias, débitos ejecutados mediante apremio sobre el patrimonio por ejecuciones subsidiarias, multas coercitivas o reintegros de pagos indebidos, entre otras, lo que no resulta compatible con el carácter tasado y restrictivo de la tipología de las deudas inhabilitantes definidas en la regulación básica estatal."

2.- La segunda observación de carácter esencial se refirió al último párrafo de ese mismo artículo 74. 2, que establecía, en relación con las exigencias de acreditación documental anteriormente tratadas que: *"A efectos de lo previsto en el apartado 3 de la disposición adicional decimotava de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre [...], la presentación de la solicitud por parte del beneficiario conllevará la autorización al órgano gestor para recabar los certificados acreditativos a emitir por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, la Tesorería General de la Seguridad Social y la Administración Regional", preceptuando la mencionada disposición adicional 18ª en el apartado aludido: "La aportación de certificaciones tributarias o de Seguridad Social junto con las solicitudes y comunicaciones a que se refieren los apartados anteriores se sustituirá, siempre que se cuente con el consentimiento expreso de los interesados, por la cesión de los correspondientes datos al órgano gestor por parte de las Entidades competentes."*

Respecto a esta regulación, el Consejo estimó que: *La referencia a lo previsto en la citada disposición adicional 18ª contenida en la norma proyectada se conecta a su vez con la previsión incorporada en el artículo 14. 1. e) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, también de carácter básico, que incluye entre las obligaciones del beneficiario: "acreditar [...] el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social en la forma que se determine reglamentariamente, y sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional 18ª de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre [...]"*.

Se desprende de lo anterior que, aun cuando la referida disposición adicional 18ª parece no haber sido concebida como norma con proyección básica, en tanto que lleva por título "presentación telemática de solicitudes y comunicaciones dirigidas a la Administración General del Estado y sus organismos públicos", la remisión que a la misma se efectúa en la legislación básica contenida en la Ley General de Subvenciones, parece atribuir a ésta dicho carácter dentro del ámbito específico de la acreditación documental analizada. En esta tesitura, la autorización general e implícita para recabar los mencionados datos que propugna el precepto cuestionado, posibilitando que en cualquier convocatoria de subvenciones efectuada por la Administración Regional o sus organismos y entidades dependientes se obtenga la información referida sin manifestación de voluntad alguna por parte del interesado no parece compatible con la normativa estatal básica reguladora de la materia, que exige, a través de la disposición adicional de referencia, y en sintonía con los principios inspiradores de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal, contar con el consentimiento expreso del administrado.

En igual sentido refuerza la mencionada exigencia, si bien dentro de la esfera estrictamente tributaria, lo establecido en el artículo 95. 1. k) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, respecto de la cesión de datos fiscales, en el que se proclama el carácter reservado de los datos con trascendencia tributaria y la prohibición de su cesión, salvo que ésta tenga por objeto: "la colaboración con las Administraciones Públicas para el desarrollo de sus funciones, previa autorización de los obligados tributarios [...]".

Por todo lo anterior, ante las incertidumbres que plantea una interpretación conjunta de las citadas normas y su compatibilidad con el precepto proyectado, estima conveniente este Consejo introducir en el mismo una referencia al consentimiento expreso del beneficiario, en el entendimiento de que, salvando las dificultades advertidas, su obtención no se vislumbra realmente complicada si

el otorgamiento del mismo se recoge en el modelo de solicitud incluido en las bases de las convocatorias. Igualmente soslayaría la problemática apuntada seguir la misma técnica adoptada por reciente Real Decreto 887/2006, de desarrollo de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, en cuyo artículo 22. 4, también revestido de carácter básico, se dispone al efecto: "Cuando las bases reguladoras así lo prevean, la presentación de la solicitud de subvención conllevará la autorización del solicitante para que el órgano concedente obtenga de forma directa la acreditación de las circunstancias previstas en los artículos 18 y 19 de este Real Decreto a través de certificados telemáticos, en cuyo caso el solicitante no deberá aportar la correspondiente certificación. [] No obstante, el solicitante podrá denegar expresamente el consentimiento, debiendo aportar entonces la certificación en los términos previstos en los apartados anteriores."

A la vista del dictamen emitido por el Consejo Consultivo sobre este Anteproyecto de Ley, el Consejo de Gobierno, atendiendo a las observaciones anteriormente descritas, modificó el Anteproyecto que iba a ser propuesto a las Cortes Regionales para su aprobación.

- Dictamen número 167/2006, de 4 de octubre, solicitado por la Consejera de Administraciones Públicas, sobre el anteproyecto de Ley que establece el régimen jurídico aplicable a la resolución administrativa.

El anteproyecto de Ley objeto de este dictamen, dentro del marco normativo establecido por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, fundamentalmente fijaba la duración máxima y los efectos desestimatorios del silencio en determinados procedimientos administrativos.

El Consejo Consultivo tan sólo realizó una observación de carácter esencial respecto a la Disposición Adicional del Anteproyecto, que bajo la rúbrica de "Habilitaciones normativas" disponía, en su inciso primero, que: *"Se autoriza a las personas titulares de la Consejerías de la Administración regional para acordar la reducción de la duración máxima de los procedimientos contenidos en la presente ley de cuya tramitación sean responsables". Según el dictamen que fue emitido, "dicha autorización contraviene lo dispuesto en el artículo 42.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en la redacción dada por la Ley 4/1999 de 13 de enero, que exige rango de Ley para establecer un plazo de duración superior a los seis meses fijados en el precepto. En consecuencia, si se procediera a esa reducción del plazo y éste quedara, no obstante, por encima de los seis meses que fija la Ley básica como máximo, la reducción precisaría rango de Ley".*

Atendiendo a la recomendación efectuada por el Consejo, la Ley 8/2006, de 20 de diciembre, que establece el Régimen Jurídico aplicable a la resolución administrativa en determinadas materias, fue aprobada eliminando la citada Disposición Adicional.

- Dictamen número 203/2006, de 8 de noviembre, solicitado por la Consejería de Industria y Tecnología, sobre el anteproyecto de Ley de Fomento de las Energías Renovables e Incentivación del Ahorro y Eficacia Energética en Castilla-La Mancha.

Los objetivos de la norma proyectada eran los de fomentar el uso de energías que utilicen recursos renovables mediante tecnologías menos contaminantes, la creación de una cultura energética a efectos de concienciar a la sociedad castellano-manchega del uso eficiente y racional de las energías tanto tradicionales como renovables; y contribuir al cumplimiento de los compromisos internacionales que España había contraído para una preservación de la calidad atmosférica. Asimismo, la norma creaba un Observatorio Regional para análisis del grado de penetración de las energías renovables.

Con carácter general, el Consejo Consultivo afirmó que el anteproyecto de Ley sometido a su consideración se mostraba conforme con el ordenamiento jurídico, realizando ciertas observaciones y reparos a su articulado, en su mayoría de carácter conceptual y de técnica normativa. Sólo se efectuó una observación con carácter esencial, referida al artículo 29, apartado 4 d) del texto normativo propuesto.

Dicho apartado consideraba infracciones leves las referidas a incumplimientos de *"preceptos de obligada observancia comprendidos en la presente Ley que no constituyan infracción grave o muy grave, conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores"*.

Respecto a tal regulación, el Consejo Consultivo estimó lo siguiente:

"La redacción otorgada a dicho apartado ha de estimarse contraria al principio de tipicidad en materia sancionadora e íntimamente conectado con el de seguridad jurídica, por las razones que seguidamente se exponen.

Así, y como ya pusiera de manifiesto este Consejo en dictámenes anteriores tales como los números 8/2003, de 11 de febrero y 163/2004, de 22 de diciembre, "ha de advertirse que de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional el

principio de tipicidad en materia sancionadora constituye una importante especificación con respecto a las figuras de la "infracción" y la "sanción", del principio de legalidad y postula con carácter de exigencia absoluta, la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, "de manera que la norma punitiva aplicable permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa" (Sentencias del Tribunal Constitucional 116/1993 y 120/1996, de 8 de julio, entre otras). Tal exigencia de tipicidad proviene del principio de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, que ha de entenderse, como ha señalado igualmente el Alto Tribunal "como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, <<procurando la claridad y no la confusión normativa>> (STC 46/1990, de 15 de marzo) y como <<la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho>> (STC 36/1991, de 14 de febrero)" (Sentencia 96/2002, de 25 de abril)."

Las exigencias que, según la doctrina del Tribunal Constitucional que se acaba de exponer, derivan del principio de tipicidad, no se satisfacen plenamente en la regulación del precepto objeto de estudio, dado que la consideración, como infracciones leves de los "preceptos de obligada observancia"; preceptos que, conforme ya ha sido insistentemente advertido, imponen obligaciones en exceso genéricas, carentes de la debida concreción tanto en lo referido a los sujetos como al objeto de las mismas, lo que redundaba en un alto grado de imprecisión que, en palabras del propio Tribunal Constitucional, "permitiría al Órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio y no con el prudente y razonable que permitiría una debida especificación normativa" (Sentencia 61/1990, de 29 de marzo)."

La Ley 1/2007, de 15 de febrero, de Fomento de las Energías Renovables e Incentivación del Ahorro y Eficiencia Energética de Castilla-La Mancha, aprobada por las Cortes Regionales, eliminó el citado apartado de la redacción definitiva del artículo 29.

- Dictamen número 214/2006, de 29 de noviembre, solicitado por la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Rural, sobre el anteproyecto de Ley de Evaluación Ambiental en Castilla-La Mancha.

El principal objetivo de la norma era la adecuación de la regulación existente a los cambios operados por diversas Directivas comunitarias adoptadas en materia de evaluación de impacto ambiental y por las recientes Leyes estatales

9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación ambiental de planes y programas, y 27/2006, de 18 de julio, sobre los derechos de acceso a la información y participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente, todo ello con arreglo a la experiencia reportada por la aplicación de la normativa castellano-manchega aprobada en años anteriores.

Examinado el texto proyectado, el Consejo Consultivo efectuó cuatro observaciones a las que se confirió carácter esencial, dada su contraposición con las determinaciones básicas sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, contenidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre en un caso, o con la legislación básica sobre la que incide la regulación contenida en el anteproyecto.

