



Parlamento Constitución



Anuario

SUMARIO

I. ESTUDIOS

- Francisco de Carreras Serra, *"Una interpretación, moderadamente optimista, del nuevo recurso de amparo"*
- Juan María Bilbao Ubillos, *"Derecho penal, memoria y verdad histórica: la criminalización de la negación del genocidio"*
- Francisco Javier Díaz Revorio, *"Los derechos y principios en la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha"*
- Victor Orozco Solano, *"La mutación constitucional y la fuerza normativa de la Constitución. A propósito de varias sentencias emitidas por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia"*

II. NOTAS

- José Luis Cea Egaña, *"Relaciones entre jurisdicciones para garantizar los derechos humanos en Chile: Tribunal Constitucional, Corte Suprema y Corte Interamericana"*
- Esther González Hernández, *"El control estatal sobre las Comunidades Autónomas: las reformas estatutarias y el supuesto de control extraordinario del artículo 155 CE. El control subsidiario del Tribunal Constitucional"*
- José M^a Martí Sánchez, *"La regulación del factor religioso en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha"*
- Juan Carlos Ortiz Pradillo y Ágata María Sanz Hermida, *"La reforma de la Administración de Justicia y la nueva Oficina Judicial: organización y eficacia de la Justicia en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha"*
- Antonio Cuerda Riezu, *"El velo islámico y el derecho a la propia imagen"*
- Marcos Augusto Maliska, *"A soberania estatal em tempos de globalização e integração"*

III. CRÓNICAS

- (1 de enero a 31 de diciembre de 2007)
- Enrique Belda Pérez-Pedrero, *"Las Comunidades Autónomas en el Tribunal Constitucional a través del Senado. Dudas razonables de constitucionalidad y eficacia política para Castilla-La Mancha"*
- Tomás Vidal Marín, *"El fin de la guerra del vino entre las dos Castillas: la indicación geográfica "Vino de la Tierra de Castilla" y la STC 44/2007"*
- M^a del Pilar Molero Martín-Salas, *"Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (1 de enero de 2007 a 31 de diciembre de 2007)"*
- 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"*

Año 2008

Nº 11

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

Anuario



**Parlamento
y 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 de archivo informático, formato Word, espaciado interlineal 1,5. Éste debe remitirse por correo electrónico a la siguiente dirección: fcojavier.derevorio@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 hayan 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 2008 Nº 11 —

COLABORAN EN ESTE NÚMERO

Enrique Belda Pérez-Pedrero

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

Juan María Bilbao Ubillos

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid

Francesc de Carreras Serra

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona

José Luis Cea Egaña

Profesor Titular Pontificia Universidad Católica de Chile y Universidad de Chile. Expresidente y actual Ministro del Tribunal Constitucional de Chile

Antonio Cuerda Riezu

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

Francisco Javier Díaz Revorio

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

Esther González Hernández

Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

M^a Joaquina Guerrero Sanz

Letrada del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

Marcos Augusto Maliska

Profesor Titular de Derecho Constitucional de las Facultades Integradas de Brasil

José M^a Martí Sánchez

Profesor Titular de Derecho Eclesiástico de la Universidad de Castilla-La Mancha

María Martín Sánchez

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

María del Pilar Molero Martín-Salas

Becaria de Investigación de la Junta de Comunidades (Universidad de Castilla-La Mancha)

Victor Orozco Solano

Letrado de la Sala Constitucional. Suprema Corte de Justicia de Costa Rica

Juan Carlos Ortiz Pradillo

Profesor Contratado Doctor en Derecho Procesal. Universidad de Castilla-La Mancha

María Elena Rebato Peño

Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha

Ágata María Sanz Hermida

Profesora Asociada de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha

Tomás Vidal Marín

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



ÍNDICE

I. ESTUDIOS

Págs

Francesc de Carreras Serra , “Una interpretación, moderadamente optimista, del nuevo recurso de amparo”	9
Juan María Bilbao Ubillos , “Derecho penal, memoria y verdad histórica: la criminalización de la negación del genocidio”	39
Francisco Javier Díaz Revorio , “Los derechos y principios en la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha”	75
Victor Orozco Solano , “La mutación constitucional y la fuerza normativa de la Constitución. A propósito de varias sentencias emitidas por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia”	107

II. NOTAS, PONENCIAS Y COMUNICACIONES

José Luis Cea Egaña , “Relaciones entre jurisdicciones para garantizar los derechos humanos en Chile: Tribunal Constitucional, Corte Suprema y Corte Interamericana”	137
Esther González Hernández , “El control estatal sobre las Comunidades Autónomas: las reformas estatutarias y el supuesto de control extraordinario del artículo 155 CE. El control subsidiario del Tribunal Constitucional”	161
José M^a Martí Sánchez , “La regulación del factor religioso en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha”	195
Juan Carlos Ortiz Pradillo y Ágata María Sanz Hermida , “La reforma de la Administración de Justicia y la nueva Oficina Judicial: organización y eficacia de la Justicia en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha”	225
Antonio Cuerda Riezu , “El velo islámico y el derecho a la propia imagen”	247
Marcos Augusto Maliska , “A soberania estatal em tempos de globalizaçào e integraçào”	257

III. CRÓNICAS

(1 de enero a 31 de diciembre de 2007)

Enrique Belda Pérez-Pedrero , “Las Comunidades Autónomas en el Tribunal Constitucional a través del Senado. Dudas razonables de constitucionalidad y eficacia política para Castilla-La Mancha”	275
Tomás Vidal Marín , “El fin de la guerra del vino entre las dos Castillas: la indicación geográfica “Vino de la Tierra de Castilla” y la STC 44/2007”	285
M^a del Pilar Molero Martín-Salas , “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (1 de enero de 2007 a 31 de diciembre de 2007)”	295
María Martín Sánchez , “Actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha”	305
M^a Joaquina Guerrero Sanz , “Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria”	333
María Elena Rebato Peño , “Actividades de Derecho Público de la Universidad de Castilla-La Mancha”	361

I. ESTUDIOS

SUMARIO

- **Francesc de Carreras Serra**, Una interpretación, moderadamente optimista, del nuevo recurso de amparo
- **Juan María Bilbao Ubillos**, Derecho penal, memoria y verdad histórica: la criminalización de la negación del genocidio
- **Francisco Javier Díaz Revorio**, Los derechos y principios en la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha
- **Victor Orozco Solano**, La mutación constitucional y la fuerza normativa de la Constitución. A propósito de varias sentencias emitidas por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

UNA INTERPRETACIÓN, MODERADAMENTE OPTIMISTA, DEL NUEVO RECURSO DE AMPARO

Francesc de Carreras Serra
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO

- I. Marco general de la reforma.*
- II. Una reforma necesaria y largamente esperada.*
 - 1. Las razones de la reforma.*
 - 2. Las diversas posibilidades de la reforma.*
- III. Los presupuestos de la reforma.*
- IV. La nueva función de las Secciones.*
- V. El refuerzo de la capacidad de los jueces como órganos de garantía de los derechos fundamentales: el incidente de nulidad de actuaciones.*
- VI. Los nuevos requisitos de admisión.*
 - 1. La especial trascendencia constitucional.*
 - 2. La carga de la justificación en el demandante.*
 - 3. La ausencia de motivación en relación a la cláusula de trascendencia constitucional.*
- VII. Un significativo primer Auto sobre el nuevo procedimiento de admisión: las razones para el optimismo.*

I. Marco general de la reforma

Mientras en la opinión pública iba calando la impresión de que el Tribunal Constitucional era un órgano en crisis, cuyo descrédito iba en aumento, curiosamente se aprobó la ley orgánica que de forma generalizada y con mayor profundidad reformaba esta institución jurisdiccional¹. Sin embargo, esta importante reforma, fue ignorada por los medios de comunicación y, por tanto, pasó desapercibida para la opinión pública y no fue objeto de debate alguno, al contrario de la polémica suscitada a raíz de determinadas recusaciones de magistrados en ciertos recursos de inconstitucionalidad. Todo ello, una muestra más del bajo nivel de las informaciones y opiniones sobre temas constitucionales que aparecen en la prensa española, derivado de los escasos conocimientos jurídicos de políticos y periodistas.

Sin embargo, los objetivos que la reforma pretende y, si se aplica adecuadamente, puede alcanzar, son sin duda importantes y pueden mejorar la labor de la jurisdicción constitucional. En todo caso, se trata, con gran diferencia, de la reforma más importante del Tribunal Constitucional desde 1979 en que se aprobó su ley orgánica reguladora² y afecta a numerosos preceptos de la ley, desde cuestiones importantes a cuestiones más de detalle.

Hay que señalar, además, que los aspectos centrales de esta reforma habían sido reclamados desde hace tiempo por los juristas especializados en esta materia a la vista de las dificultades que el Tribunal encontraba en su labor diaria, en particular el bloqueo que generaba el aluvión de recursos de amparo y las tensiones con la jurisdicción ordinaria, especialmente con el Tribunal Supremo³.

1. Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE 25 de mayo de 2007).

2. La LO 2/1979, de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional (LOTC) ha sido modificada en seis ocasiones, la última de las cuales es la que comentamos. Las otras cinco son: LO 8/1984, de 26 de diciembre; la LO 4/1985, de 7 de junio; la LO 6/1988, de 9 de junio; la LO 7/1999, de 21 de abril y la LO 1/2000, de 7 de enero. Hasta la ley que comentamos, las reformas más importantes han sido las de la LO 6/1988, con objetivos en buena parte parecidos a los de la reforma actual, es decir, la agilización del recurso de amparo mediante la modificación de los arts. 50 y 86 LOTC, y la LO 7/1999 que añade un nuevo procedimiento referente a los conflictos en defensa de la autonomía local.

3. Reflejo de este acuerdo doctrinal lo encontramos en el siguiente texto de Eduardo Espín: “Pocas veces habrá habido un consenso tan amplio como el existente en la literatura jurídica y en el ámbito político sobre la conveniencia apremiante de encontrar una solución a los diversos problemas y desafíos a los que se enfrentaba la jurisdicción constitucional española. Dos cuestiones destacan probablemente entre todas, al menos, ante la opinión pública: la primera, el retraso en la resolución de los asuntos como consecuencia de la incapacidad objetiva para hacer frente al elevadísimo y siempre creciente número de asuntos que llegaban al Tribunal, entre los que predominaban abrumadoramente los recursos de amparo;

No obstante, algunas partes de la reforma están ligadas a la coyuntura política y sólo ésta las justifica. En concreto, se trata del cambio en el procedimiento de elección de los magistrados designados por el Senado y la prórroga legal de la presidencia en el supuesto de haber transcurrido su mandato como magistrado y no haberse procedido a la designación del nuevo cargo. Estas dos reformas han sido las causantes de que, por primera vez, no haya habido consenso parlamentario entre el partido del Gobierno (en este caso el PSOE) y el primer partido de la oposición (en este caso el PP), habiendo interpuesto parlamentarios de este último recurso de inconstitucionalidad a determinados preceptos de la ley⁴. Esta falta de acuerdo ha tenido un claro reflejo en las notorias tensiones habidas en el seno del Tribunal que han deteriorado su imagen de imparcialidad ante la opinión pública y contribuyen peligrosamente a socavar la legitimidad democrática de sus decisiones. Todo ello es profundamente lamentable pues repercute negativamente en la vida política, erosiona la imagen de independencia que es esencial en un órgano jurisdiccional y hace disminuir la confianza de los ciudadanos en instituciones que son claves en un Estado de Derecho.

Este trabajo no pretende ser un análisis de todas las reformas introducidas por la LO 6/2007, análisis que exigiría un espacio excesivo, sino, simplemente, algunas consideraciones y reflexiones sobre las modificaciones introducidas en el procedimiento de amparo, objetivo principal de dicha ley.

II. Una reforma necesaria y largamente esperada

1. Las razones de la reforma

El objetivo primordial de la reforma es desbloquear el atasco de asuntos pendientes de resolución en el Tribunal Constitucional que le impiden realizar debidamente sus dos principales funciones: la defensa de la Constitución frente a la ley y la resolución de los conflictos entre los órganos constitucionales y, espe-

la segunda, la recurrente tensión con el Tribunal Supremo en cuanto al deslinde entre las competencias respectivas, tensión vivida probablemente de forma más aguda desde el órgano superior de la jurisdicción ordinaria que al contrario". E. Espín Templado: "Comentarios al anteproyecto de reforma de la LOTC", en Espín Templado/Fernández Farreres/Cruz Villalón, *La reforma de la jurisdicción constitucional*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pág. 17.

4. Este recurso ha sido resuelto en la muy discutible STC 49/2008, de 9 abril, aprobada por una mayoría de cinco votos, con tres votos particulares, de un Pleno compuesto, lamentablemente, por ocho magistrados debido a la recusación de los otros cuatro. Véase el comentario de J. L. Requejo Pagés, "Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2008", *REDC*, núm. 83 (2008), págs. 211-216.

cialmente, los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En efecto, en todos los diagnósticos efectuados sobre el funcionamiento del Tribunal, este atasco es visto como el más grave asunto a resolver y, en todos ellos también, existe unanimidad en considerar que la causa del atasco es la sobrecarga que produce la interposición de un desmesurado número de recursos de amparo.

Aportemos al respecto unas cifras más que significativas para hacernos cargo de la dimensión del problema. Por un lado, en el 2006, justo el año anterior a la aprobación de esta ley, los asuntos ingresados en el Tribunal alcanzaron la cifra de 11.741 (un 20,9% más que en el 2005 y con una proporción similar entre éste y el 2004) de los cuales 11.471, es decir, el 97,7% son recursos de amparo (un incremento del 21,55% respecto a los 9.476 ingresados en el año 2005). Ciertamente, desde sus comienzos en 1980 hasta el momento de aprobarse la reforma, estos recursos no han hecho más que aumentar de año en año. Estas cifras muestran que el alto órgano jurisdiccional de defensa de la Constitución se ha convertido básicamente en un tribunal que se dedica a defender a los particulares en sus demandas frente a órganos judiciales ordinarios –téngase en cuenta que el amparo es, a excepción de los raros supuestos del art. 42 LOTC (un 0,04% en el 2006 del total de amparos), un recurso subsidiario– que, a su parecer, les vulneran derechos fundamentales.

Por otro lado, el 89,22% de estos amparos atienden reclamaciones respecto a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y otras garantías procesales del art. 24 CE, aunque en parte de estos supuestos, en los llamados “amparos mixtos”, también se interponen por considerar que vulneran otros derechos fundamentales, en especial el derecho a la igualdad del art. 14 CE (17,4% de los recursos de amparo) o, también, otros derechos fundamentales (21,58% de los amparos). Por tanto, el Tribunal Constitucional no sólo es un órgano casi monopolizado por el procedimiento de amparo sino que dedica la mayor parte de su tiempo a un solo tipo de derechos: los enumerados en el art. 24 CE que sólo pueden ser infringidos por jueces y tribunales.

Pero, además, en el año 2006 sólo el 4,07% de estos recursos fueron admitidos por el Tribunal al no cumplir los requisitos de admisión establecidos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC). Por tanto, hay un manifiesto abuso por parte de los demandantes de amparo al interponer recursos sin suficiente fundamentación legal, en el que tienen una especial responsabilidad sus abogados al ser peritos en derecho. Esta avalancha de amparos hace que en los

últimos años, las providencias de admisión a las demandas de amparo –casi siempre, como hemos dicho, declarando la inadmisibilidad– se demoren, como promedio, entre uno y dos años y las sentencias entre tres y cinco años. Todo ello, en sí mismo, no sólo justificaría la reforma sino que la convertiría en una urgente necesidad.

Pero hay más. Estas cifras muestran claramente que la mayor parte de las energías del Tribunal –el empleo del tiempo de los secretarios judiciales, los letrados y los magistrados– se malgastan en resolver este recurso, desatendiendo –y, por tanto, retrasando– la resolución de los demás procedimientos. El atasco del que hablábamos no está sólo localizado, pues, en los procedimientos de amparo sino que repercute en todas las demás actividades del Tribunal. Así pues, el problema del excesivo número de amparos también está en la base del bloqueo general de la institución respecto de los demás procesos constitucionales. Así lo ha constatado el profesor G. Fernández Farreres:

“El problema del amparo constitucional no debe verse únicamente como un problema privativo de ese concreto proceso constitucional, sino como un problema de mayor calado, que trasciende del propio amparo para afectar globalmente al normal desarrollo de las principales funciones del Tribunal, las relativas al control de la constitucionalidad de las leyes y a la resolución de las controversias competenciales”⁵.

Por tanto, la sobrecarga que implica el amparo ha provocado una metástasis que repercute en todas las actividades del Tribunal, comprometiendo su funcionalidad y su prestigio. Podría alegarse, sin embargo, que este caudal de energía bien vale la pena: se trata, en definitiva, de la protección del núcleo básico de los derechos fundamentales (arts. 14-29 CE) que la Constitución garantiza y, por tanto, de la protección del objetivo básico de nuestra democracia constitucional. Pero, si recordamos los datos antes transcritos, tampoco ello es así. En el año 2006 se inadmitieron 7.370 amparos y se admitieron 318, dictándose durante este mismo año 327 sentencias de amparo (de años anteriores, claro), estimando la demanda del recurso en sólo 238 casos. Con lo cual resulta que la parte principal de todo ese caudal de medios empleados por el Tribunal se dedica a inadmitir las pretensiones de los demandantes.