En primer lugar, el dictamen se refirió a la delimitación que del ámbito de aplicación se realizaba en el artículo 2 del anteproyecto, estableciendo en primer lugar el criterio del Consejo a este respecto: *"para definir el ámbito de aplicación de la Ley sería aconsejable acotar la definición de manera que se precise que se aplicará a proyectos, planes y programas, cuya aprobación o autorización corresponde realizar a las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma de Castilla-la Mancha, incluidas las que integran la Administración Local, que se correspondan con los proyectos y actividades incluidos en los Anexos I y II de la Ley y con independencia de que sus promotores sean particulares o cualquier Administración Pública.*

La finalidad de esta definición que propone el Consejo es precisar que todos los proyectos, planes y programas que sean elaborados y aprobados, por las Administraciones Públicas de la Comunidad de Castilla-La Mancha entran dentro de la aplicación de la Ley autonómica de evaluación ambiental; de este modo las eventuales excepciones -si así se estimaran precisas- podrían establecerse de modo claro desde esta perspectiva".

Conforme a dicho criterio, el Consejo examinó el primer párrafo del precepto y cada uno de los supuestos de excepción establecidos, considerando en general que el texto indicado no delimitaba bien el ámbito de aplicación de la ley, y los cuatro supuestos de excepción previstos se consideraron en algunos casos innecesarios o imprecisos.

Asimismo, se estimó preciso recordar la doctrina del órgano consultivo sobre la consideración que merece la reproducción de legislación básica en los textos

normativos aprobados en la Comunidad Autónoma, citando al efecto lo señalado en el dictamen 1/1999, de 12 de enero, relativo al anteproyecto de Ley de Conservación de la Naturaleza y Evaluación del Impacto Ambiental, que acudía reiteradamente a la reproducción de legislación básica estatal: *"En su dictamen número 31/1997, de 13 de mayo, este Consejo afirmaba a propósito de esta cuestión que "...el Tribunal Constitucional, se ha manifestado en reiteradas ocasiones (...) contrario a dicha técnica legislativa, a la que califica de peligrosa por estar abierta a potenciales inconstitucionalidades que se producirían cuando el precepto básico reproducido pierde su vigencia o es modificado, manteniéndose la norma autonómica que lo reproducía (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 1627/1996)". Sin hacer cuestión de esta doctrina, el Consejo estima en el caso de aquel dictamen que dadas las particularidades de la normativa básica en la materia objeto del mismo (Cajas de Ahorro) podía estar justificada esa técnica en beneficio de la comprensión de la norma autonómica; lo cual no impidió al Consejo advertir que "seguida esa opción, la reproducción ha de ser rigurosa con el contenido de la norma estatal y que si bien no cabe exigir, a este respecto, una transcripción literal de ésta, sí es preciso que la norma autonómica incluya todos los aspectos que, sobre la materia, hayan sido declarados básicos; de otra forma si la reproducción es parcial, podría interpretarse que los aspectos de la regulación estatal no recogidos se exceptúan de su aplicación a la Comunidad Autónoma, incurriendo así en un evidente vicio de inconstitucionalidad"*.

En segundo lugar, fue objeto de análisis especial el artículo 13 del anteproyecto, que se ocupaba de los *"plazos para resolver la declaración de impacto ambiental"*, estableciendo en su apartado 2 que *"los citados plazos se interrumpirán si fuera necesario solicitar al promotor otros datos o estudios complementarios, así como informes a otros organismos o instituciones sobre aspectos concretos que, en atención a las circunstancias concurrentes, resulten determinantes para la resolución o impidan la continuación de la evaluación"*, y precisando su inciso final que *"dicha interrupción se prolongará desde la fecha del requerimientos hasta el efectivo cumplimiento de éste, que será como máximo de tres meses"*.

El Consejo observó que el precepto analizado contemplaba en realidad dos casos diferenciados de suspensión del plazo procedimental que eran equiparables a otros dos supuestos previstos en la regulación de dichas incidencias establecida en el artículo 42. 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en el que se dispone: *"El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento*

y notificar la resolución podrá suspenderse en los siguientes casos: [] a) Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o en su defecto, el transcurso del plazo concedido [...]. [] c) Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses".

Así, siendo notorio el paralelismo existente entre los supuestos de suspensión procedimental previstos en el artículo 13. 2 examinado y los dos casos antedichos definidos en la legislación básica estatal, el Consejo advirtió que "*... el inciso final del apartado analizado, pretendiendo establecer una regulación común a ambos, no ofrece una respuesta acorde con la normativa estatal antedicha y que sea válida para los dos supuestos examinados, dado que, en relación con el primero de ellos, concerniente al requerimiento de datos o estudios complementarios al promotor, y subsumible dentro del caso previsto en el artículo 42. 5 a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el periodo de suspensión procedimental no viene condicionado en su hito inicial por la fecha de formulación del requerimiento, sino por la de la notificación del mismo a su destinatario. [] Por consiguiente, se estima necesario dar una nueva redacción al citado precepto, que atienda diferenciadamente cada uno de los dos supuestos contemplados, con sus respectivas particularidades, o bien retornar a la redacción inicial dada a dicho apartado, que se limitaba contemplar las dos hipótesis de interrupción procesal apuntadas, en el entendimiento de que las precisiones sobre el modo en que deban operar tales supuestos de suspensión del plazo de emisión de la declaración de impacto ambiental ya se encuentran determinadas en las normas básicas de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, previamente reseñadas".*

En tercer lugar, respecto a la Disposición Final primera, apartado c) del Anteproyecto, que habilitaba al Consejo de Gobierno para ampliar los supuestos de proyectos, planes, y programas que deban ser objeto de evaluación ambiental, el dictamen observó que "*...no parece tratarse de la necesaria y habitual forma de colaboración entre la Ley y el reglamento, sino de una regulación "ex novo", en virtud de la cual se podría llegar a imponer, indirectamente, mediante norma reglamentaria, obligaciones de Evaluación de Impacto Ambiental, a*

proyectos que desarrollasen tales planes y programas para los que la Ley no ha previsto dichos trámites y también podría llegar a someter a dicha Evaluación a determinados planes o programas inicialmente excluidos, aun cuando fueran promovidos por particulares, imponiendo cargas no previstas o predeterminadas en la Ley. [...] La flexibilidad y amplitud con la que, de acuerdo con la doctrina que emana de la sentencia de Tribunal Constitucional 90/2000, pueden las Comunidades Autónomas mejorar los mínimos de protección, dada la tardía transposición por el Estado del derecho europeo en algunos casos, justificaría una doctrina jurisprudencial igualmente flexible con el rango de los instrumentos normativos a través de los cuales se ha hecho posible en el ámbito de las Comunidades Autónomas el cumplimiento de las crecientes exigencias medioambientales establecidas por las Directivas europeas. Y si bien esta posibilidad de ampliación podría ejercerse mediante una expresa habilitación de la Ley al reglamento, como la que se contiene en la disposición final analizada, sería conveniente que la habilitación al Consejo de Gobierno para llevar a cabo un desarrollo reglamentario que supusiera una ampliación o incremento de las actuales exigencias medioambientales, plasmada en el texto que se dictamina, no suponga la introducción "ex novo" de evaluaciones ambientales en actividades no reconducibles a alguna de las expresamente contempladas en la norma legal a través de sus actuales Anexos, con el fin de reservar a la Ley tales ampliaciones. En consecuencia, la habilitación de la disposición final al desarrollo reglamentario debería serlo para realizar las adaptaciones precisas de las previsiones de la Ley a las exigencias de la evaluación ambiental en proyectos, planes o programas que la misma contempla".

Por último, en cuanto a los Anexos I y II de la norma examinada, el Consejo consideró que, a la vista de la concurrencia de competencias estatales y autonómicas en materia de protección del medio ambiente, y del condicionamiento de ambas por el alcance de la regulación comunitaria aprobada en la materia, resultaba evidente que el contenido de los mismos -referentes a las actividades que necesariamente han de ser sometidas a EIA (Anexo I) y las que lo serán o no (Anexo II) en función de la decisión previa que tome el órgano ambiental aplicando los criterios de Anexo III-, no podía suponer una merma del nivel de protección derivado de lo establecido en los equivalentes Anexos I y II aprobados por la Unión Europea en las Directivas aplicables, y por el Estado en el Real Decreto-Legislativo 1302/1986, de 28 de junio. Así una vez cotejado el contenido de los citados Anexos I y II de referencia, se puso de manifiesto, en relación con algunos de los supuestos contemplados por la legislación básica estatal, que el texto proyectado introducía alteraciones que en lugar de comportar un com-

plemento a las medidas básicas de protección establecidas por el Estado suponían la eliminación o el relajamiento del nivel de control ambiental impuesto para ciertos tipos de proyectos.

El texto definitivo del Proyecto de Ley, que fue elevado a Cortes, se adaptó a las consideraciones de carácter esencial referidas al artículo 13.2 y a los Anexos I y II del anteproyecto, y en parte a las relativas al artículo 2, no siendo atendida la observación referida a la Disposición Final primera c).

- Dictamen número 223/2006, de 13 de diciembre, solicitado por el Vicepresidente Primero del Consejo de Gobierno, sobre anteproyecto de Ley del Instituto de la Juventud de Castilla-La Mancha.

El Instituto de la Juventud de Castilla-La Mancha se pretendía crear como un instrumento idóneo para conseguir llevar a cabo los objetivos que afectasen a la población juvenil, aportando la suficiente coordinación interdepartamental, y asegurando y reforzando la transversalidad de las medidas que fueran adoptadas al efecto. Asimismo, se estimaba necesario modificar el modelo de estructura administrativa para adaptarlo a la realidad actual y otorgar un mayor peso específico a la política de juventud en el conjunto de la acción del Gobierno, a cuya finalidad respondía la creación de este Organismo Autónomo, que, con la nueva Ley, vendría a sustituir en sus funciones a la Dirección General de Juventud.

El artículo 9 del anteproyecto, sobre organización del Instituto, decía que el Director del mismo designará en cada provincia un coordinador que ejercerá en su ámbito territorial la representación del mismo, *"así como las funciones y competencias atribuidas por éste"*. El Consejo Consultivo entendió que *"mediante este artículo se está asignando a la persona titular de la Dirección del Instituto de la Juventud la facultad para que pueda efectuar una redistribución de las competencias que le asigna la Ley entre los coordinadores provinciales, olvidándose de que, según se dispone en el artículo 12.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, "La competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en ésta u otras leyes"*. Por lo tanto, si se desea, como es lógico, que los coordinadores provinciales tengan atribuidas concretas funciones, ello debe realizarse mediante una norma reglamentaria de desconcentración de las mismas, en los términos y con los requisitos que se fijen en la Ley cuyo anteproyecto es objeto del presente dictamen, si se refieren a funciones que

en el artículo 8.2 se asignan a la persona titular de la Dirección del Consejo (artículo 12.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), o en una norma reglamentaria de desarrollo de dicha Ley, si se refieren a otras funciones. Ahora bien, si lo que se está queriendo decir es que los coordinadores ejercerán las funciones, que no la competencia, que les delegue la persona titular de la Dirección, debe especificarse así, aunque no sea necesario, toda vez que según se prevé en el artículo 13.1 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, "Los órganos de las diferentes Administraciones Públicas podrán delegar el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en otros órganos de la misma Administración".

A esta observación se le atribuyó carácter esencial, y el inciso cuestionado se eliminó del texto definitivo del artículo 9 de la Ley 2/1997, de 8 de marzo, del Instituto de la Juventud de Castilla-La Mancha.

- Dictamen número 224/2006, de 13 de diciembre, solicitado por el Consejero de Educación y Ciencia, sobre anteproyecto de Ley del Instituto de Participación Social en la Educación en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

El Anteproyecto sometido a dictamen del Consejo Consultivo expresaba el deber de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha de garantizar el derecho a la educación mediante una programación general de la enseñanza que asegurara la participación efectiva de todos los sectores afectados, regulaba los objetivos y el contenido de la programación general de la enseñanza y enumeraba los órganos de gobierno, de participación y de consulta en la programación general de la enseñanza.

Asimismo, definía el Consejo Escolar de Castilla-La Mancha y establecía su composición, regulaba su Presidencia, Vicepresidencia y los Consejeros y Consejeras, la duración de su mandato, la Secretaría General del Consejo Escolar de Castilla-La Mancha, las funciones del mismo, los contenidos de consulta, las Memorias e Informes, y su régimen de funcionamiento.

También se definían y se establecía la composición de los denominados "*Consejos Escolares de Localidad*" y "*Consejos Escolares de Centro*", enumerando sus funciones.

Por último, se concretaba la participación de la comunidad educativa en la Educación y se regulaban las Asociaciones de Madres y Padres de alumnos y alumnas, y las Asociaciones de alumnos y alumnas.

El dictamen realizó una valoración positiva sobre la ampliación que la norma producía respecto de los espacios de participación existentes en la educación así como la definición de los nuevos cauces para su ejercicio al generalizar la constitución de los Consejos Escolares de localidad, y por lo que respecta a los diversos Consejos Escolares que son objeto de regulación (regional, de localidad, y de centro) se echó en falta que en este Consejo no se contemplara la paridad en su composición, o que ambos sexos estuvieran representados de forma equilibrada, exigencia ésta prevista por el proyecto de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que se encontraba en tramitación en el Congreso de los Diputados. En esta misma línea, se valoró de forma positiva el esfuerzo realizado por el legislador a la hora de utilizar un lenguaje no sexista, cuya implantación también venía exigida en el ámbito administrativo por el citado proyecto de Ley Orgánica, si bien no por ello pudo dejar de advertirse que su utilización no era homogénea a lo largo de todo el articulado y que, en algunos casos, que fueron objeto de un examen más detallado, se creaban ciertas disfunciones terminológicas que dificultan la interpretación y posterior aplicación de la norma.

El Consejo tan sólo efectuó una observación de carácter esencial respecto al artículo 4 del anteproyecto. Este precepto relacionaba los "*órganos de gobierno, de participación y de consulta*" en la programación general de la enseñanza no universitaria, citando a estos efectos, como órganos de participación y consulta, al Consejo Escolar de Castilla-La Mancha y los Consejos Escolares de Localidad, a las asociaciones de madres y padres, del alumnado y las organizaciones que representan al profesorado, así como a los Consejos Escolares de Centro docente, que a su vez los consideraba como órganos colegiados de gobierno. El examen comparativo entre la citada regulación y la contemplada en el artículo 119 de la LOE, realizado por el órgano consultivo, evidenciaba que en el artículo objeto de estudio se había suprimido cualquier referencia al Claustro de Profesores que, en virtud de lo prevenido en el citado artículo 119, apartado 6 -precepto que ostenta el carácter de orgánico-, se configuraba como un órgano colegiado de gobierno del que, junto con el Consejo Escolar, obligatoriamente deben disponer todos los centros públicos y privados concertados.

En la medida en que el artículo objeto de estudio regulaba no sólo los órganos de participación y consulta, sino también los de gobierno, el silencio de la norma autonómica respecto al Claustro de profesores como órgano de gobierno de los centros, se revelaba contrario a lo dispuesto por el legislador con carácter de ley orgánica, por lo que el Consejo confirió a dicha contradicción el carácter de esencial.

El Proyecto de Ley finalmente remitido a Cortes para su aprobación tuvo en cuenta la mencionada observación esencial, acomodando su texto a lo establecido en la LOE.

2. Dictámenes sobre recursos de inconstitucionalidad

- Dictamen número 87/2006, de 7 de junio, solicitado por el Consejero de Obras Públicas, sobre recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 20 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

El artículo 20 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de modificación de la Ley Orgánica 5/1982, reguladora del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, en consonancia con su Preámbulo, da nueva redacción a su artículo 17 estableciendo que: *"se garantiza el derecho de los valencianos y valencianas a disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad. Igualmente, se reconoce el derecho de redistribución de los sobrantes de agua de cuencas excedentarias atendiendo a criterios de sostenibilidad de acuerdo con la Constitución y la legislación estatal"*.

Planteada la posibilidad de interponer recurso de inconstitucionalidad frente a este precepto por parte del Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sobre la base de determinadas argumentaciones jurídicas plasmadas en un informe, el dictamen del Consejo Consultivo consideró que podía estimarse inconstitucional el precepto citado, por vulneración de lo dispuesto en los artículos 138. 2, 139 .1, 147 y 149. 1. 22ª de la Constitución, pudiendo fundarse con base en ello el correspondiente recurso de inconstitucionalidad.

Así, el órgano consultivo entendió que el citado precepto tenía un claro carácter normativo, visiblemente perjudicial para los intereses de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, con nítida potencialidad como germen de futuras discordias interterritoriales, y también afectado de posibles vicios de inconstitucionalidad por las razones expuestas en la consideración V de su dictamen:

"1ª.- Proclamado como tal derecho, sin una referencia limitativa a las cuencas internas valencianas, sobre las que la Comunidad Valenciana ostenta facultades de decisión, su eventual operatividad -por aplicación del principio her-

menéutico "ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus"- tiene una inequívoca proyección sobre los recursos hídricos de las cuencas intercomunitarias, cuya gestión es de titularidad estatal, ex artículo 149.1.22ª de la Constitución, manifestándose como una pretensión de disposición o condicionamiento de tales recursos ajena a la esfera competencial de la Comunidad Valenciana, e intrínsecamente ligada al ejercicio de competencias estatales. Por tanto, el precepto analizado, por suponer una ingerencia en ese ámbito competencial estatal, podría ser contrario al orden constitucional de distribución de competencias derivado de las normas integrantes del bloque de constitucionalidad, incluyendo dentro de éstas las disposiciones atributivas de competencias del propio Estatuto de la Comunidad Valenciana recientemente aprobado.

Esta asignación competencial exclusiva en favor del Estado sobre las cuencas fluviales que exceden del ámbito geográfico de una sola Comunidad Autónoma parece además la única coherente para hacer efectivos los principios de solidaridad colectiva en el uso racional de los recursos naturales, formulado en el artículo 45 de la Constitución, y en conexión con el mismo, el de solidaridad interterritorial para alcanzar el equilibrio económico entre las diversas partes del Estado, enunciado en el artículo 138. 1 del texto constitucional.

2ª.- En la peor de las interpretaciones posibles para los intereses de Castilla-La Mancha puede llegar a entenderse que el precepto proclama un derecho preferente al disfrute de los excedentes hídricos de cuencas fluviales que discurren por nuestra Región -o por otras Comunidades Autónomas- del que sólo sean titulares los ciudadanos de la Comunidad Valenciana; derecho subjetivo de carácter personal que prescinde del criterio material de territorialidad del uso de las aguas inspirador de todo el sistema de planificación y gestión de los recursos hídricos que, ignorando la vecindad de los potenciales usuarios, se asienta con toda lógica sobre la localización de los terrenos, establecimientos, viviendas o actividades susceptibles de beneficiarse de los caudales disponibles y en sus necesidades de abastecimiento, con abstracción de la identidad autonómica que corresponda a sus titulares.

Se trata, por tanto, de un privilegio personalista, ligado a la condición de valenciano, que deviene contrario a lo previsto en el artículo 138. 2 de la Constitución, en cuanto que veda la introducción en los Estatutos de Autonomía de "privilegios económicos o sociales", e igualmente vulnerador del mandato de igualdad de todos los españoles en la tenencia de derechos y obligaciones a que hace referencia el artículo 139.1 de la Constitución.

3ª.- *No remedia la inconstitucionalidad denunciada la medida introducida en la última fase de elaboración del precepto, en relación con la concordancia del cuestionado derecho con lo dispuesto por la "Constitución y la legislación estatal", atendida la naturaleza y carácter de la norma en que se encuadra el precepto: un Estatuto de Autonomía.*

El Título VIII de la Constitución española, en consonancia con el resto del articulado que trata las fuentes del derecho, origina una configuración específica del contenido del tipo de norma denominado "Estatuto de Autonomía". Éste tiene limitada su capacidad de relacionar o describir derechos que afecten a la generalidad del territorio nacional. Si se entendiese que los Estatutos de Autonomía pueden gozar de un contenido posible o adicional, complementario del descrito en el artículo 147.2 de la Constitución, surgiría la necesidad, en todo caso, de reiterar el imperativo constitucional de respetar la asignación territorial y competencial del sistema constitucional de fuentes.

Por todo ello, sólo es constitucionalmente admisible una lectura del precepto del Estatuto de Autonomía de Valencia que configure un derecho cuya exigencia comience y termine en su propio territorio, vinculando sólo al legislador valenciano, y no al estatal o al del resto de Comunidades Autónomas. Siempre que se entienda así, sería posible evitar la inconstitucionalidad encerrada en la extralimitación competencial y territorial.