5. G. Fernández Farreres, “Comentario al anteproyecto reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, hecho público en septiembre de 2005”, en Espin Templado/Fernández Farreres/Cruz Villalón, op.cit.

Por consiguiente, en lugar de proteger derechos fundamentales lo que realmente se lleva a cabo es el fomento del abuso en un procedimientos de protección de derechos fundamentales, un auténtico despilfarro de tiempo y medios materiales y humanos, impidiendo a la vez que el Tribunal dedique sus energías a los demás procedimientos. La reforma, que ya se intentó en 1988 modificando la LOTC y constituyó un fracaso, era inaplazable.

2. Las diversas posibilidades de reforma

La doctrina ha debatido con profusión durante los últimos 20 años diversos modelos de reforma del recurso de amparo para tratar de poner remedio a esta situación⁶. Entre las soluciones propuestas, mencionaremos las más relevantes, examinado sucintamente sus razones.

La primera y más radical, aunque minoritaria, es la supresión pura y simple del recurso de amparo constitucional. Algunos la han defendido por considerarla, primero, como la única realmente efectiva para solucionar la sobrecarga del Tribunal y, segundo, por considerar que los derechos fundamentales ya están suficientemente garantizados por los tribunales ordinarios⁷. No obstante, la mayoría de la doctrina ha considerado un serio obstáculo el hecho indudable que para la supresión del amparo se requiera reforma constitucional – está configurado constitucionalmente en los arts. 53.2 y 161.1.b) CE– y, además, también la mayoría ha considerado que tal supresión no era conveniente desde el punto de vista político⁸.

Otro conjunto de propuestas van en la dirección de excluir del recurso de amparo los derechos del art. 24 CE. Con ello, según los datos aportados, se reduciría notablemente el número de recursos interpuestos. Una primera dificultad ante tal propuesta reside en que la misma no puede llevarse a cabo sin previa reforma constitucional. Algunos autores han dado razones atendibles para que ello pueda ser así al interpretar el inciso “en su caso” del art. 53.2 CE en el sen-

6. Para un detallado estado de la cuestión sobre estos diversos modelos, véase E. Carmona Cuenca, *La crisis del recurso de amparo. La protección de los derechos fundamentales entre el poder judicial y el Tribunal Constitucional*, Universidad de Alcalá, Madrid, 2005.

7. F. Santaolalla López, “El recurso de amparo y el desamparo del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Político*, núm. 24, 1987, artículo premonitorio de gran interés que ya contiene muchas de las críticas actuales a la regulación del amparo; J. R. Parada, en respuesta al cuestionario sobre la reforma de la LOTC, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 4, 1999; J. González Pérez, en respuesta al cuestionario sobre la reforma de la LOTC, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 18, 2006.

8. Así lo manifiestan autores tan relevantes como M. Aragón, P. Pérez Tremps, L. M. Díez-Picazo o G. Fernández Farreres, entre otros.

tido de que el amparo constitucional es potestativo y que su existencia dependerá de la ley que lo desarrolla. Sin embargo, la mayoría de la doctrina, aún considerándolo conveniente, no ve posible que ello pueda llevarse a cabo sin una reforma previa de la Constitución dada la dicción literal del art. 161.1 b) CE que lo impone como preceptivo para todos los derechos mencionados en el art. 53.2 CE “en los casos y formas que la ley establezca”.

Una tercera vía consiste en reforzar las potestades de la jurisdicción ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales. Esta vía parte de considerar que resulta insuficiente el actual amparo judicial u ordinario, antes regulado en la ley 62/1978 y actualmente disperso en normativas civiles, administrativas, laborales y procesal-militar. Para reforzar estas garantías judiciales, se ha propuesto ampliar el campo de derechos fundamentales que actualmente cubre el incidente procesal de nulidad de actuaciones. Con ello, la garantía de los derechos estaría mejor protegida por el poder judicial, se acentuaría el carácter subsidiario del amparo constitucional y supondría un filtro importante para que llegaran menos casos al Tribunal Constitucional en demanda de amparo. Como después veremos, esta vía ha sido acogida en la actual reforma. Una posición más radical sería la de quienes proponen trasladar el amparo a una sala del Tribunal Supremo excluyendo así al Tribunal Constitucional de toda competencia sobre el mismo.

Una cuarta vía de reforma propone distinguir en la defensa de los derechos fundamentales lo que son cuestiones de constitucionalidad de lo que son cuestiones de mera legalidad, es decir, tratar en sede constitucional aquellas que suponen vulneración de la Constitución, separándolas de aquellas que sólo suponen vulneración de la ley, las cuales sólo podrían resolverse en sede ordinaria. Por tanto, únicamente las primeras serían competencia del Tribunal Constitucional, quedando las últimas bajo la protección de los tribunales ordinarios. Si bien la distinción, aunque confusa, es teóricamente posible, en la práctica resulta extremadamente complicada y probablemente daría lugar a una jurisprudencia contradictoria que para nada contribuiría a la seguridad jurídica y al respeto en la aplicación judicial de los derechos fundamentales. Ciertamente, la distinción entre el plano de la constitucionalidad y el plano de la legalidad casi nunca es clara y no siempre resulta posible. Así lo consideró el mismo Tribunal Constitucional en su STS 50/1984 de 5 de abril:

“La distinción entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria no puede ser establecida, como a veces se hace, refiriendo la primera al plano de la constitucionalidad y la jurisdicción ordinaria al de la “simple legalidad”, pues la unidad

del ordenamiento y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como si fueran mundos distintos e incommunicables. Ni la jurisprudencia ordinaria puede, al interpretar y aplicar la ley, olvidar la existencia de la Constitución, ni puede prescindir la jurisprudencia constitucional del análisis crítico de la aplicación que la jurisdicción ordinaria hace de la ley, cuando tal análisis es necesario para determinar si se ha vulnerado o no alguno de los derechos fundamentales”.

Así pues, esta dificultad, probablemente insuperable, en separar claramente los planos de la constitucionalidad y de la legalidad, en el marco de una Constitución normativa como es la española, no aconseja adoptar esta solución.

El último conjunto de reformas propuestas intenta dificultar, en lo posible, por vías procesales, el acceso de los demandantes de amparo al Tribunal Constitucional. Ha sido, sin duda, la opción mejor acogida en la doctrina española y, como veremos, la que más decisivamente ha influido en la actual reforma. Además, tiene la garantía del precedente comparado, tanto norteamericano como alemán.

El precedente norteamericano lo encontramos en la técnica del *certiorari*, consistente en atribuir al Tribunal Supremo de Estados Unidos la facultad de decidir discrecionalmente, sin necesidad de justificar la opción escogida, cuáles son los recursos que el Tribunal admite a trámite y cuáles no⁹. La introducción de un procedimiento como el norteamericano sería la forma más radical para solucionar los problemas de sobrecarga del Tribunal por causa del exceso de amparos. Sin embargo, como la mayoría de la doctrina ha señalado, se trata de una solución difícilmente encajable dentro de nuestro sistema constitucional. Es cierto que no existe propiamente en nuestro sistema un derecho al recurso de amparo, que impida introducir el *certiorari*, así como existe un derecho a la tutela judicial efectiva que impediría, en su caso, que el *certiorari* se introdujera en los procesos ante la jurisdicción ordinaria.

Ahora bien, no cabe duda que el recurso de amparo tiene un componente subjetivo (art. 53.2 CE) de tutela jurisdiccional de las personas cuya principal función es protegerlas ante posibles vulneraciones de sus derechos fundamentales y estas personas deben tener ciertas garantías legales de que sus derechos serán

9. Sobre esta técnica, véase el excelente estudio de M. A. Ahumada, “El *certiorari*. Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de Estados Unidos”, *REDC*, núm. 41, 1994.

efectivamente protegidos sin que ello pueda resolverse por criterios objetivos, ajenos a sus pretensiones particulares, dejados a la discrecionalidad del Tribunal. Por tanto, la función de tutela y protección de los derechos fundamentales no puede quedar totalmente anulada, aunque se pretenda reforzar el carácter objetivo del recurso, y una fórmula idéntica al *certiorari* estadounidense supondría una absoluta anulación de su carácter subjetivo.

La reforma alemana de 1993 se inspira también en el *certiorari* norteamericano pero modera sus efectos. En efecto, en lo sustancial dicha reforma permite inadmitir un recurso de amparo sin necesidad de motivar las razones de la inadmisión. No obstante, el Tribunal alemán debe fundar la inadmisión en dos motivos: primero, que el recurso tenga escaso o nulo interés constitucional y, segundo, que el perjuicio causado por la posible vulneración del derecho sea especialmente grave. Así, aunque no deba hacerlo explícito, dado que no hay obligación de motivar, el Tribunal Federal debe fundamentar su posición en unas causas tanto objetivas –interés constitucional– como subjetivas –perjuicio grave causado por la vulneración del derecho–, no en la discrecionalidad basada en criterios objetivos como es el caso del *certiorari*. Sin embargo, todo parece indicar que esta causa subjetiva hizo que la solución adoptada resultara ineficaz ya que no disminuyeron las demandas de amparo y los magistrados siguieron empleando una excesiva parte de su tiempo en decidir sobre la admisibilidad de los recursos. Constatado el fracaso, en 1996 una comisión de trabajo, presidida por el profesor Benda, propuso una nueva fórmula en la línea del *certiorari*¹⁰. Sin embargo, hasta ahora no ha habido modificaciones a la reforma del año 1993.

En el caso español, ya la reforma del art. 50 de la LOTC en 1988 había introducido que las Secciones pudieran inadmitir recursos mediante providencia (no las Salas mediante auto, como hasta entonces), pudiendo alegar, además de otros requisitos procesales de carácter formal, dos razones: primera, que el Tribunal hubiera ya desestimado un recurso, una cuestión de inconstitucionalidad o un recurso de amparo, en un supuesto “sustancialmente igual”; y, segunda, que la demanda de amparo careciera “manifiestamente de contenido que justifique una

10. Para la problemática en Alemania, véase J. L. Rodríguez Álvarez, “Seleccionar lo importante. La reciente reforma del trámite de la *verfassungsbeschwerde*”, *REDC*, núm. 41, 1994; y P. López Pietsch, “Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español”, *REDC*, núm. 53, 1998. Las posiciones doctrinales ante las reformas alemana y española del recurso de amparo son muy parecidas. En voto particular a los trabajos de la comisión Benda, la magistrada Karin Grasshof discrepa de la mayoría que se inclina por un sistema parecido al *certiorari* y propone un recurso ordinario por vulneración de derechos procesales ante la jurisdicción ordinaria, una de las propuestas que, como hemos examinado, también ha sido planteada en España.

decisión sobre el fondo de la misma por parte del Tribunal Constitucional”. La primera de estas razones ya figuraba en la ley tal como se aprobó en 1979; en cuanto a la segunda, se había añadido, respecto a su redacción anterior, el significativo inciso “sobre el fondo”

En realidad, ello posibilitaba una interpretación que liberara al Tribunal de entretenerse en fundamentar la inadmisión del recurso. Téngase en cuenta que en aquellos años –y hasta la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2001 que exige a las providencias una “sucinta motivación”– las providencias, a diferencia de los autos, no exigían motivación alguna. Sin embargo, llevado por su afán garantista en materia de derechos fundamentales, el Tribunal siguió motivando las providencias de inadmisión, con lo cual no evitó la sobrecarga de trabajo que pretendía evitar dicha reforma. A pesar de las críticas doctrinales, y tras algún intento de interpretar estrictamente el art. 50.1.c) en la nueva redacción de la reforma de 1988¹¹, se desaprovechó lo que, interpretado en sentido estricto, podía haber remediado la situación, es decir, podía haber conseguido el desbloqueo de la actividad del Tribunal.

III. Los presupuestos de la reforma.

Todas estas posibles opciones han sido tenidas en cuenta por el legislador a la hora de reformar el recurso de amparo con el objeto de reducir la excesiva dedicación del Tribunal a los mismos y así no retrasar las sentencias en los demás procedimientos.

La reforma establecida en la LO 6/2007 parte de dos presupuestos previos a los que ya hemos aludido: primero, no debe implicar una previa reforma constitucional; y, segundo, debe reforzarse el carácter objetivo del recurso de amparo dado que la finalidad del Tribunal Constitucional reside básicamente en el control de constitucionalidad de las leyes y en la resolución de conflictos, y sólo de manera secundaria en la protección de las personas por vulneración de los derechos fundamentales, labor que ya efectúan en otras instancias los jueces y magistrados.

El hecho de que se emprenda la reforma sin previa revisión de la

11. Es el caso del ATC 248/1994, de 19 de septiembre, que no tuvo después continuación. Véase el comentario de J. L. Requejo Pagés, “Hacia la objetivación del amparo constitucional (comentario al Auto de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de 19 de septiembre de 1994)”, *REDC*, núm 42, 1994.

Constitución implica desechar algunas propuestas radicales, entre ellas dos que, a nuestro parecer, la exigen: la de la supresión del propio recurso y la exclusión del objeto de amparo de ciertos derechos fundamentales, especialmente los del art. 24 CE. Asimismo, probablemente también exigirían reforma de la Constitución la supresión de los amparos frente a actos judiciales, solución propuesta por algunos sectores doctrinales. La exclusión de estas vías que exigen cambios constitucionales reduce considerablemente, pues, las posibilidades de reforma.

Por otra parte, el refuerzo del carácter objetivo del recurso de amparo requiere un cierto detenimiento, para lo cual efectuaremos algunas consideraciones.

El recurso de amparo ofrece en la Constitución, como el dios Jano, una doble cara, trasunto de la doble naturaleza, subjetiva y objetiva, que caracteriza a los derechos fundamentales. En efecto, el recurso constitucional de amparo tiene en el art. 53.2 CE un claro carácter subjetivo, es decir, está planteado como un derecho de las personas a recurrir ante el Tribunal Constitucional reclamando un derecho o interés legítimo vulnerado. Releamos este precepto: “*Cualquier ciudadano* podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección Primera del Capítulo 2 ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (...)”. Carácter subjetivo que se acentúa más todavía al prescribir el art. 162.1.b) CE que están legitimados para interponer recurso de amparo “*toda persona* natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal”.

Está claro en estos dos preceptos que el recurso de amparo no puede perder este carácter subjetivo sin proceder a la reforma constitucional de ambos. Ahora bien, del carácter objetivo que el Tribunal Constitucional ha reconocido a los derechos fundamentales¹² deriva, en parte, el carácter también objetivo del recurso de amparo. Y este carácter objetivo se ve reforzado si consideramos que el

12. Se trata del conocido párrafo de la STC 25/1981, de 14 de julio: “(...) Los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un “status” jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado Social de Derecho o el Estado Social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1 CE). Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales (...)”.

Tribunal es el supremo intérprete de la Constitución, algo implícito en la Constitución misma y reconocido en el art. 1 de la LOTC: “El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución (...)”.

Ambas facetas, subjetiva y objetiva, del recurso de amparo, han sido destacadas en alguna ocasión por sentencias del propio Tribunal:

“La función del recurso de amparo no es otra que proteger a los ciudadanos de las violaciones frente a los derechos fundamentales (...) Los derechos fundamentales no son sólo normas constitucionales que establecen derechos subjetivos públicos, sino rasgos esenciales del sistema democrático, de modo que la protección efectiva del derecho fundamental y de su actuación concreta trasciende del significado individual, para adquirir una significación objetiva (...)” (STC 245/1991, de 16 de diciembre).

Así pues, hay que otorgar un significado objetivo a los derechos fundamentales porque, además de derechos subjetivos, son rasgos esenciales del sistema democrático. En correspondencia con ello, el amparo tiene también como función la garantía de ambas facetas, la subjetiva y la objetiva. Esta función la ha cumplido con creces el Tribunal.

La primera, la defensa de derechos de las personas en un conflicto determinado, la ha llevado a cabo el Tribunal desde un primer momento, un momento, por cierto, el de los primeros años de la democracia, en el que la mayoría de los jueces, con mentalidad y/o preparación técnica preconstitucional, difícilmente podían ejercerla de un modo adecuado. Este fue uno de los motivos por los cuales se introdujo el recurso de amparo en una institución cuya finalidad principal era otra, era la defensa de la Constitución frente a la ley: se dudaba, con razón, que el juez ordinario tuviera capacidad para aplicar correctamente las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales. Por tanto, el amparo ejerció una función supletoria del poder judicial en la garantía de los fundamentos básicos de la democracia constitucional.

Sin embargo, transcurridos casi treinta años, no hay motivo para pensar –y sería la constatación de un fracaso hacerlo así– que una plantilla de jueces prácticamente renovada y formada en el conocimiento de un Derecho basado en la Constitución, no pueda ya aplicar la legislación que desarrolla los derechos fundamentales con el mismo grado de adecuación constitucional que los magistrados del Tribunal Constitucional. Efectivamente, ello es así y la prueba está en que de

las miles de reclamaciones judiciales planteadas en amparo ante el Tribunal, sólo un pequeño número, un escaso 2%, son estimadas en sus sentencias.