Mas no siendo éste el tenor literal del precepto estatutario y en la medida que Castilla-La Mancha se puede ver afectada por una extensión de los efectos del artículo cuestionado, por la condición vecina de su territorio y, especialmente, por transcurrir por ella cauces de ríos que seguidamente pasan a Valencia, así como por la imposibilidad lógica de afirmar históricamente la existencia de cuencas excedentarias o la imprecisión de determinar cuándo existen sobrantes -para una tierra cuyo progreso se ha visto mermado, precisamente, por la falta de recursos hídricos- es por lo que parece procedente que se solicite un pronunciamiento del más alto intérprete de la Constitución sobre el sentido, finalidad y efectos del artículo 17 del Estatuto valenciano.

De otro lado, considerando la peculiar naturaleza del instrumento normativo que acoge la formulación del citado derecho, cabe significar, en apoyo de la interposición del recurso, que la doctrina califica los Estatutos de "falsa ley orgánica", en el sentido de que formalmente son aprobados por una ley de esta naturaleza, pero materialmente son algo distinto. En efecto, los Estatutos de

Autonomía son normas en las que coinciden dos voluntades -la del Estado y la de la Comunidad Autónoma correspondiente-, estando marcados por esta circunstancia desde su origen hasta su revisión.

También señala la doctrina que los Estatutos, desde un punto de vista sustantivo o material, son "una norma complementaria de la Constitución" como lo demuestra el artículo 147.1 de la misma, diciendo que "dentro de los términos de la presente Constitución, los Estatutos serán la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma...". La distribución de las competencias autonómicas, en consecuencia, no se hace directamente por la Constitución sino por los Estatutos de Autonomía, si bien de acuerdo con aquélla va, en este caso, más allá de lo que el artículo 149.1.22ª de la Constitución permite. No pudiendo olvidarse que, desde un prisma formal o procedimental, los Estatutos se caracterizan por la rigidez del procedimiento para su modificación o revisión (artículo 81 y disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, que aprobó el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana). Así las cosas, los Estatutos, una vez aprobados, se convierten en una norma indisponible e intocable para el legislador estatal, quien no puede incidir en su contenido a través de una ley ordinaria, ni tampoco por medio de una ley orgánica no estatutaria (Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 2).

Por todo ello, aunque el artículo 20 de la indicada Ley Orgánica adolece de una gran vaguedad al hablar, sin más concreción, "del derecho de redistribución de los sobrantes de aguas de cuencas excedentarias" y establece la salvaguardia de que el mismo se haga efectivo "de acuerdo con la Constitución y la legislación estatal", si se entiende -como procede- que tal precepto tiene un contenido normativo, la atribución futura que establece en favor de los valencianos de los sobrantes de aguas de cuencas excedentarias (del Júcar o del trasvase Tajo-Segura por lo que se refiere a esta Comunidad Autónoma) no podría ser objeto de alteración o modificación por ley del Estado, al estar afectada por una "reserva de Estatuto" que actuaría a modo de congelación de rango por esta norma específica.

La indicada indisponibilidad por el legislador estatal dota al contenido estatutario de una protección especial incluso frente a las propias leyes estatales, por lo que el tenor literal del artículo 17 del Estatuto valenciano vulneraría -como ya queda dicho más atrás- la competencia exclusiva del Estado contenida en el artículo 149.1.22ª de la Constitución."

El Consejo de Gobierno de Castilla-La Mancha interpuso el correspondiente recurso de inconstitucionalidad, y el Tribunal Constitucional, por providencia de 12 de septiembre de 2006, lo admitió a trámite.

Finalmente, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha emitió los siguientes dictámenes en relación, asimismo, con anteproyectos de ley elaborados por el Gobierno de esta comunidad autónoma durante el año 2006:

- Dictamen número 146/2006, de 20 de septiembre, sobre el anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2007.

- Dictamen número 167/2006, de 4 de octubre, solicitado por la Consejera de Administraciones Públicas, sobre el anteproyecto de Ley que establece el régimen jurídico aplicable a la resolución administrativa en determinadas materias.

**RESEÑA DE ACTIVIDADES DE DERECHO CONSTITUCIONAL
DE LA UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA
(De 1 de enero de 2006 a 31 de diciembre de 2006)**

M^a Elena Rebato Peño

*Profesora Asociada de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha*

SUMARIO

1. *Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla- La Mancha:*
 - 1.A. *X. Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla-La Mancha: La Reforma de los Estatutos de Autonomías. (Cuenca, 7 y 8 de febrero).*
 1. B. *XI. Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla-La Mancha: La Nueva Configuración del Estado de las Autonomías. (Cuenca, 12 y 13 de diciembre).*
2. *XI. Jornadas de Derecho Constitucional: El Principio de Igualdad (Ciudad Real, 25 y 26 de octubre de 2006).*
3. *VII. Jornadas de Justicia Constitucional: La Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Toledo, 7 y 8 de noviembre de 2006).*
4. *Otras actividades de Derecho Público:*
 - VI. *Edición de los Cursos de Postgrado para Iberoamericanos.*

1. Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla-La Mancha

El modelo territorial del Estado español constitucionalmente definido pero inacabado, que singularizaba la Constitución española de 1978, está viviendo una nueva etapa caracterizada por el deseo de gran parte de las Comunidades Autónomas del Estado español de reformar sus Estatutos de Autonomía. En el momento de escribir estas líneas, algunas ya lo han logrado, Cataluña, Valencia, Andalucía, Islas Baleares y Aragón; otras como Castilla-La Mancha, Castilla-León y Canarias tienen sus proyectos de reforma estatutarias en tramitación en las Cortes Generales y por último algunas Asambleas Legislativas autonómicas como la de Murcia están dando los primeros pasos para iniciar la modificación de su Estatuto de Autonomía.

Se trata de reformas estatutarias que por su contenido y su complejidad nada tienen que ver con las que se habían producido hasta el momento y que suponen en realidad una nueva configuración del Estado autonómico. Estamos en un "tiempo de reformas", tal y como titula el profesor Solozabal Echevarría a una de sus últimas monografías sobre el Estado Autonómico.

Esta situación ha provocado suspicacias entre juristas y también entre la población española que vive con preocupación esta oleada de reformas estatutarias, planteándose los siguientes interrogantes: ¿son estas reformas únicamente la culminación de las aspiraciones autonómicas para alcanzar el máximo nivel de autonomía permitido por la Constitución o por el contrario constituyen una reforma implícita de la misma? ¿La ampliación de los techos competenciales en los "nuevos" Estatutos de Autonomía o la inclusión de un catálogo de derechos fundamentales en los mismos son la consecuencia de una legítima ampliación del contenido de los Estatutos o por el contrario el resultado de una mal entendida autonomía política?.

El Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha no podía ser ajena a las múltiples inquietudes que se habían despertado en este ámbito y por ello dedicó a esta cuestión la décima y undécima edición de las Jornadas sobre el sistema autonómico, que se desarrollan en la Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca. Tal y como se verá a continuación, si en la primera de las mismas, la celebrada en el mes de febrero se abordaban temas generales sobre la reforma estatutaria y sólo se realizaban pequeñas incursiones en el

campo de la reforma estatutaria en Castilla-La Mancha; la segunda de las Jornadas mencionadas, las celebradas a finales del año 2006, pueden considerarse como unas auténticas jornadas de estudio monográficas sobre el proyecto de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha. Veámoslo:

1.A. X Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla-La Mancha: La Reforma de los Estatutos de Autonomía. (Cuenca, 7 y 8 de febrero)

Tal y como ya hemos señalado en líneas anteriores, las décimas Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla-La Mancha fueron la respuesta a una de las inquietudes académicas más relevantes en los últimos meses, la oleada de reformas estatutarias que se estaban produciendo y su significado constitucional. Muchas Comunidades Autónomas del Estado español han entendido que se está en el momento adecuado para reformar su norma institucional básica y esta legítima aspiración ha provocado un "efecto dominó" en otras autonomías, que han decidido seguir el ejemplo de Cataluña, Valencia o Andalucía.

Estamos ante una nueva etapa del Estado autonómico, -quizás la de su perfeccionamiento final-, y esto supone afrontar numerosas cuestiones sobre los procedimientos de reformas, como sus límites o los contenidos de los "nuevos" Estatutos de Autonomía. Al análisis y debate de estas cuestiones se dedicaron los dos días de estas jornadas.

Esta décima edición se inició con una ponencia de carácter general e introductoria sobre los Estatutos de Autonomía, que corrió a cargo del Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos, D. Enrique Álvarez Conde. En esta se partió del análisis de la naturaleza jurídica del Estatuto de Autonomía y de la posición jurídica que ocupa en el sistema de fuentes. Su carácter dual, como norma que aúna dos voluntades (la estatal y la autonómica), su inclusión en el bloque de la constitucionalidad y su subordinación jerárquica a la Constitución, son cuestiones previas que necesariamente deben abordarse para entender el auténtico significado del procedimiento de reforma de los Estatutos de Autonomía.

Algunas de estas reformas, como el proyecto fracasado de reforma del Estatuto de Autonomía del País Vasco, o las ya perfeccionadas en el momento de celebración de estas jornadas en la Comunidad Autónoma de Cataluña y Valencia, fueron analizadas en detalle por D. Enrique Belda Pérez-Pedrero,

Profesor Titular de la Universidad de Castilla-La Mancha. Era esta una ponencia necesaria, ya que algunas de las "novedades" que se encuentran presentes en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña y Valencia, son reproducidas en los proyectos de reforma de otros territorios autonómicos, que toman estos primeros textos como un modelo o referencia a seguir.

Pero estas reformas estatutarias no carecen de límites. Límites marcados por el propio texto constitucional, que derivan bien directamente de sus preceptos expresos o implícitamente de la interpretación que se realiza de los mismos y de los principios y valores que en la Norma Fundamental se contienen. Límites que pueden ser a su vez de carácter procedimental, como los derivados de los arts. 147.3 y 152.2 CE y de las propias previsiones estatutarias sobre la reforma; límites competenciales, distinguiendo entre contenido "necesario", posible y prohibido de los Estatutos de Autonomía; o límites materiales, entre los cuales ha de destacarse la idea básica de toda esta intervención:-la reforma de un Estatuto de Autonomía, no puede suponer una reforma implícita del modelo constitucional de Estado-. Todas estas cuestiones fueron tratadas con rigurosidad y acierto por D. Francisco J. Díaz Revorio, director de estas jornadas y profesor Titular de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Otros aspectos relacionados con el contenido asumido por los recientemente reformados Estatutos de Autonomía, como la ampliación competencial, o el sistema de financiación autonómica propuesto en estos, fueron objeto de otras ponencias por parte del Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de la Universidad de Castilla-La Mancha, D. Eduardo Espín Templado y D. Tomás Vidal Marín, profesor Titular de la UCLM, respectivamente.