Pero, además, en estas casi tres décadas de funcionamiento, el Tribunal Constitucional ha desarrollado, a la vez, su otra función: la defensa objetiva del ordenamiento constitucional, definiendo el objetivo, contenido y límites de cada derecho y suministrando los criterios para decidir en casos de conflicto entre derechos. Por tanto, esta es una razón más para que, sin abandonar del todo su faceta subjetiva, acentúe la objetiva: el Tribunal debe intervenir sólo en aquellos supuestos en los cuales deba interpretarse la Constitución, o la ley a la luz de la Constitución, su función primordial, y que sean los jueces ordinarios quienes en la generalidad de los casos se encarguen de decidir los conflictos concretos. Hay que dar por supuesto que la solución de estos conflictos concretos ya está predeterminada en el mismo texto constitucional –tras ser convenientemente interpretado– y en las leyes, cuyo sentido constitucional está también aclarado de forma suficiente por parte del Tribunal Constitucional, su máximo intérprete.

Así, con unos jueces ordinarios que ya han asimilado la doctrina constitucional sobre derechos fundamentales, lo que hace falta es que el Tribunal se limite sólo a dilucidar aquello que constitucionalmente todavía no lo está. Por tanto, de un amparo predominantemente subjetivo –de garantía de las personas en un conflicto determinado– es natural que se pase a un amparo predominantemente objetivo –garantía de que la norma infraconstitucional que debe aplicarse es constitucionalmente adecuada– sin dejar de ser el recurso de amparo, como hasta ahora, ambas cosas a la vez.

Desde estos presupuestos estudiaremos a continuación los ámbitos en los que incide principalmente la reforma: la nueva función de las Secciones; el refuerzo de la capacidad de los jueces como órganos de garantía de derechos fundamentales; y, por último, como parte decisiva de la reforma, los nuevos requisitos de admisión a trámite de los recursos.

IV. La nueva función de las Secciones

Con el fin de agilizar las tareas del Tribunal, la reforma establece una descentralización interna en las tareas llevadas a cabo por sus órganos traspasando a las Secciones ciertas funciones que antes sólo poseían en exclusiva el Pleno y

las Salas.

Así, el nuevo art. 6.1 LOTC establece que “el Tribunal Constitucional actúa en Pleno, en Sala o en Sección”, cuando antes sólo actuaba en Pleno y en Sala. El art. 8 LOTC, además de prever que las Secciones podrán decidir sobre la admisibilidad o no de los procesos constitucionales, establece, en su tercer apartado, que las Secciones podrán resolver, es decir, dictar sentencia, en los recursos de amparo que las Salas les defieran (véanse arts. 48, 52-54 y 55.2 LOTC). De estos preceptos, el que más interesa a nuestros efectos, por problemático, es el art. 52.2 LOTC que establece la condición por la cual la Sala puede deferir la resolución del recurso a la Sección: “cuando para su resolución sea aplicable doctrina consolidada del Tribunal Constitucional”.

Este sorprendente inciso, resulta bastante incoherente con la necesidad, que luego examinaremos, de que sólo sean admisibles los recursos de amparo que revistan “especial trascendencia constitucional” (arts. 49.1 y 50.1 LOTC). En efecto, ¿puede darse el caso de un recurso que, al ser admitido a trámite, ha sido implícitamente reconocido como de “especial trascendencia constitucional” sea resuelto en aplicación de “doctrina consolidada” del Tribunal?. La respuesta a esta pregunta no es fácil. Veamos.

Si la respuesta es positiva, la especial trascendencia constitucional significa muy poco ya que, a pesar de tener doctrina consolidada para resolver el caso, el recurso ha sido admitido. Ciertamente, en ese supuesto no se entiende muy bien qué trascendencia constitucional puede tener un recurso que ya tiene doctrina consolidada, es decir, una respuesta más o menos mecánica a la cuestión que plantea sin ofrecer novedad alguna. Más claramente: si a pesar de tener doctrina consolidada se admite el recurso por su trascendencia constitucional, esta trascendencia constitucional parece quedar vacía de contenido, cualquier recurso puede tenerla y, entonces, no puede suponer filtro alguno de acceso al Tribunal. Por otro lado, si la respuesta es negativa, es decir, si negamos que un recurso admitido por su trascendencia constitucional pueda ser deferido a una Sección por la Sala, entonces este precepto del art. 52.2 LOTC implica que, nunca podrán deferirse a las Secciones los amparos en los cuales son competentes las Salas, con lo cual el precepto nunca será de aplicación.

Entendemos que, ante tan complicada disyuntiva, el Tribunal debe hacer una interpretación del art. 52.2 LOTC que permita a las Salas deferir asuntos en las Secciones, ya que ésta es la intención del legislador y la funcionalidad del pre-

cepto. Quizás cabría decir que el recurso puede tener trascendencia constitucional porque, a pesar de tener doctrina consolidada, ésta es incumplida reiteradamente por los jueces y conviene recordarla. Ahora bien, en este caso sería mejor que la sentencia les fuera recordada por la Salas, incluso por el Pleno, antes que por las Secciones. Algún significado, sin embargo, habrá que encontrar a esta aparente contradicción.

No aclaran este tema otros supuestos de descentralización, en este caso del Pleno a las Salas, que ha comportado la reforma. Efectivamente, también la ley permite, según el nuevo art. 10.1b) LOTC, que los recursos de inconstitucionalidad puedan ser deferidos por el Pleno a las Salas cuando sean de “mera aplicación de doctrina”, debiendo señalar el Pleno cual es la doctrina constitucional de aplicación. Asimismo, en esta línea descentralizadora, las cuestiones de inconstitucionalidad serán resueltas, en principio, por las Salas, a excepción de aquellas que el Pleno se reserve para sí (nuevo art. 10.1c) LOTC). Por otra parte, tanto en los conflictos de competencia entre Estado y Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí como en las impugnaciones del art. 161.2 CE y en los conflictos en defensa de la autonomía local, el Pleno podrá atribuir a las Salas la decisión sobre el fondo (nuevo art. 10.2 LOTC).

Ahora bien, ninguno de estos supuestos ofrece las contradicciones del art. 52.2 LOTC. El que, aparentemente por lo menos, más se le parece es el supuesto de la deferencia a las Salas por parte del Pleno en los recursos de inconstitucionalidad dado que sólo pueden producirse en casos de “mera aplicación de doctrina” (muy parecido a la “doctrina consolidada” del amparo), debiendo el Pleno en este caso indicar a la Sala de cuál doctrina se trata. Ahora bien, tampoco es un supuesto similar al del recurso de amparo porque el que un requisito para deferir un recurso a una Sala sea que se trata de un asunto que sólo consiste en aplicar meramente doctrina del Tribunal (se entiende, ya consolidada) no es contradictorio con los demás requisitos de admisión del recurso de inconstitucionalidad. En el recurso de amparo, como sabemos, la dificultad para admitirlo consiste en cohonestar la imprescindible “trascendencia constitucional” – condición que no se precisa en el recurso de inconstitucionalidad– con el hecho de que pueda deferirse a las Secciones sólo en el caso de que sea mera aplicación de “doctrina consolidada”.

No obstante, esta deferencia a las Secciones para que dicten sentencia en casos de aplicación de doctrina consolidada –piénsese que hasta la entrada en vigor de la reforma, la inmensa mayoría de recursos de amparo se hallan en esta

situación— está siendo de gran utilidad en el periodo transitorio de aplicación de la ley, en la que no es necesario para su admisión que tengan “trascendencia constitucional”. En efecto, como ya hemos señalado, la DT 3ª de la ley que comentamos establece que “los recursos de amparo cuya demanda se haya interpuesto antes de la vigencia de esta ley orgánica se regirá por la normativa anterior”. Dado el enorme retraso del Tribunal, en el año 2007 la mayoría de autos y providencias de admisión a trámite de recursos de amparo lo han sido respecto a recursos interpuestos antes de la entrada en vigor de la nueva ley y no se les aplica, por tanto, la vigente nueva normativa de admisión, aunque sí se les aplica, en virtud de la DT 1ª, que las Salas puedan deferir a las Secciones la resolución de los recursos de amparo (así como también en los demás procesos constitucionales en que la ley lo admite).

Por esta razón, la actual presidenta del Tribunal Constitucional, doña María Emilia Casas Baamonde, en la Presentación de la Memoria 2007 del Tribunal Constitucional, tras aludir a las características generales de la reforma y sus beneficiosos efectos, al referirse en concreto a los recursos de amparo, dice textualmente:

“El Tribunal ha querido estar a la altura de la circunstancia excepcional que supone una revisión tan radical, y en aspectos tan sensibles, de su Ley rectora, aplicándose desde el primer momento a la tarea de hacer posible la inmediata efectividad del nuevo régimen del amparo, para lo que ha sido preciso concentrar el grueso de los esfuerzos en la gestión de los recursos anteriores a la Ley Orgánica 6/2007, sujetos por el legislador a un régimen transitorio que entendemos ha de quedar solventado antes de la plena aplicación del nuevo modelo.

(...) Puedo ofrecer algunas cifras que dicen mucho del empeño del Tribunal en reducir al mínimo el período transitorio en el que ahora se ve inmerso. Creo muy ilustrativo el dato de que durante el año se hayan dictado un total de 11.341 providencias (de éstas, 10.888 de inadmisión, 380 de admisión y 73 de terminación de amparos) frente a las 8.331 acordadas en 2006 (de las cuales 7.376 fueron de inadmisión, 501 de admisión y 454 de terminación), o las 5.880 de 2005 (5.293, 314 y 273, respectivamente). Así, la relación entre amparos resueltos (por sentencia, auto o providencia de inadmisión) y demandas de amparo ingresadas, alcanzó en 2007 el 115,3 %, frente al 72,6% en 2006 o el 62,1% en el año 2005. En otras palabras, han sido más los amparos finalizados por resolución firme (11.397) que los amparos ingresados (9.840), algo del todo inusual, manteniéndose la proporción de amparos admitidos a trámite siempre entre el 3 y el

6 % del total, como se refleja en toda la serie estadística del Tribunal Constitucional”¹³.

Así pues, no hay duda que en este período transitorio la deferencia de la facultad sentenciadora en las Secciones está siendo útil a efectos de rapidez en la tramitación. Pero la duda anteriormente formulada persiste. Una vez transcurrido este período en el que no es de aplicación la cláusula de la trascendencia constitucional, ¿cómo se conciliará esta cláusula necesaria para la admisión con la posibilidad, una vez admitido el recurso, de encontrar motivos para deferir a las Secciones facultades sentenciadoras en los casos en que “sea aplicable doctrina consolidada del Tribunal Constitucional”?

V. El refuerzo de la capacidad de los jueces como órganos de garantía de los derechos fundamentales: el incidente de nulidad de actuaciones

La ampliación de la capacidad de los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria en materia de de derechos fundamentales lo ha resuelto la reforma mediante la modificación del párrafo primero del art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que figura en la DA 1ª de la LO 6/2007 y que establece un aumento de los supuestos en lo que se puede interponer el incidente procesal de nulidad de actuaciones. La nueva redacción de dicho párrafo es la siguiente:

“No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario”.

La reforma sólo modifica un aspecto de su anterior redacción. Antes los motivos del incidente eran sólo dos: defectos de forma que hubieren causado indefensión o incongruencia del fallo. Ahora los motivos se han ampliado y, como establece el mencionado precepto, pueden fundarse en cualquier vulneración de un derecho fundamental susceptible de amparo constitucional. En todo caso, sigue como requisito que tal vulneración no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso o que no sea susceptible de recurso

13. Tribunal Constitucional, *Memoria 2007*, Madrid, 2008, pág. 10.

ordinario ni extraordinario.

Esta ampliación del incidente de nulidad de actuaciones parece ir dirigido a frenar la interposición de recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional y supone un reforzamiento del carácter subsidiario del amparo constitucional al añadir una nueva posibilidad de que los derechos vulnerados puedan ser reparados por los tribunales ordinarios. En realidad, esta reforma – a la que ya hemos aludido al enumerar las reformas posibles– es una versión descafeinada de las posiciones que pretendían suprimir el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional para residenciarlo en una sala especial del Tribunal Supremo. Al no creer conveniente o constitucionalmente posible tal reforma, el legislador ha pretendido reforzar los poderes de los jueces en materia de protección de derechos fundamentales mediante la ampliación de supuestos a los que se puede aplicar este incidente procesal.

La mayoría de la doctrina ha acogido esta modificación con interés y sin graves discrepancias respecto a su coherencia con la filosofía general del recurso de amparo aunque también con un alto grado de escepticismo en cuanto a su eficacia para librar al Tribunal Constitucional de su sobrecarga de trabajo¹⁴. Las principales razones de este escepticismo son dos: primera, que hasta ahora el incidente de nulidad de actuaciones no ha servido ni siquiera para impedir el gran alud de amparos por vulneración del art. 24.1 CE que afectan a la indefensión y a la incongruencia omisiva; segundo, que este incidente procesal debe resolverse por la misma instancia que, presuntamente, lo ha vulnerado y, por tanto, la confianza del demandante en una rectificación por parte de dicho órgano debe ser más bien escasa, lo cual es disuasorio para utilizar esta vía. Estas razones son perfectamente atendibles y, ciertamente, la desconfianza en la funcionalidad del refuerzo de este incidente procesal para descargar al Tribunal de recursos de amparo infundados, parece bastante justificada.

Ahora bien, si tenemos en cuenta el carácter subsidiario del recurso de amparo, no interponer el incidente, teniendo posibilidad para ello, es una razón más para justificar la inadmisión del recurso por no haber agotado todas las instancias ordinarias. Son obvias las dificultades que tendrán las Secciones o las Salas para averiguar esta causa de inadmisión, pero una decidida política por parte del

14. Véase, Espín Templado / Fernández Farreres / Cruz Villalón, *La reforma de la justicia constitucional*, op. cit., especialmente págs. 55-56 y 115-125; y *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 18, 2006. “Encuesta sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, especialmente págs. 28-37.

Tribunal en este sentido, puede ir educando a los abogados en la utilización de este incidente procesal, liberando al Tribunal de amparos que, desde el punto de vista procedimental, están mal fundados.

Por otra parte, debe señalarse que, si el incidente fuera muy utilizado por los demandantes, tendría una inevitable consecuencia: la descarga de trabajo del Tribunal repercutiría en una mayor carga de asuntos a resolver por parte de los tribunales ordinarios, ya de por sí excesivamente ocupados. Sin embargo, en el Tribunal Constitucional el trabajo se concentra en muy pocas secciones y salas; en cambio, en los tribunales ordinarios la dispersión es mucho mayor dado que su organización está repartida por todo el territorio nacional, con lo cual la supuesta sobrecarga que éstos deban sobrellevar, a mi modo de ver, será mucho más liviana que la que en la actualidad soporta la jurisdicción constitucional.

VI. Los nuevos requisitos de admisión

El meollo de la reforma está, como hemos dicho, en las modificaciones de los requisitos de admisión. Las cuestiones a analizar son tres: la necesidad de que el recurso se caracterice por su “especial trascendencia constitucional” (art. 49.1 LOTC), que la carga de justificar dicha trascendencia recae en el demandante (art. 49.1 LOTC) y que la providencia que resuelva la admisión no requiera motivación (art. 50.3 LOTC). Vamos a examinar estas cuestiones, anticipando que, desde mi punto de vista, las decisivas son las dos últimas.

1. La especial trascendencia constitucional

Además de los requisitos procesales derivados del carácter subsidiario del recurso de amparo, de los derechos protegidos por el mismo y de los poderes frente a los cuales cabe interponerlo (todo ello regulado en los arts. 41 a 48 LOTC, apenas retocados en la reforma y, en todo caso, sin ninguna modificación sustancial), el nuevo art. 49.1 LOTC nos suministra la principal clave: “En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso”.

El cambio principal reside en la inversión del juicio de admisibilidad, es decir, tal como se argumenta en la exposición de motivos, se ha pasado de “comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado”. Ello implica dos cuestiones que deben deslindarse: primera, la carga de justificar esta “especial trascendencia constitucional” recae en el demandante; y, segunda, en

caso de que este requisito no se satisfaga debidamente, el recurso no debe ser admitido a trámite. La incógnita reside ahora en saber cuales son los criterios que el Tribunal debe utilizar para considerar que el recurso tiene esta especial trascendencia constitucional.

Algunas directrices para averiguar estos criterios las establece el nuevo art. 50.1 b) LOTC al prescribir que ello se apreciará en razón de su importancia para: a) la interpretación de la Constitución; b) la aplicación y eficacia general de la misma; y c) la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

Estas directrices para determinar la “especial trascendencia constitucional” del recurso tienen un carácter tan abstracto y, en cierta medida, tan obvio, que no facilitan la concreción de un concepto todavía más vago y genérico como es “la especial trascendencia constitucional”. En cierta manera, se podría decir, pues, que sobran o que, en todo caso, no ayudan al aplicador de la ley, sea el demandante que la formula, sea el Tribunal que debe admitir o inadmitir la demanda. Sin embargo, esta vaguedad puede ser útil desde el punto de vista de reducir el número de amparos admitidos ya que da un amplísimo margen al Tribunal para que fije una jurisprudencia que permita concretar en cada caso. Ahora bien, también es verdad que, desde el punto de vista del demandante, tan vaga terminología no contribuye para nada a la seguridad jurídica exigible en toda regla de derecho.

En definitiva, lo que se deduce de esta nueva redacción de los arts. 49.1 y 50.1 b) LOTC es que no se ha avanzado mucho respecto al anterior art. 50.1 c) que establecía como requisito material para que un amparo fuera admitido que la demanda “carezca manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma por parte del Tribunal Constitucional”¹⁵. Esta formulación, no sustancialmente modificada en la reforma establecida por la LO 6/1988, aún estaba redactada antes en un lenguaje más indeterminado y podía ser utilizada para inadmitir ampliamente si hubiera sido interpretada por el Tribunal de manera adecuada.

Con razón sostuvo el profesor Juan Luís Requejo con afán polémico: “Para desconuelo de sus críticos, he de decir que el *certiorari* ya existe. El Tribunal admite lo que quiere, porque todo lo que el Tribunal inadmite por el 50.1 c)

15. Véase el comentario de A. Gómez Montoro al art. 50 LOTC en J. L. Requejo (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, TC-BOE, Madrid, 2001, págs. 796-833.

(carencia manifiesta de contenido) no son más que desestimaciones anticipadas, de suerte que ese artículo opera como la válvula que le permite inadmitir lo que no interesa”¹⁶. Con ello Requejo apuntaba a la causa del fracaso de la reforma de 1988, realizada por los mismos motivos que la actual, con los nulos resultados que están a la vista y que hemos señalado. Así pues, desde un punto de vista legal, una especie de *certiorari* ya existía pero el Tribunal lo desechó, llevado por su afán garantista, es decir, por una interpretación del amparo como institución predominantemente de tutela subjetiva, en lugar de una institución de carácter objetivo en defensa de la Constitución.

Por tanto, a mi modo de ver, este cambio consistente en introducir una determinada cuestión de fondo entre los requisitos para admitir el amparo no es ningún cambio significativo porque algo semejante y equivalente ya figuraba en la ley reformada. No hay mucha diferencia entre que una demanda deba contener una “especial trascendencia constitucional” o que su “contenido justifique una decisión sobre el fondo de la misma”. ¿Puede pensarse que las directrices interpretativas del art. 50.1 b) antes referidas permiten objetivizar mejor el recurso de amparo?. No creo que existan muchos motivos para contestar afirmativamente a esta pregunta. Por tanto, la innovación, según como se interprete, a efectos prácticos puede resultar inocua.

2. La carga de la justificación en el demandante

El requisito de que sea el propio demandante quien deba demostrar la “especial trascendencia constitucional” del recurso, ¿será disuasorio para quién interponga una demanda con muy escasa convicción en la solidez de sus fundamentos?. En principio creo que debería serlo.

Como es sabido, las causas del rápido crecimiento de los recursos de amparo han sido, además de las facilidades económicas que la ley otorga¹⁷, la ligereza, muchas veces interesada, con la cual actúan ante el Tribunal Constitucional los abogados del demandante que, con demasiada frecuencia, han interpretado el amparo como una instancia más de la jurisdicción ordinaria. Ello supone un notorio desconocimiento de la naturaleza del amparo.

En efecto, el recurso de amparo ni siquiera es un recurso propiamente dicho

16. Intervención de J. L. Requejo en el debate de la ponencia de G. Fernández Farreres, “El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma”, *Fundación Alternativas, Documentos, Seminarios y Jornadas 11/2005*, Madrid, 2005, pág. 41.

17. Art. 95.1 LOTC: “El procedimiento ante el Tribunal Constitucional es gratuito”.

(a pesar de su equívoco nombre) si no que se trata de una acción procesal autónoma de naturaleza constitucional que se limita a proteger personas a las cuales se les han vulnerado derechos fundamentales. En unos casos por desconocimiento, en otros por malicia – del abogado respecto del cliente– o temeridad o mala fe procesales, muchos amparos han sido interpuestos con muy poco fundamento y con notorias deficiencias técnicas. La prueba de ello son las desmesuradas cifras que dábamos al principio: en el año 2006 sólo el 4,07% de los recursos han sido admitidos a trámite. Pues bien, las facilidades se han acabado porque ahora se les exigirá un esfuerzo mucho mayor: deben convencer al Tribunal de que el asunto tiene trascendencia constitucional, lo cual implica un conocimiento detallado de la jurisprudencia y doctrina elaborada por el mismo y un cierto nivel de preparación en razonamiento constitucional.

En relación con estos obstáculos disuasorios para interponer demandas poco fundadas debe mencionarse también el aumento de las sanciones. En efecto, el nuevo artículo 95.3 LOTC establece: “El Tribunal podrá imponer a quien formulase recursos de inconstitucionalidad o de amparo, con temeridad o abuso de derecho, una sanción pecuniaria de 600 a 3.000 euros”. En el redactado anterior a la reforma –que data de 1979– estas conductas se sancionaban con multas de 5.000 a 100.000 pesetas. Sin haber hecho un cálculo preciso de la equivalencia entre las cantidades fijadas en 1979 y en 2007, a primera vista no creo que el valor en moneda constante de estas sanciones haya aumentado o disminuido mucho. Ahora bien, si comparamos el valor de las multas actuales con el valor de las fijadas en 1979 durante los años inmediatamente anteriores a 2007, el aumento en moneda constante es, sin duda, muy considerable. Por tanto, aunque el procedimiento ante el Tribunal sigue siendo gratuito (art. 95.1 LOTC), el encarecimiento de las sanciones respecto de los últimos años puede ser disuasorio para interponer recursos temerarios o maliciosos.

Además, sigue vigente el art. 95.2 LOTC: “El Tribunal podrá imponer las costas que se derivaren de la tramitación del proceso a la parte o partes que hayan mantenido posiciones infundadas, si apreciase temeridad o mala fe”. Ya desde el ATC 22/1985, el Tribunal ha sostenido que las costas y sanciones se extienden al trámite de admisión. Es más, en dicho Auto se mantiene que:

“el momento procesal más adecuado para la apreciación de la posible temeridad es el trámite del art. 50, precisamente por examinarse en él si se dan los presupuestos procesales y si concurre o no la carencia manifiesta de contenido constitucional, pues la superación de esa fase constituye ya por sí misma una

apreciación de la solidez (y por ende de la no temeridad, salvo supuestos excepcionales) de la demanda admitida”.

En cualquier caso, la repercusión de estas vías sancionadoras para evitar las demandas infundadas depende, en buena parte, y siempre dentro de los límites legales, de la utilización que de la misma haga el Tribunal al tener, obviamente, un amplio margen de discrecionalidad en su aplicación.

Una segunda cuestión, relacionada con el hecho de que la carga de demostrar la trascendencia constitucional del asunto recaiga en el demandante, es la ampliación en diez días del plazo de interposición de la demanda en los amparos contra resoluciones judiciales. Sin embargo, ocasiona una cierta perplejidad el establecimiento de este nuevo plazo de 30 días –en lugar de los 20 anteriores– a partir de la notificación recaída en el proceso judicial correspondiente (art. 44.2 LOTC). Veamos los motivos de esta perplejidad.

En primer lugar, porque respecto a los tres tipos de amparo (frente a actos parlamentarios sin valor de ley, frente a actos de los poderes públicos señalados en el art. 43 LOTC y frente a actos del poder judicial) existen tras la reforma tres plazos distintos para su interposición: tres meses (art. 42 LOTC), veinte días (art. 43.2 LOTC) y treinta días (art. 44.2 LOTC). Las razones de esta variedad de plazos escapan a toda lógica. El dilatado plazo del art. 42 LOTC parece ser debido a que así figuraba en el proyecto del texto de 1979 en razón de su relación con otro precepto que fue suprimido en el texto finalmente aprobado y los legisladores olvidaron cambiarlo¹⁸. Es decir, fue debido a un error técnico del legislador.

Quedaban, pues, los otros dos tipos de amparo que, por coherencia, deberían tener igual plazo, dado que en bastantes casos el recurso es de los llamados “mixtos” (con vulneración de derechos por parte de órganos ejecutivos en sus inicios y, a la vez, ya en el curso del proceso, por parte de órganos jurisdiccionales). Dado que sería absurdo que en estos supuestos tuvieran que interponerse, por razón de los distintos plazos, dos demandas distintas, lo más razonable hubiera sido que se extendiera el plazo de treinta días a ambos al interponerse una sola demanda. Por tanto, todo hubiera sido más claro si ambos amparos tuvieran el mismo plazo de interposición.

Sin embargo, en segundo lugar, tampoco está clara la razón de esta insignifi-

18. Esta convincente explicación la expone A. Arce Janáriz en su comentario al art. 42 LOTC. Véase, J. L. Requejo (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, op. cit., pág. 671.

cante ampliación en solo diez días¹⁹. Probablemente, ya el plazo de 20 días era insuficiente desde el principio²⁰, pero una razón convincente de la ampliación del plazo puede encontrarse en el hecho de que al recaer en el demandante la carga –no pequeña– de justificar la “especial trascendencia constitucional” del caso, se considerara que había que dilatar el plazo de interposición para así permitir un estudio más detenido del supuesto en cuestión. Ahora bien, si este fuera el motivo –y es razonable que así sea– lo adecuado sería, primero, equiparar ambos recursos y, segundo, ampliar el plazo mucho más allá de estos miserables diez días, extendiéndolo, por ejemplo, hasta dos o tres meses, con lo cual se lograría equiparar los tres amparos, lo cual hubiera sido muy razonable. Así, se estaría dando el tiempo suficiente al demandante –esta vez sí– para estudiar la doctrina y la jurisprudencia aplicable al caso y poder llegar a conclusiones más meditadas sobre si está justificada o no la interposición de la demanda. Todo ello resultaría más coherente y justificado que la extraña solución adoptada.

3. La ausencia de motivación en relación a la cláusula de trascendencia constitucional

El tercer aspecto de interés respecto a la admisibilidad del recurso de amparo es la modificación introducida en la necesidad de motivar. En la legislación anterior, a raíz de la reforma de 1988, las Secciones podían acordar la inadmisión por providencia excepto que no hubiere unanimidad entre sus componentes. En este caso, previa audiencia del solicitante de amparo y del Ministerio Fiscal, la Sección podía acordar la inadmisión mediante auto (antiguo art. 50.3 LOTC). Ya hemos visto que el Tribunal llevado por su afán garantista, quizás encomiable en aquellos años, desaprovechó las posibilidades que la ley ofrecía y la mayoría de las providencias se motivaron con gran abundancia de argumentos, lo cual equivalía a un esfuerzo de trabajo interno equiparable a la redacción de un auto. Ello encontró, además, soporte legislativo tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil –supletoria de la LOTC– que exige, como también hemos señalado, una “motivación sucinta” de las providencias, al contrario de la

19. Así considera esta brevedad de los plazos I. Borrajo Iniesta: “Contra lo que pueda parecer a primera vista, la brevedad del plazo actual de veinte días no sólo genera riesgo de injusticias, sino que lejos de limitar el número de recursos lleva, por el contrario, a interponer numerosos recursos sin la reflexión y la fundamentación que serían deseables”. A continuación, Borrajo da las razones en que fundamenta su parecer. Véase en Espín/Fernández Farreres/Cruz Villalón, *La reforma de la justicia constitucional*, op. cit. pág. 139.

20. G. Fernández Farreres da una explicación bastante plausible de estas inconsecuencias en la nota 18 de su artículo “La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, *REDC*, núm. 81, 2007, pág. 25. La explicación está basada en datos extraídos del Boletín Oficial de las Cortes Generales y es una demostración clara del mal hacer legislativo.

legislación anterior que distinguía autos de providencias precisamente porque estas últimas no necesitaban motivación.

El nuevo art. 50.3 LOTC está redactado de la forma siguiente: “Las providencias de inadmisión, adoptadas por las Secciones o las Salas, especificarán el requisito incumplido y se notificarán al demandante y al Ministerio Fiscal. Dichas providencias solamente podrán ser recurridas en súplica por el Ministerio Fiscal en el plazo de tres días. Este recurso se resolverá mediante auto, que no será susceptible de impugnación alguna”.

De la lectura de este precepto se deduce claramente que el cambio sustancial respecto a la legislación anterior consiste en acotar el contenido de las providencias de inadmisión: estas providencias sólo pueden limitarse a señalar el requisito incumplido. Estos requisitos están enumerados en el nuevo art. 50.1 LOTC y son de dos órdenes: por un lado, cumplir los requisitos procesales del amparo contenidos en los artículos 41 a 46 y 49 LOTC; por otro, que se justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal debido a la trascendencia constitucional del asunto basada en las tres conocidas razones: la importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales. El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos, es decir, de uno solo de ellos, ya es motivo bastante para inadmitir el recurso y, por tanto, no hace falta que la Sección o la Sala los enumere todos, en su providencia, sino que basta con la mención de uno solo, sin necesidad de más argumentación. Con ello, a mi parecer, ya se da cumplimiento a lo prescrito en el art. 50.3 LOTC.

Esta interpretación –deducible, sin más, de una lectura simple del precepto– se refuerza si tenemos en cuenta otros dos argumentos. Por un lado, si nos atenemos a la voluntad del legislador, debemos tener en cuenta que en la tramitación de la ley se rechazó una enmienda que proponía exigir motivación. Por otro, la Disposición Transitoria 3ª de la ley que comentamos, establece que en las resoluciones que admitan o inadmitan demandas interpuestas antes de su vigencia –antes, pues, del 26 de mayo de 2007– se regirán –como es obvio debido al principio de irretroactividad de las leyes– por la normativa anterior. Sin embargo, esta disposición transitoria añade que “la providencia de inadmisión se limitará a expresar el supuesto en el que se encuentra el recurso”. Por tanto, si en estos casos específicos de demandas interpuestas antes de la vigencia de la ley ya se exige –haciendo una reinterpretación estricta de tal precepto redactado en la reforma de 1988– que la providencia de inadmisión se circunscriba sólo al

“supuesto en que se encuentra el recurso”, con más razón todavía, en las demandas interpuestas después de la vigencia de ley, se deberá interpretar el contenido de la motivación en el mismo sentido, es decir, en limitarse a señalar, simplemente, el supuesto incumplido. Por tanto, en su nueva redacción, la ley acota perfectamente el contenido de la providencia de inadmisión a los términos dichos sin que quepa la posibilidad de una interpretación expansiva, como sucedió tras la reforma de 1988, que la convierta de hecho en un auto.

Ahora bien, para que la Sección o Sala correspondiente pueda determinar si se cumplen o no los requisitos precisos habrá que estudiar si la demanda se ajusta a los mismos y ello ofrece la dificultad principal: saber si el recurso tiene trascendencia constitucional y justifica una decisión del Tribunal sobre el fondo de la cuestión planteada. Esta dificultad proviene, en lo inmediato, de una circunstancia ocasional: el Tribunal deberá establecer una doctrina sobre el significado de los términos “trascendencia constitucional”, cosa que, por el momento (cuando se escriben estas líneas, septiembre de 2008), todavía no ha establecido.

Probablemente la determinación del significado de la “trascendencia constitucional” no podrá determinarse en abstracto sino que sólo podrá averiguarse tras una etapa en la que irá resolviendo demandas concretas mediante una primera jurisprudencia casuística. Únicamente después de este período, ayudado por los elementos que le suministra el art. 50.1 b) LOTC, podrá trazar unos parámetros generales que le permitan enjuiciar cada caso a partir de unos criterios predeterminados que, además, con el tiempo, irán perfilándose más en concreto. Es de desear que este período sea lo más breve posible para así dar seguridad jurídica a los demandantes –que con sus argumentos también contribuirán a fijar estos parámetros– y contribuir a agilizar la tarea del Tribunal. Ahora bien, pasado este período que, inevitablemente, se caracterizará por su lentitud al tener que debatir en las Secciones y Salas correspondientes el enigmático significado de los términos “trascendencia constitucional”, le sucederá otra etapa en la cual las resoluciones serán, sin duda, más fáciles de llevar a cabo, al deducirlas de los parámetros ya establecidos, pero en las que, de manera inexcusable, el Tribunal deberá seguir examinando cada uno de las argumentaciones, lo cual siempre conlleva energías y tiempo.

Por tanto, si de lo que se trata es de que los recursos de amparo no bloqueen la actividad del Tribunal y permitan que éste pueda atender debidamente y sin demoras a los demás procedimientos, este necesario período, en el que ya estamos, que fije jurisprudencia sobre el significado de los términos “trascendencia constitucional” es de una importancia decisiva, no tanto para facilitar la propia

tarea al Tribunal sino, sobre todo, para que, en el caso de que los parámetros sean lo suficientemente precisos y claros, se disuada a los demandantes de interponer recursos con escaso fundamento, lo cual evitará que el Tribunal emplee su tiempo en examinar internamente las demandas en que se razone la posible trascendencia constitucional. Así pues, en la claridad y precisión de los parámetros está la clave para que los objetivos de la reforma se cumplan.