No podía faltar en unas jornadas con marcado acento autonómico, una sesión dedicada en exclusividad a "anunciar" las directrices básicas del futuro proyecto de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha. Ésta, fue impartida por D. José Sanroma, Presidente del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

Todas las ponencias mencionadas, fueron completadas con comunicaciones y la posterior celebración de una mesa redonda sobre la materia en cuestión, a cargo de los profesores de la Universidad de Castilla-La Mancha; Dra. D^a M^a Elena Rebato Peño, directora de las Jornadas; D^a María Martín Sánchez y D.

José L. Obregón Nevado, secretarios de las Jornadas y D^a M^a Pilar Molero, becaria de investigación de la Universidad de Castilla-La Mancha.

1.B. XI Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla-La Mancha: La Nueva Configuración del Estado de las Autonomías. (Cuenca 12 y 13 de diciembre)

En diciembre del año 2006, ya contábamos en Castilla-La Mancha con un proyecto de reforma de nuestro Estatuto de Autonomía firme y que se acababa de enviar a las Cortes Generales para abordar la segunda fase en su tramitación. Por ello, unas jornadas como las que hace diez años llevan celebrándose en la Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca no podían encontrar un tema mejor para su undécima edición. Bajo el título "La nueva configuración del Estado de las Autonomías", las jornadas organizadas por el Área de Derecho Constitucional y dirigidas por los doctores de la Universidad de Castilla-La Mancha, Francisco Javier Díaz Revorio, Profesor Titular y M^a Elena Rebato Peño, Profesora asociada de Derecho Constitucional, constituyeron durante los días 12 y 13 de diciembre uno de los foros académica y políticamente más profundos y rigurosos sobre la reforma estatutaria en Castilla-La Mancha.

D. Pedro J. González-Trevijano Sánchez, Rector de la Universidad Rey Juan Carlos y Catedrático de Derecho Constitucional, fue el encargado de realizar la ponencia inaugural de estas jornadas, ofreciendo el marco general de la cuestión con su sesión sobre la redefinición del Estado Autonómico a través de las distintas reformas estatutarias que se habían producido hasta el momento y las que en un futuro se llevarían a cabo.

El resto de las sesiones tuvieron un carácter más concreto y abordaron cada una de ellas las cuestiones más relevantes en el ámbito de la reforma de los Estatutos de Autonomía en general y del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, en particular. Los derechos, el agua, la administración de justicia y el poder judicial y la financiación autonómica fueron algunas de las cuestiones tratadas de forma más particular.

Así, D. Francisco J. Díaz Revorio, director de estas jornadas y profesor titular de la Universidad, abordó la nada pacífica cuestión, "doctrinalmente hablando", de los derechos en los Estatutos de Autonomía. Con anterioridad al nuevo Estatuto de Autonomía catalán, no encontramos ningún Estatuto de Autonomía

que contenga un listado de derechos, pero ¿es éste un contenido posible de la norma institucional básica de las Comunidades Autónomas o por el contrario es constitucionalmente inadmisibile su inclusión en la misma?. El ponente ofreció distintos argumentos a favor y en contra de la inclusión de derechos fundamentales o no en los Estatutos y se decantó por la opción de considerar que determinados derechos, -en concreto los relativos a los principios rectores de la política económica y social-, tienen cabida en los Estatutos, son un contenido posible, aunque no necesario, resaltando la problemática que plantea la inclusión de otros derechos, como el derecho a vivir con dignidad el proceso de su propia muerte, estrechamente relacionado con derechos fundamentales como el contemplado en el artículo 15 CE.

Las competencias autonómicas en materia hidrográfica, fueron tratadas por D. Francisco Delgado Piqueras, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la UCLM; y las relativas al Poder Judicial y a la Administración de Justicia por el Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Eduardo Espín Templado y por D. Artemio Rallo Lombarte, Director del Centro de Estudios Jurídicos y Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Jaume I.

La financiación autonómica, volvió a ser objeto de debate y al igual que en la edición anterior, fue tratada por un experto en esta materia, como el Profesor Titular de la UCLM, D. Tomás Vidal Marín.

No podía faltar una Mesa Redonda sobre la Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, moderada por los directores de las Jornadas y en la que participaron los representantes de los grupos políticos mayoritarios en el Parlamento regional: D. José Molina Martínez, Portavoz del Grupo Parlamentario Socialista en las Cortes de Castilla-La Mancha y D^a Ana Guarinos López, Portavoz del Grupo Parlamentario Popular en las Cortes de Castilla-La Mancha.

2. XI Jornadas de Derecho Constitucional: El Principio de Igualdad (Ciudad Real, 25 y 26 de octubre de 2006)

Más de trescientos alumnos se dieron cita en el Paraninfo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real, para asistir a las XI Jornadas de

Derecho Constitucional sobre Derechos Fundamentales, que en esta ocasión se dedicarían al Principio de Igualdad.

Estas Jornadas dirigidas por D. Luis M^a Díez-Picazo Giménez, Catedrático de Derecho Constitucional y D. Tomás Vidal Marín, Profesor Titular de la UCLM, estaban dirigidas a estudiantes, licenciados y diplomados de Derecho, Administración y Dirección de Empresas y Relaciones Laborales.

Durante los días 25 y 26 de octubre, expertos constitucionalistas sobre la materia fueron desggranando cada una de las complejas vertientes del derecho fundamental consagrado en el artículo 14 de la Norma Fundamental.

No sería posible adentrarse en el complejo estudio de la cláusula de igualdad sin una ponencia referencial e introductoria sobre el significado y las dimensiones constitucionales de la igualdad, que en estas Jornadas fue impartida por el Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Eduardo Espín Templado.

Tal y como afirmó el ponente, la igualdad es hoy una noción más compleja que la igualdad de las revoluciones liberales, construida únicamente como un límite a la actuación de los poderes públicos. Esta situación es la que justifica las diferentes acepciones que se realizan de la igualdad en el texto constitucional y la que obliga a interrelacionar todas ellas: Igualdad como valor (art.1.1CE); Igualdad Promocional (art. 9.2 CE); Igualdad ante la ley (en y en aplicación de la ley) (art. 14 CE) e Interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE).

Las undécimas jornadas de derecho constitucional se centraron en el análisis del derecho constitucional a la igualdad contemplado en el artículo 14 CE, pór-tico de excepción de la sección hiper-prottegida del texto constitucional, los derechos fundamentales contemplados en la sección 1^a, capítulo II, Título I. Un auténtico derecho subjetivo, que a su vez va a imponer la obligación a los poderes públicos de tratar igual a los iguales.

La igualdad en la aplicación de la ley y el juicio de razonabilidad, fue el tema de la sesión impartida por D^a. Ana María Redondo García, Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid; mientras que otra de las vertientes del principio de igualdad, en concreto la doctrina del Tribunal

Constitucional sobre la igualdad en la aplicación de la ley con relación a la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, fue tratado por D. Oscar Alzaga Villamil, Catedrático de Derecho Constitucional de la UNED.

Este seminario sirvió como estudio preparatorio de la ley para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, LO 3/2007, de 22 de marzo, que se aprobaría meses después. Al estudio del proyecto de esta ley se dedicaron tres ponencias.

La primera de ellas, impartida por D. Luis López Guerra, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid, tuvo un carácter general, ofreciendo una visión amplia sobre el proyecto de ley, cuyo objetivo principal consistía en frenar toda clase de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil.

Aspectos más concretos del proyecto de ley, como los relativos a cuestiones de representación política fueron objeto de la ponencia de D. Francisco J. Díaz Revorio, Profesor Titular de la UCLM. En su intervención, el ponente hizo referencia a la modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, anunciada en el proyecto, que exigía una composición equilibrada en todas las candidaturas a elecciones, entendiéndose por tal, que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento.

La igualdad efectiva de hombres y mujeres en materia laboral fue el tema elegido por D^a Ana Carmona Contreras, Profesora Titular de la Universidad de Sevilla.

3. VII Jornadas de Justicia Constitucional: La Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Toledo, 7 y 8 de noviembre de 2006)

La anunciada reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que finalmente se plasmó en la Ley Orgánica 6/2007, y que en noviembre de 2006 no era más que un proyecto, fue el tema elegido por las Jornadas de Justicia Constitucional que vienen desarrollándose en Toledo desde hace seis años.

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales acogió la séptima edición de estas jornadas, dirigidas por D. Francisco J. Díaz Revorio, Profesor Titular de la

UCLM y cuya finalidad es que estudiantes, licenciados y diplomados de Derecho y Gestión y Administración Pública tengan una formación complementaria a la ofrecida en las "aulas" y tengan la posibilidad de escuchar una serie de conferencias impartidas por especialistas en Derecho Constitucional de otras universidades españolas y de instituciones públicas relacionadas con la Justicia Constitucional.

Pese a las dudas sobre si finalmente se iba producir o no la tan anunciada reforma del Tribunal Constitucional, el Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha decidió apostar por este tema para sus jornadas sobre justicia constitucional y una vez más el tiempo premió su oportunidad.

Durante los días 7 y 8 de noviembre de 2006, el Cobertizo de San Pedro Mártir, fue el foro de discusión por excelencia del proyecto de reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional. Una reforma motivada fundamentalmente por el colapso en el funcionamiento del Tribunal Constitucional, debido principalmente al gran número de demandas de amparo que tienen entrada en el Tribunal. Pero la reforma no abordaría únicamente la cuestión del amparo, sino que también hacía referencia a otros aspectos de la justicia constitucional, que tras veinticinco años de funcionamiento del Tribunal Constitucional necesitan adaptarse a la nueva realidad política y social. Por ello, a lo largo de dos días, en sesiones de mañana y tarde se fueron desgranando cada uno de las novedades más importantes que presentaba el entonces proyecto de reforma y hoy Ley Orgánica 6/2007 de modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Como en todos los seminarios o jornadas de estudio sobre cualquier tema, se ofrecieron ponencias de carácter más general como la impartida por el Secretario de Estado de Justicia y Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III, D. Luís López Guerra, sobre los antecedentes y justificación de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; o la del Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de esta Universidad, D. Eduardo Espín Templado, sobre las relaciones entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria: balance y perspectivas.

Un carácter más específico tuvieron el resto de las intervenciones, centrándose en los distintos aspectos de la reforma.

El nombramiento y estatuto de los Magistrados del Tribunal Constitucional, fue el tema abordado por D. Luis Aguiar de Luque, Vocal del Consejo General del Poder Judicial, quien señaló que el proyecto de reforma presentaba escasas novedades en este ámbito, si exceptuamos la cuestión de un reforzamiento de la garantía de la independencia de los Magistrados del Tribunal Constitucional, motivada quizás por los últimos enfrentamientos entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo; o la necesidad de comparecencia previa ante las Cámaras de los candidatos propuestos por el Congreso y el Senado.

Dado la constitucionalización del número de magistrados del Tribunal Constitucional, pocas pueden ser las modificaciones en este punto efectuadas por la ley, al margen de una posible reforma del texto constitucional. Si por el contrario, la determinación del número de miembros del Tribunal Constitucional, se hubiese realizado en su Ley Orgánica y no en la Constitución, se hubiese podido aumentar éste a efectos de facilitar el funcionamiento del Tribunal y aligerar su carga de trabajo. A esta y a alguna otra cuestión como la reducción de competencias del Pleno del Tribunal y el aumento de las de las Salas y Secciones en el proyecto de reforma se refirió en su intervención D. Enrique Belda Pérez-Pedrero, Profesor Titular de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Acto seguido se celebró una sesión monográfica sobre jurisdicción constitucional comparada en la que se examinaron las líneas generales de la jurisdicción constitucional en Europa occidental, intervención realizada por la Dra. D^a M^a Elena Rebato Peño, profesora de la UCLM; la jurisdicción constitucional en América Latina, con la propuesta de implantación de la misma en Cuba, a cargo de D^a. Noris Tamayo, de la Universidad de La Habana y de la jurisdicción constitucional en Europa del Este, en concreto del caso polaco, impartida por D^a Martha Koplocka, de la Universidad de Wroclaw, Polonia.

Sin duda una de las intervenciones que más expectación despertaron fue la del Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III, D. Miguel Revenga, quien centró su ponencia en el análisis de los cambios que el proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, suponía en la tramitación del recurso de amparo y sobre todo en el sistema de admisión del mismo. Si en el sistema vigente en los momentos de impartirse la conferencia, las causas de inadmisión estaban tasadas, la reforma introduce un sistema en el

que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal, en razón de su especial trascendencia constitucional.

Esta ponencia fue completada con la comunicación de D^a M^a Pilar Molero, becaria de investigación de la UCLM, sobre los efectos de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en los procedimientos de amparo y en concreto en los casos relacionados con la disponibilidad de la propia vida.

Una última cuestión a debatir en el transcurso de las jornadas fue la reforma de los procedimientos de control de constitucionalidad, ponencia ésta impartida por D. Juan L. Requejo Pages, Letrado del Tribunal Constitucional.

En resumen, unas jornadas oportunas "académicamente" hablando, que un año más se vieron respaldadas por un gran número de alumnos.

4. Otras actividades de Derecho Público: VI Edición de los Cursos de Postgrado para Iberoamericanos (9 al 26 de enero de 2006)

El éxito obtenido en las ediciones anteriores de los cursos de postgrado en derecho para juristas iberoamericanos motivó una nueva ocasión para el encuentro de profesionales del ámbito académico, político y de la administración pública en la ciudad de Toledo.

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales localizada en el antiguo convento de San Pedro Mártir volvió a acoger en el mes de enero de 2006, la sexta edición de los Cursos de Postgrado en Derecho para juristas iberoamericanos, donde se trataron los principales temas jurídicos de la actualidad.

En esta edición se ofertaron los siguientes programas académicos en el marco del Derecho Público:

I.- "La responsabilidad civil extracontractual en el siglo XXI"; dirigido por el Dr. D. Ángel Carrasco Perera, Catedrático de Derecho Civil de la UCLM y coordinado por la Dra. D^a Ana Carretero García, Profesora Ayudante de Derecho Civil de la UCLM.

Este curso tenía como objetivo analizar los distintos mecanismos jurídicos para reparar o compensar el daño producido a otro; así como los retos los problemas a los que tienen que enfrentarse los actuales sistemas de responsabilidad civil, como la indemnización por incumplimiento de deberes familiares o por los daños causados por los denominados "reportajes neutrales".

II. "Propiedad intelectual"; dirigido por el Dr. D. Juan J. Marín López, Catedrático de Derecho Civil de la UCLM y coordinado por D. José Manuel Velasco Retamosa, Profesor de la UCLM.

El Curso de Postgrado sobre Protección Intelectual analizó el sistema de la Unión Europea de protección de los derechos de autor y derechos conexos, como los derechos de marcas, competencia desleal y diseño industrial entre otros, puesto en relación con la regulación realizada por los Tratados Internacionales y otras normas de derecho internacional y por los sistemas jurídicos de los países latinoamericanos.

III. "Justicia Constitucional: Teoría y Práctica actuales"; dirigido por los doctores D. Eduardo Espín Templado, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM y D. Francisco J. Díaz Revorio, Profesor Titular de la UCLM; y coordinado por la doctora D^a M^a Elena Rebato Peño, Profesora Asociada de la UCLM.

Este curso ofrecía un análisis general de los principales problemas de la justicia constitucional en el ámbito nacional y comparado, así como el análisis último de la institución y la formación de los diversos modelos de control de constitucionalidad. Se encontraba estructurado el mencionado estudio en tres módulos: I. El significado de la justicia constitucional en el mundo actual; II. La justicia constitucional en el Estado español; III. Los procesos constitucionales: un enfoque práctico.

IV. "El control tributario: potestades de la Administración y derechos del contribuyente"; dirigido por el Dr. D. Miguel Ángel Collado Yurrita, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario y coordinado por la Dra. D^a Saturnina Moreno González.

El objetivo del curso era ofrecer un foro de estudio sobre los problemas estructurales del control tributario y su efectiva articulación a través de los dife-

rentes procedimientos de gestión, inspección y recaudación; así como el respeto y protección de los derechos y garantías de los obligados tributarios en este ámbito. Todo ello en el marco de la reciente Ley General Tributaria.

V. "Investigación y prueba en el proceso penal", dirigido por los Doctores D. Nicolás González- Cuellar Serrano, catedrático de Derecho Procesal de la UCLM y D. Gilbert Armijo Sancho, Magistrado de la Corte Suprema de Costa Rica; y coordinado por los Doctores D^a Ágata Sanz Hermida, y D. Juan Carlos Ortiz Pradillo.

A lo largo de casi treinta lecciones, en el curso impartido por el Área de Derecho Procesal se analizaron las nuevas técnicas para el esclarecimiento de la verdad y los problemas que estas nuevas formas de investigación y prueba pueden plantear en relación con las garantías propias de un Estado de Derecho, como es el Estado español.

VI. "El constitucionalismo del Estado social"; dirigido por los doctores D. Antonio Baylos Grau, Catedrático de Derecho del Trabajo de la UCLM y D^a Marina Gascón Abellán, Catedrática de Filosofía del Derecho; y coordinado por los Doctores D. Joaquín Perez Rey y D. Alfonso García Figueroa.

El curso, organizado conjuntamente por las áreas de Derecho del Trabajo y Filosofía del Derecho de la UCLM, pretende reflexionar sobre las importantes transformaciones jurídicas, políticas y sociales que han sufrido numerosas instituciones con motivo del progresivo afianzamiento de las Constituciones de nuestro tiempo.

IV. CRÍTICA DE LIBROS

SUMARIO

- **José Manuel Vera Santos**, *“El presidente del Gobierno en España: status y funciones, de Mateos y de Cabo, O.I.”*

**EL PRESIDENTE DEL GOBIERNO EN ESPAÑA:
STATUS Y FUNCIONES, DE MATEOS Y DE CABO, O.I.**

José Manuel Vera Santos

Profesor Titular de Derecho Constitucional

Universidad Rey Juan Carlos

MATEOS DE CABO, O.I.:

El presidente del Gobierno en España: status y funciones.

Prólogo de Pedro González-Trevijano.

Madrid, La Leu-URJC, 2006.

La editorial *La Ley* inaugura con esta monografía una nueva colección jurídica dedicada a los "Fundamentos del Derecho", caracterizada por poner a disposición del lector una cuidada selección de obras que estudian con detalle y en profundidad los principios del Derecho, los derechos fundamentales y las principales instituciones constitucionales.

Se ha seleccionado para abrir la colección, la Tesis Doctoral en Derecho del Profesor Oscar Mateos, que ejerce como Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad Rey Juan Carlos, al realizar un valioso e interesante trabajo de investigación en torno a una de las figuras más relevantes de nuestro sistema político y constitucional, como es la institución del Presidente del Gobierno en España. El prólogo corre a cargo del catedrático de Derecho Constitucional y Rector de la Universidad Rey Juan Carlos, Pedro González-Trevijano, que es también el director del citado trabajo doctoral.

La originalidad y oportunidad de la investigación efectuada sobre el Presidente del Gobierno, queda patente en el excelente prólogo de González-Trevijano, al señalar la escasez de estudios sobre esta figura en la dogmática española, a diferencia de lo que ocurre en otros regímenes constitucionales. La excepción a este escaso tratamiento doctrinal la encontramos en la única monografía existente en esta materia, que fue publicada en el año 1983 por el Profesor Bar Cendón, a la que se debe reconocer el mérito de romper esta tendencia. Este autor señalaba, hace ya más de veinte años, su extrañeza por la ausencia, tanto en la literatura jurídica como política nacional, de estudios específicos sobre la materia, lo que no sólo es predicable en la actual época democrática sino que también se constata en España durante los siglos XIX y principios del XX.

Por esta razón, González-Trevijano mantiene que era tan necesaria una actualización y profundización de los conocimientos existentes sobre la institución, lo que se produce en el reciente estudio sobre el Presidente del Gobierno, que ahora aparece publicado, al incorporar las reflexiones, materiales e ideas que pueden contribuir a fijar mejor los contornos de esta figura capital para entender la configuración y el funcionamiento de nuestro sistema constitucional, a la vez que en

esta obra se busca abrir nuevas líneas de investigación que favorezcan un debate sobre su papel y perfiles políticos y constitucionales en la actualidad y en su proyección futura analizando, de paso, muchos de los temas más interesantes y sustanciales de nuestro régimen constitucional como, por ejemplo, la polémica en torno a la forma parlamentaria de gobierno y la incorporación de algunas características de corte presidencialista a la misma.