En todo caso, sin embargo, si bien la tarea de leer los argumentos de los demandantes seguirá siendo inevitable, el Tribunal seguro que se ahorra, mediante esta ley, la argumentación por escrito de la motivación. Ahora bien, como según prescribe el art. 50.3 LOTC, el Ministerio Fiscal puede interponer recurso de súplica ante la resolución del Tribunal – recurso muy oportuno para evitar que la amplia y justificada discrecionalidad del Tribunal pueda caer en la arbitrariedad– la garantía de que los criterios establecidos se aplicarán debidamente está, en lo que cabe, garantizada, especialmente porque este recurso del Ministerio Fiscal deberá resolverse mediante auto para asegurar así una resolución final motivada²¹.

Habrà que ver, por tanto, cual es el resultado final de esta importante modificación legal. Previsiblemente debe eliminar los recursos infundados y agilizar el trámite de admisión. Todo ello, sin embargo, depende de la capacidad del Tribunal en fijar parámetros consistentes para enjuiciar las demandas en el trámite de admisión y aplicar dichos parámetros correctamente.

VII. Un significativo primer Auto sobre el nuevo procedimiento de admisión: las razones para el optimismo

En el momento de redactar este artículo, sólo se tiene noticia de un pronunciamiento del Tribunal sobre las nuevas condiciones de admisión del recurso de amparo del que se pueda deducir un desarrollo doctrinal de interés. Al parecer, sin embargo, las secciones ya han inadmitido recursos en aplicación del nuevo sistema. Los periódicos han informado de dos providencias de inadmisión en aplicación del nuevo art. 50.1b LOTC. Se trata, por un lado, de un recurso con-

21. J. L. Requejo Pagés, da cuenta en “Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2008” (*REDC*, num. 83, 2008, pág. 219) del aumento de los recursos de súplica interpuestos por el Ministerio Fiscal contra providencias de inadmisión de recursos interpuestos antes de la entrada en vigor de la ley y, por tanto, en aplicación de la DT 3ª de la ley de reforma, no motivadas. En dicho cuatrimestre, anota Requejo, se han dictado un total de diez autos resolutorios de súplicas, cuatro de ellos estimatorios. No obstante, esta ausencia de motivación hace difícil comprender las razones de la inadmisión.

tra la negativa de inscripción en el registro de un nuevo partido político y, por otro, de un recurso interpuesto por Arnaldo Otegui, dirigente de la izquierda abertzale vasca, contra su condena por haber cometido un delito al haber participado en el homenaje a un terrorista²². En ambos casos, el motivo de la inadmisión es no haber incluido en la demanda el requisito de argumentar la “especial trascendencia constitucional” del recurso aunque, al no estar publicado, desconocemos el redactado de las providencias.

Pero el pronunciamiento más significativo es, sin duda, el Auto 188/2008 de 21 de julio. En efecto, en dicho Auto se establecen dos conclusiones: una primera, bastante obvia, advierte que la “especial trascendencia constitucional” no puede confundirse con la necesidad de que en la demanda se deban exponer las razones por las cuales se ha vulnerado un derecho fundamental; y una segunda, más polémica, considera que el requisito de justificar la “especial trascendencia constitucional” es insubsanable.

En cuanto a la primera (argumentada en el FJ 2 del Auto), la aclaración del Tribunal es oportuna en tanto que en el nuevo art. 49.1 LOTC se incluyen los requisitos que debe contener la demanda tal como estaban redactados ya en la primera versión de esta ley²³ y su reforma ha consistido en añadirle el célebre inciso final: “En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso”. En una interpretación muy forzada se hubiera podido llegar a pensar que este inciso final era una aclaración del contenido del anterior inciso y que, por tanto, al exponer con claridad y concisión los hechos, citar los preceptos constitucionales infringidos y fijar el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho vulnerado, ya podía darse por cumplido el requisito de justificar la especial trascendencia constitucional.

El Auto deja claro, sin embargo, que se trata de dos cuestiones distintas y que el nuevo requisito tiene sustancia propia y debe argumentarse de forma separada de los anteriores. El Auto añade, además, y siguiendo una doctrina general

22. Ambas noticias fueron publicadas por el diario *El Mundo* y la referencia la tomo de J. L. Requejo, “Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2008” (*REDC*, núm. 83, 2008, págs. 218-219). Requejo hace notar que se desprende de tales noticias que el Tribunal considera que es insubsanable el requisito de incluir en la demanda los motivos por los cuales se considera que el recurso tiene una “especial trascendencia constitucional”.

23. “El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado”.

consolidada, que al Tribunal no le corresponde “reconstruir de oficio la demanda cuando el recurrente incumpla la carga de la argumentación que sobre él recaer”. Por tanto, queda claro que, además de los requisitos tradicionales para interponer un recurso de amparo, ahora el recurrente tiene una carga nueva y distinta: justificar su especial trascendencia constitucional.

Más discutible es la segunda conclusión del citado Auto: que esa especial trascendencia constitucional es un requisito insubsanable (véase el FJ 3). En efecto, las dudas surgen al examinar el nuevo art. 49.4 LOTC, añadido por la reforma:

“4. De incumplirse cualquiera de los requisitos establecidos en los apartados que anteceden, las Secretarías de Justicia lo pondrán de manifiesto al interesado en el plazo de 10 días, con el apercibimiento de que, de no subsanarse el defecto, se acordará la inadmisión del recurso.”

No cabe duda que entre los apartados que anteceden figura el art. 49.1 LOTC en cuyo último inciso se dice, como hemos señalado, que “en todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso”. Por tanto, considerar insubsanable este requisito, tal como hace el Tribunal, es contrario a la literalidad de la ley.

Sin embargo, el Tribunal lleva a cabo una discutible interpretación basada en la distinción entre requisitos formales y requisitos materiales en la que sólo los primeros pueden considerarse subsanables. El Tribunal sostiene que, en un proceso jurisdiccional, la posibilidad de subsanar los defectos de la demanda “puede referirse a requisitos formales, como la aportación de documentos o la consignación de determinados datos, pero no es posible extenderla al contenido de las alegaciones que sustentan aquella pretensión porque constituyen su sustrato material y ello trastocaría los principios generales del proceso y las garantías de su seguridad jurídica, que quedarían gravemente dañados si se abriera la posibilidad de que las argumentaciones que habían de conducir a la misma admisión a trámite pudieran ser introducidas *ex novo*, posteriormente a la presentación de la demanda”. Esta imposibilidad de que el requisito de la especial relevancia constitucional sea insubsanable contradice lo expresado por el legislador en el art. 49.4 LOTC y, por tanto, ofrece dudas de legalidad, dada la vinculación del Tribunal a la ley que lo regula²⁴.

Ahora bien, también es verdad que la subsanación, cuya finalidad es la garan-

24. En efecto, el art. 1 LOTC establece: “El Tribunal Constitucional (...) está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica”.

tía de los derechos de los demandantes, debe tener sus límites y, a este respecto, debe tenerse en cuenta que un requisito tan esencial –en el sentido literal del término– como es el de la “especial relevancia constitucional” forma parte de la sustancia nuclear del recurso de amparo por ser un elemento indispensable de su carácter objetivo y, por consiguiente, es razonable que no quepa introducirlo *ex novo*, cosa que sí es aceptable en elementos de carácter accidental.

Así pues, si admitimos, aunque sea con dudas, esos razonamientos, el Auto nos muestra una faceta implícita de gran interés que queremos resaltar: la voluntad del Tribunal de interpretar la regulación del nuevo recurso de amparo de la manera más estricta posible, el espíritu que le anima de tomarse la reforma en serio, evitando puntos de fuga que pudieran echarla a perder. Sólo si este espíritu se consolida la reforma podrá alcanzar sus objetivos iniciales. En este sentido, el Auto que comentamos, a pesar de las dudas que pueda suscitar, hay que considerarlo como un avance efectivo en el camino del nuevo amparo.

Ello, además, es predicable de toda la reforma. Si en el título de este artículo decimos que consideramos la reforma con moderado optimismo es porque, como hemos puesto de relieve a lo largo de todo el trabajo, consideramos que la reforma es positiva para los fines que se pretenden. Ahora bien, su efectividad depende de la interpretación que el Tribunal efectúe de los preceptos modificados y la adecuación de esta interpretación a la finalidad que la reforma pretende. Este primer Auto va en este sentido y es por ello que, por el momento, nos sentimos moderadamente optimistas.

DERECHO PENAL, MEMORIA Y VERDAD HISTÓRICA: LA CRIMINALIZACIÓN DE LA NEGACIÓN DEL GENOCIDIO

Juan María Bilbao Ubillos
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid

SUMARIO

1. *Las distintas respuestas frente a los discursos negacionistas en el Derecho comparado.*
 - 1.1. *El enfoque dominante en los Estados Unidos.*
 - 1.2. *Canadá: el caso Zundel.*
 - 1.3. *El enfoque dominante en Europa.*
 - 1.3.1. *Alemania.*
 - 1.3.2. *Austria.*
 - 1.3.3. *Suiza.*
 - 1.3.4. *Francia.*
2. *La STC 235/2007 sobre el delito de negación del genocidio (art. 607.2 CP).*
3. *Una reflexión final sobre la policía de la memoria: libertad para la historia.*

1. Las distintas respuestas frente a los discursos negacionistas en el Derecho comparado

Antes de entrar a analizar el tratamiento de la negación y la apología del genocidio en los diferentes ordenamientos, parece obligada una breve referencia al genocidio como delito que se niega, ensalza o justifica. A tenor del Convenio de Naciones Unidas para la prevención y la sanción del delito de genocidio, suscrito en Nueva York el 9 de diciembre de 1948, los actos de genocidio se caracterizan por un elemento intencional común: se cometen para intentar destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

Pues bien, al firmar la citada Convención, los Estados se comprometen a reprimir (a establecer “sanciones penales eficaces”, para ser más exactos) además del genocidio otras conductas estrechamente ligadas al mismo: tentativa, conspiración, complicidad, y la incitación directa y pública a cometer genocidio¹. Se trata de actos preparatorios cuya represión es necesaria para poder prevenir eficazmente el genocidio. Nada se dice, en cambio, de la apología ni de la negación. De manera que no son conductas cuya tipificación venga exigida por la Convención.

Pero, ¿en qué consiste el negacionismo o revisionismo histórico?. Se trata de una corriente afortunadamente marginal integrada por (presuntos) historiadores que cuestionan o niegan la realidad del genocidio cometido por el régimen nacional-socialista durante la II Guerra Mundial, aplicando metódicamente un plan de exterminio sistemático de los judíos. Comprendería la negación pura y simple o la puesta en duda tanto de la existencia del genocidio como de su magnitud o de las modalidades de ejecución. La aniquilación de la comunidad judía (la solución final) se oculta bajo el disfraz de una deportación o expulsión de sus miembros hacia el Este. Muchos de estos seudoinvestigadores niegan la exis-

1. En relación con la incitación, algunas delegaciones se opusieron a su inclusión en la Convención, por su incidencia negativa en la protección de la libertad de expresión y de pensamiento. De ahí la precisión adicional de que la interpretación ha de ser estricta para no lesionar este derecho. La Convención exige que la instigación sea directa y pública. Un buen ejemplo de aplicación de esta norma es la condena impuesta en septiembre de 1998 por el Tribunal internacional para Rwanda (más exactamente, el Tribunal internacional instituido mediante la Resolución 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas con el fin de juzgar a los presuntos responsables de actos de genocidio u otras violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda en 1994) a Jean Kambanda, ex primer ministro, por instigación al genocidio a través de una popular emisora de radio (RTLM). Esta emisora transmitió permanentemente mensajes insistiendo en la superioridad de los hutus y la necesidad de acabar con los tutsis (“debemos combatir a los tutsis, acabar con ellos, exterminarlos, expulsarlos del país...; no debe haber ningún refugio para ellos”).

tencia de las cámaras de gas (serían en realidad lugares de desinfección de la ropa de los deportados) y reducen de forma obscena la cifra de víctimas de los campos de exterminio. En resumidas cuentas, el genocidio es una invención de la propaganda sionista.

Ante este fenómeno, los distintos ordenamientos han reaccionado de manera muy diferente. De entrada, el enfoque y la solución que se da a este problema, como en general a muchos de los conflictos relacionados con el ejercicio de la libertad de expresión, en la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas difiere sustancialmente del modo en que se vienen resolviendo esas mismas cuestiones en los ordenamientos europeos.

1.1 El enfoque dominante en los Estados Unidos

Como bien se sabe, en los Estados Unidos la redacción literal de la I Enmienda es particularmente rotunda: el Congreso no podrá aprobar ninguna ley que restrinja la libertad de expresión o de prensa. No menos significativo resulta el hecho de que no se contemple expresamente la posibilidad de que el ejercicio de este derecho esté sujeto a ciertos límites. Naturalmente, la ausencia de límites expresos en la Constitución no implica que la garantía de la libertad de expresión sea absoluta, que se garantice la inmunidad de cualquier discurso y se excluya cualquier regulación estatal. Pero la ley que restrinja la libertad de expresión ha de ser precisa y limitada en cuanto su contenido y alcance, tiene que responder a un interés nacional o social evidente (la seguridad del Estado o la protección de la infancia, por ejemplo), ha de constituir el último recurso y no existir otra vía menos drástica. En consonancia con esta formulación inequívoca y aparentemente absoluta de la garantía constitucional y el singular valor que se confiere a este derecho, tan apreciado en la cultura jurídica y política norteamericana, la mayoría de los juristas de ese país han mantenido a lo largo del tiempo un firme compromiso con una concepción libertaria o genuinamente liberal y no paternalista de la libertad de expresión, una libertad que se protege de forma enérgica y con carácter preferente por su valor intrínseco².

La imagen que mejor ilustra la profunda confianza en el libre intercambio de opiniones es sin duda la metáfora del mercado de la ideas (*marketplace of ideas*), un hallazgo conceptual del Juez Holmes, en su célebre opinión disidente de la

2. Con todo, la trayectoria de los tribunales norteamericanos en orden a la protección de esta libertad no es lineal. Hay momentos de desfallecimiento, como el que permitió, en plena guerra fría, la represión de las actividades (expresivas o no) del Partido Comunista. Se pensaba seriamente en que la fuerza persuasiva de la ideología comunista podía conducir al derrocamiento del Gobierno.

sentencia *Abrams v. United States*³: “la mejor prueba a que puede someterse la verdad es la capacidad del pensamiento para imponerse en un mercado en el que entre en competencia con pensamientos contrarios”. La libre concurrencia, el contraste de opiniones, es el mejor antídoto; las mejores ideas, las más persuasivas o convincentes tienden a prevalecer en el debate público. En palabras del Juez Brandeis en *Whitney v. California* (1927), “la discusión brinda normalmente una protección adecuada contra la difusión de doctrinas nocivas”. No es preciso que el Estado nos libre de las que considere perniciosas o peligrosas. La solución no es el silencio forzoso o la censura sino más expresión (*more speech*) y un debate público sin trabas, “desinhibido, vigoroso y abierto, lo que incluye los ataques vehementes, cáusticos y a veces desagradablemente ácidos contra el gobierno y las autoridades públicas”⁴.

En cualquier caso, tenemos derecho como personas adultas a conocer los argumentos de todas las partes implicadas en la discusión, por erróneos que puedan parecer, para poder ejercer responsablemente nuestros derechos de ciudadanía. En palabras del Juez Jackson, recogidas en la sentencia *West Virginia State Board of Education v. Barnette* (1943): “si existe entre nosotros un principio constitucional intangible es el de que ningún funcionario, independientemente de su rango, puede prescribir la ortodoxia en materia de política, de nacionalismo, de religión o de otras cuestiones de opinión”. Los poderes públicos han de ser exquisitamente neutrales respecto del contenido de los mensajes (la pornografía obscena es una de las pocas excepciones, porque no es una forma de expresión protegida) y no incurrir en diferencias de trato que favorezcan las expresiones de un determinado signo en perjuicio de otras, para no distorsionar de ese modo el desarrollo del debate.

Las restricciones de la expresión fundadas en el punto de vista son difícilmente justificables. Se aceptan más fácilmente las restricciones ligadas al “tiempo, lugar y forma” de la manifestación que las basadas en el contenido del mensaje. De hecho, cuando la regulación estatal discrimina en función del punto de vista, prohibiendo las manifestaciones de un determinado signo y permitiendo otras, el escrutinio tiende a saldarse inexorablemente con un fallo de inconstitucionalidad.

3. 250 U.S. 616, 630 (1919).

4. *N. York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 270 (1964). Como dijo el Juez Hand, en *United States v. Associated Press*, 52 F. Supp. 362, 372 (1943), “existen muchas más posibilidades de extraer conclusiones correctas de una multitud de opiniones que mediante cualquier tipo de selección autoritaria”.

La defensa a ultranza de la libertad de expresión ha llevado a la Corte Suprema a trazar una línea que separa nítidamente la actividad propiamente expresiva de los actos que pueden causar directamente un daño. Esta doctrina, que ocupa un lugar preeminente dentro del *background* jurisprudencial en materia de libertad de expresión, se estableció por primera vez en 1919, en la decisión que puso fin al asunto *Schenk v. United States* y se ha mantenido sin demasiadas oscilaciones desde entonces. En aquella sentencia, la Corte propuso la siguiente fórmula para dirimir si estamos o no en presencia de una expresión constitucionalmente protegida: “la cuestión es determinar en cada caso si las palabras usadas son de tal naturaleza y se pronuncian en tales circunstancias que crean un claro e inminente peligro (*clear and present danger*) de causar males que el Congreso tiene derecho a prevenir”⁵.

De acuerdo con este criterio, se permite la regulación estatal de las “palabras provocadoras” (*fighting words*), que apelan directamente al combate, a la lucha, esto es, de expresiones que pueden provocar actos de violencia por parte de receptor, mientras que se incluye, en cambio, dentro del ámbito protegido por la I Enmienda la “defensa general de ideas” (*general advocacy of ideas*) o, lo que es lo mismo, la apología de creencias o ideas de cualquier tipo. Y con más motivo, la negación del holocausto. De hecho, la mayoría de los portales que difunden propaganda revisionista y racista por internet tienen su sede en los Estados Unidos, una circunstancia que dificulta notablemente la lucha contra este tipo de literatura y en general contra los mensajes de odio u hostilidad racial.

1.2 Canadá: el caso *Zundel*

En Canadá, la cuestión se planteó abiertamente en el proceso seguido contra Ernst Zundel, que culminó con la sentencia del Tribunal Supremo canadiense de 27 de agosto de 1992 [R. contra Zundel, (1992) 2 R.C.S. 731]. Zundel fue acusado de haber publicado noticias falsas, infringiendo así el art. 181 del Código Penal, en cuya virtud comete un delito sancionable con una pena de prisión quien publique voluntariamente una declaración, una historia o una noticia sabiendo que es falsa y que causa o puede causar un atentado o un daño a algún interés público. La imputación se basaba en la publicación de un folleto titulado “¿*Murieron realmente seis millones?*”. El acusado había incluido un prefacio y un epílogo al documento original ya publicado en Estados Unidos e Inglaterra.

5. 249 US 47, 51-52 (1919). El Juez Holmes, ponente de la opinión unánime de la Corte, subrayó la importancia del contexto en que se produce la expresión oral u escrita: “la más rigurosa protección de la libre expresión no podría proteger a un hombre que sabiendo que es una falsa alarma gritara ¡fuego! en un teatro abarrotado provocado el pánico...”.

El folleto, que podría catalogarse como una muestra de literatura revisionista, daba a entender que no se había probado que seis millones de judíos fueron asesinados antes y durante la II Guerra Mundial y que el holocausto es un mito fruto de un complot judío a escala mundial.

Zundel fue declarado culpable en primera instancia, fallo que sería confirmado posteriormente por el Tribunal de Apelación de Ontario. Presentó entonces un recurso ante el Tribunal Supremo en el que cuestionaba la compatibilidad del art. 181 del CP con el derecho a la libertad de expresión garantizado por el art. 2.b) de La Carta canadiense de derechos y libertades. El Tribunal Supremo, por una apretada mayoría (cuatro contra tres) estimó el recurso y declaró inconstitucional el precepto en cuestión por violación de la libertad de expresión. En su opinión, dicho precepto no guardaba relación directa con la lucha contra la intolerancia, y había sido redactado de forma excesivamente amplia, hasta el punto de producir un efecto disuasorio o paralizante (*chilling effect*) del discurso, ya que algunas personas podrían dejar de exponer y defender sus propias ideas por miedo a la persecución penal. Así pues, el debate en este asunto no se centró tanto en el contenido de las ideas antisemitas de Zundel y en su eventual protección constitucional como en los defectos de la norma incriminadora, cuya aplicación podría comprometer los valores centrales de la libertad de expresión.

Para los Jueces que suscribieron la sentencia, el art. 2.b) de la Carta protege el derecho de la minoría a expresar su opinión, por impopular que pueda ser. Esta protección se extiende por tanto a las creencias minoritarias que la mayoría considera erróneas o falsas. No cabe duda, por tanto, de que el art. 181 CP, que puede implicar la condena a una pena de prisión, tiene por efecto la restricción de la libertad de expresión.

De acuerdo con la interpretación que se ha venido haciendo de este derecho, a quienes publican deliberadamente falsedades no se les puede impedir, por esa sola razón, que se prevalgan de la garantía constitucional. Antes de negar a una persona la protección del art. 2.b), hay que estar bien seguros de que no hay nada que justifique dicha protección. El criterio de la falsedad no permite alcanzar esa certeza, dado que una declaración falsa puede tener a veces un cierto valor y además resulta difícil determinar de forma concluyente la completa falsedad.

La mayoría considera que no existe un objetivo “real y urgente” que justifique una medida tan drástica. A falta de un objetivo suficientemente importante para justificar un atentado a la libertad de expresión, el art. 181 no puede man-

tenerse en virtud del art. 1 de la Carta, no resulta esencial para el mantenimiento de una sociedad libre y democrática. Existen otras disposiciones, como el art. 319(2) del CP, para combatir la propaganda del odio. Para el Juez McLachlin, ponente de la sentencia, el legislador puede tipificar como delito la difusión de insinuaciones racistas, pero aquí no se juzgan declaraciones que incitan claramente al odio. Prever el ingreso en prisión de una persona como sanción por haber hecho una declaración que 12 conciudadanos suyos consideran falsa y perniciosa en relación con un interés público indefinido, es reprimir toda una gama de discursos, algunos de los cuales se han venido considerando legítimos e incluso valiosos desde hace mucho tiempo.

Aunque decidiéramos atribuir al art. 181 el objetivo de promover la tolerancia social y racial y llegáramos a la conclusión de que el objetivo era urgente y real hasta el punto de autorizar una injerencia en una libertad fundamental, este precepto no respetaría el criterio de proporcionalidad establecido en el caso Keegstra. En primer lugar, suponiendo que exista un nexo racional entre el objetivo de promover la armonía social y el art. 181, éste es demasiado vasto y más invasor de lo necesario para alcanzar ese objetivo. Va demasiado lejos. La expresión “una declaración, una historia o una noticia”, aunque no pueda extenderse al dominio de la opinión, incluye manifiestamente un amplio abanico de acontecimientos históricos y sociales y va mucho más allá de lo que es evidente o racionalmente demostrable en tanto que “hecho real”. Determinar lo que es una afirmación fáctica, por oposición a la expresión de una opinión, es una cuestión muy difícil. La cuestión de la falsedad de una declaración está sujeta a menudo a controversia, sobre todo cuando se trata de hechos históricos⁶. El elemento típico del conocimiento por el acusado de la falsedad de la declaración agrava el problema, porque obliga al juez a indagar acerca de la creencia subjetiva del acusado en relación con la veracidad o falsedad de la declaración.

Pero el mayor peligro que presenta el art. 181 viene del alcance indeterminado de la expresión “un atentado o daño a cualquier interés público”, que puede extenderse casi hasta el infinito. ¿Qué tipo o qué grado de perjuicio se exige?. No hay una jurisprudencia clara y consistente y la gama de expresiones que puede englobar la redacción amplia e imprecisa del art. 181 se extiende prácticamente a todas las declaraciones controvertidas de hechos aparentes que podrían considerarse falsas y capaces de causar un daño a un interés público, con

6. Recuerda McLachlin que los historiadores han escrito mucho en torno a la dificultad de verificar con toda seguridad lo que ocurrió en el pasado, a la vista de las versiones parciales y selectivas que de un mismo acontecimiento pueden dar diferentes testigos e investigadores.

independencia de si favorecen los valores que subyacen al art. 2b) de la Carta⁷. Los Jueces que conforman la mayoría en este caso no cuestionan pues la necesidad de reprimir las declaraciones falsas que fomentan el odio; lo que reprochan al legislador penal es la excesiva vaguedad y amplitud de un tipo que, tal y como está redactado, podría acabar aplicándose a cualquier declaración presuntamente falsa.

Además, el art. 181 no sólo tiene un alcance potencialmente expansivo, sino que es particularmente incisivo, porque opta por las sanciones más draconianas para lograr sus fines: la persecución penal⁸. Existe pues un riesgo de que el art. 181 pueda tener un “efecto paralizante” sobre los grupos minoritarios o los particulares que pueden verse obligados a no decir lo que quieren por el temor a ser perseguidos.

En segundo lugar, y a la vista de esta explosiva combinación de objeto potencialmente muy amplio y efectos tan incisivos, la restricción de la libertad de expresión no resulta proporcionada a la finalidad perseguida con este precepto. Una finalidad, al parecer la de promover la tolerancia racial y social, que está lejos de constituir un interés apremiante (la medida no responde a una preocupación urgente y real). Más aún, sólo podría justificarse la criminalización de la expresión en virtud del art. 181 si la sanción se limitase estrictamente a las situaciones graves.

En conclusión, el art. 181 del Código Penal viola la libertad de expresión garantizada por el art. 2b) de la Carta⁹.

7. McLachlin se pregunta si podría sentirse tranquilo un ecologista que declarase, en el marco de un debate público, que una central nuclear situada en la zona en la que vive está afectando a la salud de los niños que residen en las inmediaciones. ¿Podría considerarse una falsa noticia si se aportasen estudios científicos que mostrasen que el daño causado es insignificante?. Y pone algunos ejemplos más para ilustrar el “defecto fatal” del art. 181: su alcance demasiado amplio.

8. Nuestro derecho, recuerda la sentencia, parte del principio de que sólo las infracciones más graves merecen una sanción penal. De las mentiras se ocupa, en la mayor parte de los casos, el Derecho civil, que regula las acciones por difamación. Y lo viene haciendo de forma satisfactoria, asegurando la armonía y la justicia entre individuos y grupos.

9. No opinan lo mismo los tres jueces disidentes (Gonthier, Cory y Iacobucci). Para éstos, el art. 181 del CP es suficientemente preciso y constituye un límite justificado al ejercicio de la libertad de expresión. El objetivo perseguido por el legislador, el de impedir el perjuicio derivado de la publicación voluntaria de mentiras hirientes, es urgente y real. Y contribuye a promover el interés público consistente en favorecer la tolerancia racial, religiosa y social. El racismo es un cáncer peligroso. Por eso, es necesario proteger por medio de una sanción penal a todos los grupos minoritarios y a los particulares más vulnerables contra los perjuicios causados por ese tipo de mentiras deliberadas, por las falsas afirmaciones de hecho disfrazadas de auténtica investigación. Los textos internacionales de los que Canadá es

1.3 El enfoque dominante en Europa

En Europa, en cambio, la libertad de expresión se proclama, en los propios textos constitucionales incluso, como un derecho limitado, que ha de ejercerse responsablemente, dentro de ciertos márgenes, sin incurrir en abusos. En caso de conflicto, otros derechos y principios constitucionales pueden llegar a pesar tanto o más que la libertad de expresión. Es más, ha tenido siempre un fuerte arraigo la tendencia a amparar sólo las expresiones que cumplen una función saludable (la búsqueda de la verdad o la participación en el proceso democrático, por ejemplo) o que promueven determinados valores. Esta actitud de prevención, de cautela, ante las nefastas consecuencias de la libre difusión de ideas con un alto grado de toxicidad, de peligro para la convivencia, no es fruto de la casualidad, no se produce por generación espontánea. Los traumas del pasado, de un pasado relativamente reciente aún, explican la especial sensibilidad de la mayoría de las sociedades europeas en este terreno. Es mejor prevenir que curar: la tolerancia con los intolerantes es una actitud suicida. Y es legítima, por tanto, la imposición de límites atendiendo al contenido del mensaje. Bien elocuente es, en este sentido, el contenido del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La negación del Holocausto o de los crímenes contra la humanidad en general se tipifica penalmente en bastantes países europeos (son 12 en la actualidad

signatario, que proscriben el odio fundado en la nacionalidad, la raza o la religión, las diferentes disposiciones análogas al art. 181 que se encuentran en otros países libres y democráticos, la tragedia del Holocausto y el compromiso de Canadá con los valores de la igualdad y el multiculturalismo son elementos que subrayan la importancia del objetivo que persigue el legislador. El art. 181 es una medida que presenta además un grado aceptable de proporcionalidad en relación con dicho objetivo. En primer lugar, hay un nexo racional entre la prohibición de publicar mentiras deliberadas e hirientes y el objetivo de proteger a la sociedad contra los prejuicios derivados de esas falsedades premeditadas que fomentan la intolerancia racial y social. En segundo lugar, la persona acusada de infringir el art. 181 no es juzgada por el carácter impopular de sus creencias. Sólo se acude a este precepto cuando la publicación deliberada de hechos erróneos puede atentar gravemente contra un interés público. Precisamente su escasa aplicación se explica por la carga extremadamente onerosa que incumbe al Ministerio Público de probar cada elemento de la infracción. Tampoco su alcance es demasiado amplio. La aplicación de criterios apropiados permite establecer una distinción clara entre las opiniones y las afirmaciones de hecho. Así, en el folleto en cuestión las declaraciones calificadas de revisionistas pueden interpretarse como alegaciones de hecho más que como expresión de una opinión. Es verdad que ninguna teoría histórica puede ser demostrada o refutada, pero el acusado no ha sido condenado porque haya interpretado mal los documentos relacionados con los hechos, sino porque ha falseado deliberada y completamente su contenido, manipulando e inventando hechos con el fin de apoyar sus teorías. A veces no resulta suficiente la protección civil y es necesaria la fuerza del Derecho penal para disuadir y castigar a quienes publican conscientemente falsedades que atentan contra un interés público, que sólo sirven en realidad para obstaculizar y poner en peligro el debate democrático.

los Estados que consideran punible esa conducta)¹⁰. El Reino Unido¹¹ y los países nórdicos constituyen la principal excepción a una regla que se ha impuesto sin apenas resistencia en las últimas décadas.

En el ámbito del Consejo de Europa, la Recomendación de Política General nº 7 sobre legislación nacional para luchar contra el racismo y la discriminación racial, aprobada por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia el 13 de diciembre de 2002, recomienda a los Estados miembros que sus legislaciones califiquen como infracciones penales, entre otros comportamientos intencionales, “la negación, minimización grosera, justificación o apología públicas, con un objetivo racista, de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra”. En la misma línea, la Recomendación de Política General nº 9 sobre la lucha contra el antisemitismo, aprobada el 25 de junio de 2004, toma nota de la jurisprudencia del TEDH¹² e insta a los Estados a velar porque en la lucha contra el racismo, el Derecho penal tome en consideración el antisemitismo y penalice una serie de actos antisemitas, si son intencionales, y, entre ellos, la negación, la minimización grosera, la justificación o la apología públicas de la Shoah¹³.

10. Alemania, Austria, Francia, Suiza, Bélgica, Luxemburgo, Portugal, Polonia, República Checa, Rumanía, Eslovenia y Chipre.

11. A pesar de algunas iniciativas promovidas por diputados laboristas, que en 1997 propusieron mediante la *Holocaust Denial Bill* la inclusión entre las expresiones orales o escritas que instigan al odio racial a los efectos de la sección 10 de la *Public Order Act* de 1986 aquellas que negasen la existencia de la política de genocidio del pueblo judío y otros crímenes contra la humanidad cometidos por la Alemania nazi. La propuesta no tuvo éxito.

12. El Tribunal de Estrasburgo “ha considerado que la negación de la existencia de crímenes contra la humanidad cometidos bajo el régimen nacional-socialista constituye una de las formas más graves de injuria racial y de incitación al odio a los judíos y que la refutación de tales crímenes contra la humanidad y la justificación de la política pro-nazi no pueden beneficiarse de la protección prevista por el art. 10 del CEDH”. Para un análisis in extenso de las decisiones del TEDH relacionadas con la propaganda revisionista, me remito al artículo que con el título “La negación del holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión” he publicado en el nº 71-72 (Enero-agosto 2008), de la *Revista de Derecho Político (UNED)*, págs. 19-56. *Vid.* asimismo Gérard Cohen-Jonathan: *Négationnisme et droits de l’homme, Revue trimestrelle des droits de l’homme 1997*, págs. 571-597, y P. Wachsmann: *La jurisprudence récente de la Commission européenne des droits de l’homme en matière de négationnisme*, en J. Flauss/ M. di Salvia (a cura di), *La Convention européenne des droits de l’homme: développements récents et nouveaux défis*, Bruxelles, 1997, págs.103 y ss.

13. Estas exhortaciones a la criminalización van un paso más allá de las declaraciones de condena que podemos encontrar, por ejemplo, en algunos pronunciamientos de la ONU. En la Resolución 60/7 de las Naciones Unidas, de 1 de noviembre de 2005, “sobre el recuerdo del Holocausto”, la Asamblea General rechazó “toda negación, ya sea parcial o total, del holocausto como hecho histórico”. El 26 de enero de 2007, la Asamblea General aprobó otra resolución, la 61/255, rechazando “cualquier acción tendente a negar el Holocausto, pues al ignorar terribles eventos como éste, aumenta el riesgo de que se repitan” y condenando “sin ninguna reserva cualquier negación del Holocausto”.