El libro está integrado por un prólogo y siete capítulos, siendo el último el dedicado a las conclusiones; además, se incluye una bibliografía muy amplia que recoge de forma exhaustiva las aportaciones fundamentales sobre la materia. En el capítulo primero se realiza un estudio histórico del proceso de positivización del Gobierno y de su Presidente en nuestros Textos Fundamentales, en torno al cual gira el análisis de la progresiva especialización dentro del seno gubernamental de la figura de su Presidente. A lo largo de estas páginas se detalla pormenorizadamente la transformación del Primer Ministro, considerado en sus primeros estadios como un mero *primus inter pares* dentro del Consejo de Ministros, hacia las actuales notas características del Presidente del Gobierno como director y coordinador de las funciones gubernamentales, que reviste la institución en nuestros días.

Por otro lado, el estudio efectuado en este capítulo se encuentra adecuadamente documentado en una abundante información ofrecida a lo largo del texto, y en unas completas notas a pie de página, que nos ofrecen datos adicionales de los personajes más importantes de la época, especialmente de los distintos Presidentes del Gobierno que han ocupado la Presidencia del Consejo, de las fechas de las sesiones parlamentarias más representativas consignadas en los Diarios de Sesiones, las alusiones, cuando resulta pertinente, a las tendencias ideológicas, políticas o sociales más destacadas de cada época, etc. En este sentido, es de destacar que una parte importante de esta investigación desvela la búsqueda y el acceso a fuentes originales, para lo cual se ha recurrido a importantes centros de documentación como las bibliotecas del Congreso de los Diputados y del Senado, el Archivo Histórico Nacional o la Biblioteca Nacional.

De esta forma, se enriquece la exposición que el autor realiza, al analizar la evolución experimentada por el Presidente del Gobierno, que va ligada al fortalecimiento del propio régimen parlamentario en un proceso de lenta configuración. Precisamente, en la cuarta conclusión de la Tesis Doctoral se sintetizan los factores que inciden en este proceso. En primer lugar, el Presidente viene caracterizado a lo

largo de la historia por el tipo y la forma de su nombramiento y, también, por la capacidad del Monarca de disponer libremente de su cargo. En segundo lugar, son importantes las relaciones fiduciarias del Presidente con el Parlamento y, en su caso, con el Jefe del Estado. En tercer lugar, se debe tener en cuenta el encaje de la figura presidencial con las demás instituciones del Estado. En cuarto lugar, se debe analizar la práctica constitucional desarrollada por el Presidente del Gobierno en el ámbito público. Por último, a la hora de fijar su peculiar configuración es necesario estudiar los perfiles que adopta la labor de dirección y de coordinación de su propio Gabinete.

El capítulo primero se cierra con un epígrafe dedicado a la posición que ocupa el Gobierno configurado en la Constitución de 1978, en el marco de un Estado social y democrático de Derecho. Las diferencias en relación a la regulación histórica patria resultan muy notables, dado que no se centran únicamente en la concreta ordenación de la institución, sino que la distinción esencial radica en los mismos valores y principios que inspiran las instituciones y el propio Texto constitucional vigente.

El capítulo segundo se encuentra dedicado a la forma en la que se configuró el Poder ejecutivo, durante el proceso constituyente de la elaboración de la Constitución de 1978. Especialmente interesantes resultan de este capítulo los apartados dedicados al estudio sobre la polémica suscitada en torno al sistema de elección del Presidente del Gobierno en nuestro país. En este sentido, el epígrafe cuarto analiza el intento de adoptar en España el modelo proveniente del Derecho comparado, más concretamente del sistema aportado por el ordenamiento constitucional alemán, de investidura "sin debate parlamentario previo".

En efecto, en un primer momento el partido gobernante, la Unión de Centro Democrático (UCD), defendió dicho modelo de investidura sin debate previo, pero más tarde modificó su postura, lo que no fue congruente con su actuación posterior cuando, tras las elecciones diciembre de 1978, utilizó el sistema de elección "sin debate previo" durante la primera investidura del Presidente Suárez. Sin embargo, en febrero de 1981, la investidura del Presidente Calvo-Sotelo se realiza con el respeto al procedimiento que se había consensuado en la Ponencia para el art. 99 de la vigente Constitución, que permite que una vez terminada la exposición del candidato intervenga un representante de cada Grupo Parlamentario que, de esta forma, disponen de la capacidad de expresar su opinión sobre el candidato y su programa a la Cámara.

El capítulo tercero está dedicado al análisis del Gobierno y de su Presidente dentro del esquema constitucional. El primer epígrafe se ocupa de la configuración constitucional del Gobierno. En este apartado se pasa revista a las principales teorías sobre la personalidad jurídica del Estado, la teoría de la representación y la del órgano, para terminar conceptualizando al Gobierno en calidad de órgano del Estado, pues produce actos o manifestaciones de voluntad imputables a una persona jurídica. Los siguientes apartados analizan la naturaleza del Gobierno como órgano constitucional, la configuración tanto del Gobierno como de su Presidente en la doctrina del Tribunal Constitucional, y la vertiente administrativa del Presidente del Gobierno.

En el mismo capítulo, resulta especialmente interesante el apartado quinto del libro, en el que se describe el proceso técnico y legislativo que ha conducido al Presidente y al Gobierno, considerado como órgano colegiado, desde unos criterios de dispersión y de complementariedad de las fuentes que lo regulaban, hasta la actual Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno. El cambio ha sido muy importante pues se ha pasado de una normación de carácter predominantemente administrativo, cuyos intentos de sustitución arrancaban ya de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE), de 26 de junio de 1957, a una concepción del Gobierno que no lo reduce a ser únicamente el Órgano superior en el que culmina la Administración del Estado y, en consecuencia, no se concibe meramente como un apéndice o prolongación de la misma compartiendo, en buena medida, su naturaleza administrativa, tal y como había expresado la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC). De esta forma, se comprende claramente el deseo del legislador de diferenciar y regular, por un lado, el Gobierno en la Ley 50/1997 y, por otra parte, la Administración en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE).

El siguiente epígrafe está dedicado al estudio de la naturaleza del Presidente del Gobierno como órgano político-constitucional, al poseer unas competencias específicas de carácter no administrativo, que tampoco se pueden considerar como competencias del Gobierno, pues su ejercicio le corresponde exclusivamente sin que suponga un obstáculo que en algunos casos deba oír previamente al Consejo de Ministros.

El capítulo se cierra con un apartado dedicado a la forma jurídica de los actos y de las disposiciones emanadas por el Presidente del Gobierno, que es una de las novedades introducidas en la Ley del Gobierno. En la conclusión novena del trabajo doctoral, se diferencia claramente la capacidad del Presidente, al formar parte del órgano complejo, de participar de forma colegiada en la función normativa y en la potestad reglamentaria del Gobierno (Decretos-Leyes, Decretos legislativos y reglamentos). Sin embargo, la novedad reside en los llamados actos exclusivos del Presidente del Gobierno, como pueden ser el nombramiento y separación de los Ministros (art. 100 CE y art. 2.2 k) LG), o en la creación, modificación y supresión de los Departamentos Ministeriales y las Secretarías de Estado (art. 2.2. j) LG), sobre los que anteriormente había una cierta indeterminación al tener un régimen atípico, pero que ahora han sido unificados dentro de una de las categorías formales reconocidas en nuestro ordenamiento al revestir, según la Ley del Gobierno, la forma de Reales Decretos.

El capítulo cuarto está dedicado al estatuto personal del Presidente del Gobierno. Los primeros epígrafes estudian el sistema de nombramiento ordinario del Jefe del Ejecutivo, el procedimiento extraordinario de elección automática tras el éxito de una moción de censura, y las causas relativas al cese del Presidente. En la conclusión décimo-octava se argumenta y defiende el status y las funciones tan importantes que ostenta el Presidente del Gobierno en nuestro sistema político y constitucional que, por otra parte, da título al libro y representa el principal objeto de estudio de esta Tesis Doctoral. Las principales razones de este particular status, que lo diferencian del resto de los miembros del Gobierno, son: el procedimiento ordinario de elección debido a que tiene que conseguir la confianza parlamentaria, momento que está claramente diferenciado de la posterior formación del Gobierno, la condición *sine qua non* de designación de candidato en la propuesta de moción de censura, las causas del cese, que también reflejan una concepción presidencialista de la Jefatura del Gobierno y, por último, las prerrogativas de las que disfruta.

En referencia al particular *status* del Presidente, la conclusión décimo-novena de la Tesis Doctoral desarrolla el régimen de responsabilidad criminal del Presidente del Gobierno, también como un reflejo del *status* presidencial. El autor del libro defiende que el tipo de responsabilidad recogido en el art. 102.2 CE se encuentra asociado en las Constituciones, como la italiana, francesa o alemana, de forma expresa al Jefe del Estado (Presidente de la República), pero no

al Presidente del Gobierno, por eso considera que no parece tan necesario establecer este tipo de excepciones al Presidente pues éste, como el resto de los miembros del Gobierno, está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico que prevé explícitamente una serie de mecanismos de control, de tipo político, jurídico o de constitucionalidad, siendo además bastante improbable que se produzca por el tipo de procedimiento y por los requisitos exigidos, al ir asociada a la pérdida de la mayoría parlamentaria, lo que supondría una grave crisis que denotaría una evidente falta de apoyo para gobernar.

Por otro lado, el régimen de incompatibilidades para el Presidente del Gobierno es el contenido en la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado. En la conclusión vigésima de la Tesis se mantiene que el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 18 de febrero de 2005, por el que se aprueba el *Código para el Buen Gobierno* no ha supuesto una modificación del régimen general de incompatibilidades citado anteriormente.

En cuanto a las prerrogativas, uno de los asuntos tratados que más me ha interesado es el debate doctrinal en torno a la forma de utilizar los conocimientos y la experiencia acumulada por los distintos Presidentes del Gobierno en su labor ejecutiva. En mi Tesis Doctoral titulada: *Senado territorial y presencia de notables*, editada por la Secretaría General del Senado en el año 1997, propuse, siguiendo el ejemplo del régimen constitucional italiano, su ingreso, una vez finalizada su presidencia, en la Cámara Alta. El legislador ha optado, sin embargo, por convertirlos en Consejeros natos del Consejo de Estado, salvo renuncia expresa, lo que sin duda fortalece y enaltece a este órgano consultivo dentro de las importantes funciones que tiene asignadas. No obstante, de esta forma, el Senado ha perdido una buena oportunidad de singularizar y especializar más sus funciones como Cámara de representación territorial y de reflexión, dentro del modelo de bicameralismo imperfecto, en el que el Congreso de los Diputados saca claramente ventaja por el número y la importancia de sus funciones.