En el marco de la Unión Europea, y con el objetivo de armonizar la legislación de los Estados miembros en materia de delitos racistas y xenófobos y facilitar la cooperación entre Estados miembros para combatir estos delitos, la Comisión Europea presentó en noviembre de 2001 una Propuesta de Decisión-Marco del Consejo relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia. El propósito de esta Decisión marco es doble. Primero, asegurarse de que el racismo y la xenofobia son castigados en todos los Estados miembros mediante sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, que puedan dar lugar a la extradición o entrega. Y en segundo lugar, mejorar y fomentar la cooperación judicial reduciendo los obstáculos que la dificultan.

Pues bien, el artículo 4 (*Delitos de carácter racista y xenófobo*) de la Propuesta impone a los Estados miembros la obligación de tomar todas las medidas necesarias para que una serie de comportamientos racistas y xenófobos sean castigados por la ley como actos delictivos. Y entre las conductas que han de considerarse delictivas, se incluye dos que guardan relación con la cuestión que ahora nos ocupa:

(c) la apología pública con fines racistas o xenófobos de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como vienen definidos en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto del Tribunal penal internacional; y

(d) la negación pública o la banalización de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar internacional adjunto al Acuerdo de Londres de 8 de abril de 1945 en la medida en que ello pueda perturbar el orden público.

En el curso del largo proceso de negociación y elaboración de esta Decisión-marco, pendiente aún de aprobación definitiva, el 19 de abril de 2007, en una reunión celebrada en Luxemburgo, los ministros de Justicia e Interior de los 27 Estados de la UE alcanzaron un acuerdo para que la incitación al racismo y la xenofobia sea un delito en todos ellos, aunque se introdujeron garantías respecto de aquellos Estados en los que la libertad de expresión permite ese tipo de manifestaciones. El acuerdo incluye las reservas provisionales de 7 países (Polonia, Eslovenia y algunos países bálticos), que necesitan la ratificación por sus Parlamentos o Gobiernos respectivos

El acuerdo, impulsado por la presidencia alemana, establece penas de entre uno y tres años de prisión para la incitación al odio o la violencia contra grupos

de personas y miembros concretos de esos grupos definidos por su ascendencia u origen étnico o nacional (raza, color, religión, nacionalidad u origen étnico), así como para la apología pública, la negación, la justificación o la banalización o trivialización de los crímenes de guerra o contra la humanidad o los genocidios reconocidos por el Tribunal de Nuremberg por otros tribunales internacionales. El texto final, que ya cuenta con el visto bueno del Parlamento Europeo¹⁴, obliga a los Estados a tipificar y castigar estas conductas, pero no a modificar sus reglas constitucionales y principios fundamentales relacionados con la libertad de expresión. Algunos países como el Reino Unido, Irlanda, Italia, Dinamarca o Suecia venían siendo muy reacios y lo cierto es que al amparo de esa cláusula parece que estos países podrán excluir el delito de negación del holocausto y otros genocidios si este tipo no está recogido en su ordenamiento penal y entra en conflicto con su concepción de la libertad de expresión. Una vez aprobada la Decisión-marco por el Consejo, cada país tendrá un plazo de dos años para ajustarse a las exigencias de la norma europea.

Este acuerdo de mínimos, que algunos han valorado como una rebaja sustancial respecto de la propuesta original de 2001, no incluye la prohibición de símbolos específicos como la cruz esvástica (como pretendía Alemania): no será delito si no va acompañado de incitación explícita a la violencia. Y su eficacia o alcance práctico queda un tanto diluido, porque los Estados sólo estarán obligados a aplicar las sanciones cuando tales conductas se realicen “de manera que provoquen una alteración del orden público” o de forma “amenazadora, abusiva o insultante” (que inciten a la violencia en suma)¹⁵. En la práctica, cada país puede mantener su actual legislación.

Veamos en una breve panorámica cómo se regula esta cuestión en los ordenamientos de algunos de estos países, que pueden servir de referencia a este respecto¹⁶.

14. El Pleno del Parlamento Europeo aprobó el 21 de junio de 2007 un informe favorable a la propuesta en el que se recogen algunas recomendaciones al Consejo de cara a la redacción definitiva de esta Decisión-marco. El Parlamento pide expresamente que las sanciones penales sean “efectivas, proporcionadas y disuasorias para todas las formas de discriminación”.

15. Algunos países bálticos y del este, como Polonia, Estonia, Letonia y Lituania, querían que se incluyesen también expresamente la condena de los crímenes estalinistas. Finalmente, para vencer la resistencia de estos países, se acordó, en un ejercicio de equilibrismo, añadir una declaración anexa, sin valor jurídico, precisando que esta Decisión-marco no cubre todos los delitos cometidos por regímenes totalitarios, no obstante lo cual el Consejo “deplora todos esos crímenes” horribles.

16. Para una información actualizada del estado de la cuestión en el Derecho comparado, véase J. Luther: “El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo* núm. 9, 2008. En los países que han optado por perseguir penalmente los discursos negacionistas, la instrumentación técnica de esa decisión en el Código Penal o en leyes especiales

1.3.1 Alemania

En Alemania, la libertad de expresión, consagrada en el artículo 5 de la Ley Fundamental, es uno de los derechos fundamentales más valiosos, pero no disfruta de la posición privilegiada, de superioridad o preferencia, que ha alcanzado en los Estados Unidos. En realidad, en el ordenamiento alemán es la dignidad de la persona (art. 1), en conexión con el derecho al libre desarrollo de su personalidad (art. 2) el valor supremo del orden jurídico. Es un reducto intangible que se protege frente a cualquier agresión. Este énfasis se explica por el contexto histórico en el que se elaboró el texto, tras la Segunda Guerra Mundial y la traumática derrota del nazismo, cuya barbarie dejó una profunda huella en la sociedad alemana y en su cultura jurídica. Y pesa tanto esa tragedia en la memoria colectiva que los alemanes no parecen estar dispuestos a correr el riesgo de que surja un nuevo monstruo que pueda alimentarse de un exceso de tolerancia o de ingenuidad. Por eso mismo, en Alemania se impuso el modelo de la “democracia militante” (*streitbare Demokratie*). Un modelo basado en la idea de que el Estado debe defender la democracia de sus enemigos, que no aceptan las reglas de juego democrático y pretenden subvertirlas. No puede haber libertad para los enemigos de la libertad.

Pues bien, el mismo espíritu que anida en el modelo de democracia militante es el que alienta o inspira la represión del revisionismo histórico. Hasta la reforma de 1994, la negación del exterminio masivo de judíos bajo el régimen nacional-socialista se perseguía y castigaba como una injuria (art. 185 CP), como apología del delito (art. 140), como un delito de instigación al odio (*Volksverhetzung*) o atentado contra la dignidad humana de partes de la población o de grupos identificados por su nacionalidad, raza, etnia o religión (art. 130)¹⁷ o, de forma más

difiere en varios puntos. A la hora de determinar los crímenes cuya negación se reprime, se han adoptado distintas fórmulas: genocidio del pueblo judío (holocausto), genocidio cometido por los nazis durante la Segunda Guerra Mundial, genocidio de acuerdo con la definición de la Convención de 1948, genocidio perseguible con arreglo a las leyes nacionales o a sentencias de tribunales nacionales o internacionales, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, crímenes cometidos bajo regímenes comunistas... También son diferentes las soluciones aplicadas a la hora de definir la conducta típica (negar el hecho, ponerlo en duda, minimizar, banalizar, aprobar, tratar de justificar, negar el desvalor) o el bien jurídico protegido (orden público, paz social, dignidad humana). A veces se exige además un determinado móvil o perfil subjetivo: intento de desacreditar o discriminar a un grupo de personas por su raza, etnia o religión, intención de incitar a la violencia, la discriminación o el odio...).

17. Este tipo, introducido mediante la Ley de 4 de agosto de 1960, castiga con una pena de prisión no inferior a tres meses a quien, de forma idónea para alterar la paz social, agrediere la dignidad humana de otros, instigando al odio contra parte de la población, exhortando a cometer actos de violencia contra ellos, insultándoles o denigrándoles con malicia o calumniándoles.

esporádica, como un ultraje o menosprecio de la memoria de un difunto (art. 189). Con penas, en todos los casos, no demasiado severas.

La Ley de lucha contra la criminalidad (*Verbrechensbeckämpfungsgesetz*), de 28 de octubre de 1994, añadió un nuevo apartado al art. 130 estipulando que la negación, aprobación o minimización en público o en el curso de una reunión del genocidio perpetrado bajo régimen nacional-socialista, de una manera susceptible de alterar la paz pública, será castigada con una pena de hasta 5 años de prisión o multa. Se configura además como un delito perseguible de oficio (antes se exigía la correspondiente denuncia del particular agraviado). Aunque el tipo específico introducido en 1994 responde más a razones político-simbólicas que a una ampliación del ámbito punible respecto de situación anterior, puesto que ya existía una jurisprudencia consolidada¹⁸, lo cierto es que esta reforma vino precedida de varias decisiones judiciales que habían puesto de manifiesto algunas dificultades que venían detectándose en la aplicación de la legislación anterior y la necesidad de una tipificación más clara e inequívoca de esas conductas¹⁹.

La principal dificultad estribaba en que con la redacción anterior del art. 130 CP, había que demostrar la existencia de un atentado a la dignidad humana, que se concretaría en este caso en la privación a las víctimas de su derecho a vivir como los demás miembros de la sociedad y a no ser tratados como seres inferiores. El ataque tenía que afectar al corazón mismo de la personalidad. Así, a la hora de aplicar este tipo, la jurisprudencia distinguía entre la simple negación del holocausto y la acusación a los judíos de haber fabricado una gran mentira. Negar el exterminio masivo de judíos en el curso del Tercer Reich no sería, en sí mismo, un atentado a la dignidad humana, mientras que acusar a los judíos de haber inventado “la leyenda del exterminio” sí lo era. Esta exigencia ya no figu-

18. De acuerdo con la doctrina establecida en varias sentencias de las secciones civiles del *Bundesgerichtshof* (BGH), las personas de origen judío tienen, en virtud del derecho a la propia personalidad, la pretensión legítima de que se les reconozca la persecución sufrida bajo el nacionalsocialismo, de modo que quien niega esa brutal persecución, difama a cada uno de ellos. Y ello no sólo porque la negación de un hecho histórico notorio no está tutelada por la garantía constitucional de la libertad de opinión, sino también porque el reconocimiento de la “culpa alemana” por el “destino inhumano” de los judíos bajo el Tercer Reich es “una condición fundamental para la vida de los judíos en la República federal”.

19. En particular, la sentencia del BGH en el caso *Deckert*, dictada el 15 de marzo de 1994. Günter Deckert, líder del NPD, un partido neonazi, había organizado en 1991 un congreso revisionista en el que intervino, entre otros, el canadiense Ernst Zündel. Por ese motivo fue condenado en noviembre de 1992 por el *Landgericht* de Mannheim a una pena de un año de prisión como autor de un delito de instigación al odio (el tipo previsto en el art. 130 CP). Pero esa decisión fue anulada por una sentencia de 15 de marzo de 1994 del BGH, al considerar que no concurría en este caso el requisito de que la difamación constituyese un atentado a la dignidad humana.

ra en el nuevo tipo, que sí exige, en cambio, que la negación o banalización sea idónea para afectar a bienes jurídicos supraindividuales como la paz pública. No se castiga la simple negación de hechos históricos, sino su significación social de agitación e incitación al enfrentamiento y a la eliminación de determinados grupos sociales especialmente vulnerables²⁰.

Esta reforma contó con el aval previo del Tribunal Constitucional Federal que bendijo la aplicación del art. 185 CP a los supuestos de negación del holocausto en su sentencia de 13 de abril de 1994²¹. En esta sentencia, el Tribunal de Karlsruhe recuerda que las afirmaciones relativas a hechos no se protegen de la misma manera que las opiniones o juicios de valor. Y la negación del Holocausto no es la manifestación de una opinión, sino la afirmación de un hecho y las afirmaciones no veraces, deliberadamente o indudablemente falsas sobre hechos, en la medida en que no contribuyen en nada a la formación de la opinión pública, no están constitucionalmente protegidas.

La premisa de la que se parte es la convicción de que el holocausto es un hecho histórico notorio, incontrovertible, fehacientemente acreditado y documentado. Hasta el punto de que, según la doctrina establecida por el Tribunal Federal de Justicia (BGH), no era necesario aportar la prueba del exterminio

20. La redacción actual suscita también algunas dudas. No está claro, por ejemplo, cuál es el alcance del término “banalización”: ¿son punibles las afirmaciones que no cuestionan la existencia de un genocidio, pero sí determinados extremos o detalles de la versión oficial o el valor de las pruebas aportadas en los diferentes procesos?; ¿se banaliza el genocidio cuando, sin llegar a justificarlo, se intenta rebajar el desvalor de la operación de exterminio ordenada por los dirigentes nazis con insinuaciones que tienden a presentar esa decisión como una respuesta a una agresión previa?. Habitualmente, se atribuye esa intención de banalizar el genocidio a quien minimiza la magnitud de la tragedia, siguiendo la pauta marcada por la *Denial of Holocaust (Prohibition) Act* aprobada en 1986 por el Parlamento de Israel, que castiga a quien niegue o “disminuya las proporciones” de los crímenes cometidos bajo el régimen nazi. Menos problemas plantea la interpretación de la exigencia de perturbación de la paz pública: en una sentencia fechada el 12 de diciembre de 2000, el BGH calificó el delito como “de peligro abstracto”, de modo que no es necesario probar la existencia de un peligro real, sino sólo la idoneidad de los hechos para turbar la paz. En ese caso, la condena impuesta a un ciudadano australiano de origen alemán que había difundido propaganda negacionista a través de Internet se fundó en la convicción de que esa propaganda comprometía en último término la confianza en el Estado de Derecho. Con el tipo penal de instigación contra la población, el legislador alemán quiso proteger el clima político (*Klimaschutz*) de eventuales intentos de envenenamiento, evitando así, mediante una tutela anticipada de la dignidad humana, el desencadenamiento de una dinámica que, si no se ataja a tiempo, puede llegar a ser incontrolable. Vid. J. Luther, op. cit.

21. BVerfGE 90, 241 y ss. El Tribunal rechazó un recurso presentado contra la decisión de un Ayuntamiento, confirmada por un juez administrativo, que conminaba a los organizadores de un acto en el que iba a intervenir el historiador revisionista David Irving a informar a los asistentes sobre la normativa penal vigente entonces en esta materia (arts. 130 y 131 CP), a retirar la palabra de inmediato a quien incurriese en alguna de las conductas sancionadas y a disolver incluso la reunión, si fuese necesario.

masivo de los judíos en la Alemania nazi, porque este hecho está universalmente aceptado como una verdad histórica innegable (a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con la tesis, sostenida por algunos autores, de que la culpa del estallido de la II Guerra Mundial no la tuvo Alemania sino sus enemigos). Si damos por buena esta calificación, en el caso de la negación del holocausto entraría en juego la exigencia (o excepción) de veracidad, que se aplica únicamente a las afirmaciones fácticas. Y es a quien hace este tipo de afirmaciones a quien incumbe probar su veracidad. Situados en este ámbito, está claro que no merecen protección las manifestaciones que se hacen con plena conciencia de su falsedad o manifiesto desprecio hacia la verdad. Quien miente no está ejerciendo legítimamente su libertad de opinión. La mentira no merece la protección que la Constitución (art. 5) brinda a la libertad de expresión²². Y cuando se trata del holocausto parece que no se admite, ni siquiera como hipótesis, que quien niega una evidencia histórica de ese calibre pueda actuar de buena fe, esto es, en la creencia de que la información que ofrece es exacta²³.

De este modo, la sentencia se adentra en un terreno cuando menos resbaladizo, porque no siempre es posible certificar de forma indubitada la veracidad o falsedad objetiva de una afirmación. Y si lo que se pretende es acusar a quien hace una afirmación de ser plenamente consciente de su falsedad, cualquiera puede hacerse cargo, sin demasiado esfuerzo, de las dificultades epistemológicas (insuperables, a mi juicio) que plantea esa imputación.

1.3.2 Austria

En Austria, la Ley de Prohibición del Nacional-Socialismo (*Verbotsgesetz*) de 8 de mayo de 1945, que tiene rango de norma constitucional, castiga a quienes realicen actividades inspiradas en ideas nacional-socialistas. La modificación más reciente data de 1992: la ley aprobada el 26 de febrero de ese año introdujo el art. 3h, que sanciona expresamente, como actividad nacionalsocialista, la negación o banalización de los crímenes nacional-socialistas. Siendo más preci-

22. “La expresión prohibida según la cual en el Tercer Reich no habría tenido lugar persecución alguna de judíos representa una afirmación de hecho que según innumerables testimonios oculares y documentos, según las pruebas de los tribunales en numerosos procesos penales y según los conocimientos de la ciencia histórica se ha probado como falsa. Tomada en sí y por sí misma, tal afirmación no goza por tanto de la tutela de la libertad de opinión”

23. El Tribunal Constitucional destacó que la singularidad del Holocausto lo había convertido en un elemento constitutivo de la propia identidad de los ciudadanos de origen judío, que se proyecta en su relación con la sociedad alemana. Por tanto, negar este terrible acontecimiento histórico implicaría, desde la óptica del TCF, prolongar la discriminación contra el pueblo judío. El delito de instigación al odio contra la población, en su versión anterior a la reforma, encontraría apoyo, en última instancia, en la garantía de la dignidad humana del art. 1.1 de la Ley Fundamental.