El capítulo quinto está dedicado a las funciones del Presidente del Gobierno. El autor del libro mantiene, en la conclusión vigésimo-primera de su trabajo, la existencia de un *desequilibrio institucionalizado* en torno a la institución presidencial, tanto en nuestro sistema constitucional como en su legislación de desarrollo. El Jefe del Ejecutivo cuenta con un relevante *status* debido, entre otras

cosas, al sistema de relaciones y de atribuciones que se le asignan no sólo en relación al órgano colegiado de su dirección sino también en el sistema de relaciones que mantiene con todos los poderes e instituciones básicas del Estado.

En la conclusión vigésimo-segunda se recogen las funciones más destacadas del Presidente del Gobierno que, a juicio del autor, ponen de relieve dicho *desequilibrio institucionalizado*, entre las que se citan las siguientes:

- La elaboración del programa del Gobierno (arts. 99.2 y 113 CE).
- La dirección del Gobierno (arts. 98.2 CE y 2.1 LG) y la coordinación de los miembros del mismo (arts. 98.2 CE y 2.1 LG).
- El Presidente es el encargado de representar al Gobierno (art. 2.2 a) LG).
- El Jefe del Ejecutivo es el que propone al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo, previa autorización del Congreso de los Diputados (art. 92.2 CE y art. 2.2. e) LG).
- El Presidente refrenda los principales actos regios (art. 64.1 CE y art. 2.2 h) LG), y es el sujeto institucional que informa al Rey de los asuntos del Estado (art. 62 g) CE).
- El Presidente puede pedir al Rey que presida el Consejo de Ministros, ya que es el Jefe del Gobierno el que tiene la competencia para convocar, presidir y fijar el orden del día de sus reuniones (arts 2.2 g) y 18 aptos. 1 y 3 LG).
- El Presidente ostenta la legitimación para interponer el recurso de inconstitucionalidad (arts. 162.1 a) CE y 2.2. i) LG).
- El Presidente propone el nombramiento y separación de los Vicepresidentes y de los Ministros (arts. 100 CE y 2.2. k) LG).
- Es el Jefe del Gobierno el que tiene asignado fijar su estructura, creando, modificando y suprimiendo por Real Decreto del Presidente del Gobierno los Departamentos Ministeriales y las Secretarías de Estado (arts. 2.2 j) y 17 a) LG). Además, resuelve los conflictos de atribuciones que puedan surgir entre los dife-

rentes Ministerios e imparte órdenes e instrucciones a los miembros del Gobierno (arts 98.2 CE y 2.2 letras j, l, m. LG).

- El Presidente, previa deliberación del Consejo de Ministros, y bajo su exclusiva responsabilidad, puede proponer al Rey la disolución del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales (arts. 115.1 CE y 2.2. c) LG).

- El Presidente puede plantear ante el Congreso de los Diputados, previa deliberación del Consejo de Ministros, la cuestión de confianza (arts. 112 CE y 2.2. d) LG).

- En su relación con otros poderes constitucionales el Presidente dirige la política de defensa y ejerce, con respecto a las Fuerzas Armadas, las funciones que se encuentran previstas en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional (LODN).

- El Presidente del Gobierno forma parte del Consejo Europeo (art. 202 TCE).

No obstante, como ya hemos dicho esta lista no es exhaustiva, pues las funciones del Presidente no se encuentran cerradas ni agotadas. La propia Ley del Gobierno ha dejado la puerta abierta a la posibilidad de ejercer cuantas otras funciones le puedan conferir la Constitución o las leyes (art. 2.2. n) LG).

El capítulo sexto estudia la tendencia hacia la presidencialización que se produce en el sistema político español. El primer epígrafe de este capítulo está dedicado al liderazgo del Presidente del Gobierno en el entramado político e institucional español. La conclusión vigésimo-tercera del trabajo analiza el denominado *status político* del Presidente valorando tanto la posición como el liderazgo que ejerce en el seno de la institución gubernamental, y contextualizándola adecuadamente con las relaciones y consensos mantenidos con otros órganos e instituciones del Estado, pues no olvidemos que su prevalencia en sede constitucional debe ir unida a la operatividad en la práctica política, de lo cual depende en buena medida la posibilidad de utilizar al máximo las competencias de orientación y dirección de la política general que le están atribuidas.

Los siguientes apartados analizan las características más destacadas de los Gobiernos de los Presidentes Adolfo Suárez, Leopoldo Calvo-Sotelo, Felipe

González, José María Aznar y José Luis Rodríguez Zapatero. Después de pasar revista a estos Gobiernos el autor defiende, en el séptimo epígrafe del capítulo titulado: la tendencia hacia la presidencialización del Gobierno en España, una serie de interesantes afirmaciones que son recogidas en el capítulo séptimo dedicado a las conclusiones de la Tesis Doctoral.

Entre las conclusiones más importantes a las que llega el autor, podemos referirnos a la décima en la que se mantiene que después de estudiada la práctica política y constitucional de los cinco Presidentes del Gobierno y de las siete legislaturas por las que ha atravesado nuestro país desde la transición a la democracia, encontramos una importante tendencia hacia la "presidencialización" del sistema de gobierno. En la siguiente conclusión se afirma que ese fenómeno de presidencialización se encuentra delimitado, principalmente, en función de tres factores: 1) La existencia o no de una mayoría absoluta en el Parlamento. 2) La unidad interna del Partido en el poder, y 3) la capacidad de dirección y la personalidad o carisma del Jefe del Gobierno.

Los anteriormente citados elementos configuradores de la presidencialización son desarrollados en las conclusiones siguientes para llegar, en la conclusión décimo-quinta, a defender que el Presidente del Gobierno en España no se encuentra limitado al principio de dirección presidencial, sino que su relevancia institucional y política lo llevan a expandirse y estar en concesión con otros órdenes y poderes del Estado, lo que supera claramente un entendimiento de su figura en un plano meramente ejecutivo.

No obstante, la conclusión décimo-sexta nos advierte que estos rasgos de presidencialización del sistema no significa que nuestro modelo político y constitucional sea meramente presidencialista, pues a pesar del fortalecimiento del Ejecutivo, el marco de organización institucional español responde a las características de una forma política del Estado que es la Monarquía parlamentaria (art. 1.3 CE). En el Derecho comparado es posible apreciar la tendencia que experimentan los sistemas parlamentarios de encaminarse, casi de forma unánime, hacia el reforzamiento de los poderes del titular del Ejecutivo. Al contrario, los sistemas de tendencia presidencial parecen orientarse hacia el establecimiento de medidas, institutos o controles dirigidos a atemperar el poder presidencial y evitar, por tanto, los posibles riesgos de extensión autoritario de ese poder.

En la conclusión décimo-séptima se continúa aduciendo argumentos que no permiten considerar el sistema constitucional español como presidencialista, siendo uno de los más cualificados el tipo de Jefatura del Estado ostentado por la Corona. De esta forma, el autor defiende la esencia parlamentaria de nuestro sistema al que va a caracterizar como *parlamentarismo presidencial*, concepto que en su opinión, "denota que las grandes decisiones se toman en sede parlamentaria pero, en la práctica, bajo la orientación y la supervisión constante del Presidente del Gobierno y de su equipo de gobierno, en un régimen de colaboración de poderes que, en determinados casos y circunstancias, puede llegar a dar una falsa imagen, incluso, de confusión entre los mismos".

La numeración y ordenación de las conclusiones del capítulo séptimo del libro facilitan claramente su lectura y guían al lector de una forma concatenada y lógica hacia la conclusión principal de la investigación doctoral, que se expone en último lugar como una especie de resultante de todas las demás con las que mantiene, en muchos casos, un estrecho contacto. En este sentido, en la conclusión vigésimo-primera se defiende la existencia en nuestro sistema constitucional y político de un *desequilibrio institucionalizado* que afecta al *status* y a las funciones del Presidente del Gobierno. En la conclusión vigésimo-tercera el autor introduce el concepto de *status político* para referirse a la posición y al liderazgo que ejerce el Presidente del Gobierno en el seno de la institución gubernamental, pero que no se agota en estas atribuciones puesto que el correcto funcionamiento de este mecanismo constitucional pasa por la utilización práctica que se haga de dicha regulación. Precisamente, el problema para el Presidente suele ser el de aunar su prevalencia en sede constitucional con la operatividad en la práctica política, pues "de esto depende la consecución y el mantenimiento de los consensos necesarios, para utilizar al máximo las competencias de orientación y dirección de la política general que le están constitucionalmente atribuidas".

Por otro lado, la conclusión vigésimo-cuarta está referida al denominado *status jurídico* del Presidente, en el que el *desequilibrio institucionalizado* se muestra, fundamentalmente, bajo dos consecuencias sustanciales. En primer lugar, es una constante dentro del Derecho comparado el que los ordenamientos coloquen al Jefe del Ejecutivo en una situación de *preeminencia jurídica* en relación a los demás miembros del Gobierno, lo que se traduce normativamente en un *status* y en unas funciones privilegiadas dentro del ámbito gubernamental. La otra con-

secuencia resulta también común en el Derecho comparado, en el que es frecuente encontrar numerosas referencias no sólo a la posición destacada que ocupa el Jefe del Ejecutivo dentro del propio Gobierno, sino también en la relación que mantiene con el resto de los poderes e instituciones estatales.

La conjunción de las importantes funciones asignadas y el particular *status* tanto desde un punto de vista jurídico como político, permiten al autor concluir que "de la perfección y correcto funcionamiento de estos mecanismos constitucionales depende, en buena medida, el éxito y la estabilidad no sólo de la propia dirección gubernamental, sino del conjunto del complejo estatal, pues no en vano se puede concebir el papel del Presidente del Gobierno como el arco de bóveda en que descansa nuestro actual régimen constitucional".

En suma, estamos en presencia de una obra que el Rector de la Universidad Rey Juan Carlos, Pedro González-Trevijano, ha denominado en el prólogo como "de referencia" en la materia; una monografía que esperamos resulte útil para el correcto entendimiento de la institución de la que se ocupa y potencie, por ende, un mejor conocimiento de nuestro régimen constitucional; una investigación la que nos ocupa a la que le deseamos el éxito editorial que tanto ella como su autor merecen.

Dep. Legal: TO-984-2000
ISSN: 1139-0026
Edita: Cortes de Castilla-La Mancha
Diseño: Jer Publicidad
Impresión: Da Vinci