Los que castiga a quien niegue, banalice groseramente, apruebe o trate de justificar el genocidio u otros crímenes contra la humanidad del régimen nacional-socialista en una publicación, una emisión o cualquier otro medio de comunicación, o por cualquier otro medio publico accesible a un gran número de personas.

Los procesos en aplicación de la Ley de Prohibición se han multiplicado en los últimos años (158 condenas en el período 1999-2004). Y un factor que contribuyó a este incremento fue la reducción de las penas mínimas como consecuencia de la reforma legal de 1992 (ahora la horquilla va de 1 a 20 años de prisión). Antes de la reforma se aplicaba raramente porque las penas eran excesivas, desproporcionadas.

En febrero de 2006, el historiador británico David Irving fue declarado culpable del delito de negación del Holocausto y condenado a tres años de prisión por un tribunal de Viena. Irving, que ya tuvo que responder por sus escritos ante la justicia británica y tiene prohibida la entrada en Alemania tras ser expulsado de este país en 1993, fue condenado en aplicación del artículo 3 de la Ley austriaca²⁴.

1.3.3 Suiza

En Suiza, la Ley federal de 18 de junio de 1993 introdujo en el Código Penal un artículo, el 261 bis, que castiga la incitación pública al odio o la discriminación racial, la propagación de una ideología racista, la negación de crímenes contra la humanidad y la denegación de una prestación. Este precepto fue aprobado por el pueblo suizo el 25 de septiembre de 1994 con ocasión de un referéndum organizado ante las reticencias de un sector de la opinión pública que estimaba que la disposición ponía en cuestión la libertad de expresión. Y entró en vigor el 1 de enero de 1995.

Así pues, el art. 261 CP castiga con penas de prisión (hasta tres años) o multa tanto la propagación de una ideología dirigida a denigrar de forma sistemática a los miembros de una raza, etnia o religión, como la negación, grosera minimi-

24. Detenido el 11 de noviembre de 2005 en el land de Styria, los cargos presentados contra él se remontaban a 1989, año en el que pronunció dos discursos de carácter negacionista en Austria. Poco antes del comienzo del juicio, se había declarado culpable y había asegurado que ya no creía, como sostuvo en otros tiempos, que no existieran cámaras de gas en Auschwitz. “Mis opiniones han cambiado. La historia es como un árbol que crece constantemente y cuanto más sabes, cuantos más documentos están disponibles, vas aprendiendo, y yo he aprendido mucho desde 1989”, añadió en declaraciones a medios locales. En su libro más conocido, “La guerra de Hitler”, había puesto en duda la magnitud del holocausto, refutando como una exageración la cifra de seis millones de judíos exterminados, había negado la existencia de cámaras de gas y había excluido cualquier responsabilidad de Hitler.

zación, o justificación de un genocidio o de otros crímenes contra la humanidad (no se circunscribe al holocausto judío), siempre que lesione de alguna forma la dignidad humana. Y este precepto ha sido profusamente aplicado desde 1995. Entre las sentencias más recientes, destaca la dictada el 9 de marzo de 2007 por un tribunal de Lausana, confirmada por el *Bundesgericht* meses después (decisión de 19 de diciembre de 2007), que declaró culpable de “negacionismo” a Dogu Perinçek, presidente del Partido de los Trabajadores Turcos, un grupúsculo de extrema izquierda, que durante su estancia en Suiza en el año 2005 había afirmado que el genocidio armenio de 1915 era una “mentira internacional”.

En cuanto al significado de términos como minimizar o banalizar, tiene interés la sentencia de 22 de marzo de 2000 del Tribunal Federal, que rechazó el recurso de una persona condenada a una pena de 15 meses de prisión, que argumentaba que en ninguna de sus publicaciones había puesto en cuestión el holocausto como tal, sino que se había limitado a negar la utilización de las cámaras de gas y poner en tela de juicio la cifra de víctimas que se maneja habitualmente (6 millones). El Tribunal consideró esta argumentación “de apariencia seudocientífica” como “pura hipocresía”. Al afirmar que sólo algunos centenares de miles de judíos fueron asesinados, el acusado niega o minimiza de manera grosera uno de los crímenes más espantosos de la humanidad. Para el Tribunal Federal, la objeción según la cual el acusado estaba convencido de la exactitud de sus conocimientos basados en trabajos de investigación, y que por tanto no se le podía reprochar mala fe, carecía de fundamento. Se plantea en este caso una cuestión vidriosa. ¿Reducir sustancialmente el número de víctimas es minimizar? ¿No se puede discutir ese dato? ¿Dentro de qué márgenes? Creo que resulta a todas luces excesivo convertir también en dogma de fe la cifra oficial del número de personas exterminadas. Pero lo cierto es que el criterio del tribunal suizo coincide con el defendido dos años antes en una sentencia de la Corte de Casación francesa²⁵.

25. En otro asunto resuelto por el Tribunal Federal suizo se suscitó también el problema de qué entendemos por minimizar. Mediante una sentencia dictada el 3 de noviembre de 1999, la Sala de casación penal de este Tribunal anuló la condena impuesta a un redactor de un periódico con motivo de la publicación de un texto con algunos pasajes que estimó no relevantes desde el punto de vista penal. El artículo contenía expresiones como “la obsesión por las cámaras de gas y la reeducación” o “Holocausto-Histeria”, que no aluden al holocausto en cuanto tal sino a la manera que se aborda actualmente el asunto. Según el Tribunal Federal, estas expresiones no significan, consideradas en su contexto, que los crímenes contra los judíos hayan sido en realidad menos graves que lo que se supone en general. Se refiere más bien a la forma en que suele abordarse el holocausto y muy particularmente a la amplitud y el carácter de las informaciones proporcionadas por los medios de comunicación con el fin de recordar a la juventud de hoy los acontecimientos de entonces. El Tribunal consideró que los comentarios eran “de mal gusto”, pero no se podían asimilar a una minimización grosera del holocausto en el sentido del art. 261 bis CP. Estos pasajes no llegan a denigrar tampoco a los judíos, lo que sí sería punible. Se opta pues en este caso por una interpretación estricta del tipo penal.

1.3.4 Francia

Para cerrar esta incursión en el Derecho comparado, voy a detenerme en la criminalización de la apología y la negación de genocidios y crímenes contra la humanidad en Francia.

En el país vecino, la polémica Ley de 13 de julio de 1990 tendente a reprimir los actos racistas, antisemitas y xenófobos, más conocida como ley Gayssot por ser este el apellido del diputado comunista que la promovió, añadió un nuevo apartado al art. 24 de la vieja Ley de prensa de 1881, que ya sancionaba la apología de los crímenes contra la humanidad, creando un delito específico de negación del Holocausto. Este precepto castiga con una pena de un mes a un año de prisión y multa la negación pública del genocidio de los judíos perpetrado por los nazis, identificando la verdad histórica con la verdad judicial establecida por el Tribunal de Nuremberg, puesto que alude expresamente a la definición de crímenes contra la humanidad contenida en art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional (de Nuremberg) anexo al Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945. A decir verdad, el legislador no utiliza el término “*negation*”, sino el de “*contestation*”, tal vez algo más amplio: no sólo negar, sino también impugnar, discutir, cuestionar, lo que podría comprender, si así lo avala la jurisprudencia, la negación parcial o matizada o la puesta en tela de juicio (e incluso, aunque más difícilmente, la minimización).

La cuestión fue objeto de un vivo debate en la Asamblea Nacional. Para los promotores de la iniciativa no se trataba de erradicar la discusión o la reflexión a la hora de interpretar un hecho histórico, de renunciar a hacerse preguntas, de negar el derecho a equivocarse. Se trataba simplemente de no poner en cuestión la existencia de hechos absolutamente horribles cuando esas dudas sirven de justificación aparentemente científica al antisemitismo militante²⁶.

26. Me remito a las palabras pronunciadas entonces por Jean-Claude Gayssot, el primer firmante: “Llegar al extremo de negar la existencia de los campos de exterminio nazis o el salvaje asesinato de millones de judíos, considerar ese hecho como un detalle, no entra dentro del campo de la controversia normal y necesaria en materia histórica. Es dar a entender... que estos hechos, que tienen un origen antisemita evidente, no son condenables”. Se ha dicho, continúa Gayssot, que la negación del holocausto debería combatirse en el marco del debate de opiniones, que no puede haber en Francia una historia oficial, defendida penalmente, que el descrédito de estas tesis dentro de la comunidad científica es suficiente para que el juez no tenga que intervenir..., pero yo pienso que si la revisión de la Historia es siempre un derecho, y a menudo un deber, la negación del holocausto por los autores que se califican, de forma inapropiada, de revisionistas, no es hoy más que una expresión de racismo y del principal vector del antisemitismo”.

Los grupos de derecha (entonces en la oposición) y el Senado (en tres votaciones sucesivas) se opusieron a la ley. Y también lo hicieron muchos políticos de todas las tendencias políticas, que entendían que la ley instauraba una verdad oficial y coartaba la libertad de investigación. Desde 1990 el debate sobre este tipo de leyes relativas a la memoria histórica (sobre *les lois mémorielles*) no ha cesado. Para los detractores de la ley, ésta confiere al juez el poder de decir la historia. Quienes la apoyaban replicaban que la ley no fijaba la realidad sino que levantaba acta de ella y no ponía trabas a la investigación, porque se podía estudiar libremente la política de exterminio de los judíos, siempre que no se negase su existencia y magnitud. Ninguna ley abolirá jamás la mentira, pero puede contribuir a luchar contra la difusión de ese veneno en nuestra sociedad. Porque las palabras pueden hacer daño, sobre todo cuando se refieren a acontecimientos que están aún vivos en la memoria individual o colectiva. Lo cierto es que, pese a la polémica generada, la Ley Gayssot no fue examinada por el *Conseil Constitutionnel*, porque no se sometió a su consideración antes de su entrada en vigor.

Parece que la Ley Gayssot, que ha dado lugar a diversas condenas²⁷, ha creado escuela. El 12 de octubre de 2006 la Asamblea Nacional aprobó una Proposición de Ley presentada por el Grupo Socialista tendente a reprimir la negación de la existencia del genocidio armenio, la masacre cometida por el imperio otomano en 1915, que se saldó con la muerte de un millón y medio de armenios, asesinados o deportados²⁸. Esta proposición, registrada el 12 de abril de 2006, no llegó a ser aprobada por el Senado antes de que finalizara, en junio de 2007, la XII Legislatura. A nadie se le escapa que en el origen de esta iniciativa finalmente decaída (y de otras muchas que tampoco prosperaron) está la presión ejercida por la numerosa e influyente comunidad armenia en Francia (alrededor de medio millón de personas). Este trágico episodio forma parte de la memoria colectiva de todos los armenios.

La propuesta consistía en añadir dos artículos que completarían el texto de la ley de 29 de enero de 2001 relativa al reconocimiento del genocidio armenio de 1915, que tenía un valor puramente declarativo (su único artículo se limitaba a proclamar que “Francia reconoce públicamente el genocidio armenio de 1915”).

27. Mediante una sentencia dictada por un tribunal de Versalles el 18 de marzo de 1991, que fue confirmada por otra de 18 de diciembre de 1995 de la *Cour de Cassation*, el líder del FN, Jean Marie Le Pen, fue condenado al pago de una indemnización por haber definido las cámaras de gas como “un detalle de la historia de la II Guerra Mundial”.

28. Para los historiadores armenios se trató de un exterminio sistemático, premeditado, perfectamente planificado y ejecutado impunemente, un exterminio que se ajusta plenamente a los criterios establecidos por la Convención sobre el genocidio de 1948.

Pues bien, con arreglo al nuevo art. 2 que se pretendía incorporar a la ley de 2001, aprobada en su día por unanimidad, serían castigados con las penas previstas por el art. 24 bis de la ley de 1881 sobre la libertad de prensa quienes negasen, por alguno de los medios enunciados en el art. 23 de dicha ley, la existencia del genocidio armenio de 1915. Conviene tener presente con la legislación vigente las declaraciones que niegan la existencia del genocidio armenio no pueden sancionarse. El artículo 24 bis de la ley de 1881, incorporado mediante la Ley Gayssot, castiga exclusivamente la negación de los crímenes contra la humanidad cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, como la Corte de Casación ha precisado en varias decisiones. Eso no impide la extensión de su campo de aplicación a otros crímenes, pero siempre que haya una decisión judicial que califique el crimen negado como crimen contra la humanidad. Tanto el genocidio de Rwanda como el de la exYugoslavia responden a esa exigencia, porque tras su creación, ambos TPI han dictado varias sentencias condenatorias por genocidio. En cambio, el genocidio armenio no satisface este criterio. Ocurrió en un momento histórico en el que no existía ni la noción de genocidio ni justicia internacional. De hecho, una sentencia del TGI de París de 2004 vino a confirmar que en Francia la negación del genocidio armenio no era delito.

En el curso del debate sobre esta proposición se rechazó por cierto una enmienda que proponía la adición de una cláusula indicando que “estas disposiciones no se aplican a las investigaciones académicas, universitarias o científicas”, con el propósito de limitar el alcance de la nueva norma

Para los diputados que aprobaron la ley, la libertad de expresión no es una patente de corso, no puede amparar a quien insulta la memoria de las víctimas. La historia no se puede manipular o falsificar deliberadamente: la ley de 2001 ya dejó zanjado el debate sobre la historia y la memoria en lo que concierne al genocidio armenio. Y el Parlamento se limita a constatar hechos plenamente acreditados, hechos “establecidos”.

Argumentan los defensores de esta legislación penal que el discurso del odio no se limita a las invectivas o los insultos racistas. Hay formas menos burdas, más sutiles de sembrar el odio, de echar más leña al fuego de la hostilidad entre comunidades. Y una de ellas es envolverse en la bandera de la ciencia y la investigación histórica para negar el genocidio de los judíos y atizar así los sentimientos o las pulsiones antisemitas. Tienen que reconocer, no obstante, que no resulta fácil deslindar lo que es genuina y honesta investigación, por esotéricas que pueden ser las conclusiones, de lo que es literatura antisemita disfrazada de estudio científico.

Vemos pues como los partidarios de penalizar la propaganda revisionista establecen una vinculación entre determinadas formas de negar el Holocausto y la ideología filonazi. No se trata de manifestaciones aisladas, sino del discurso perverso de grupos organizados de extrema-derecha, de una forma de agitación antisemita. Se trata de un discurso antisemita virulento, aunque sea implícito, cuyo objetivo último es rehabilitar los regímenes políticos que cometieron el genocidio. Se vincula indisolublemente la negación con la voluntad de reeditar precisamente el trágico episodio que se niega. Es una ideología, no una corriente crítica de historiadores. Los negacionistas constituyen una secta, minúscula pero obstinada, que utiliza todos los medios. Se presentan como historiadores, pero son unos farsantes que traicionan absolutamente todas las reglas del oficio de historiador: su discurso se nutre de mentiras y falsificaciones. Un historiador digno de tal nombre está sujeto a determinadas reglas deontológicas, a imperativos de honestidad intelectual y objetividad y a una metodología respecto de las fuentes que utiliza (no puede ocultar por ejemplo los puntos de vista adversos, las razones que esgrimen quienes sostienen tesis contrarias a las suyas). En el caso de los escritores negacionistas, se establece la presunción de que no buscan honestamente la verdad sino que sólo quieren hacer daño y no cumplen ni el deber de objetividad, ni las reglas de la buena fe. Es algo parecido a un juicio de intenciones: actúan siempre de mala fe.

Esta hiperprotección mediante el recurso a la represión penal no convence a los detractores de este tipo de leyes, que confían plenamente en la capacidad de los historiadores serios y del sistema educativo para rebatir y desmontar el discurso negacionista, sin intromisiones ni “ayudas” de los poderes públicos. No comparten el temor de los partidarios de las mismas respecto de la capacidad de seducción de la propaganda revisionista, que apela como ocurre con otros prejuicios a las pulsiones irracionales del ser humano.

Una baza en contra de la ley es el hecho de que permite a los escritores negacionistas aparecer como víctimas, como mártires de una causa justa y hacer creer que ellos revelan una verdad que el poder trata de ocultar y silenciar por todos los medios. Pero el argumento más potente es la protección que la Constitución brinda a la libertad de expresión y a la libertad de investigar y enseñar (la libertad de profesores e historiadores para investigar y difundir los resultados de sus pesquisas). La historia no se legisla, ni se promulga, no la escriben los poderes públicos, sino los historiadores con la libertad propia de quien investiga los hechos con método científico. Ni el legislador ni los tribunales pueden establecer imperativamente la verdad oficial, la memoria histórica. Los jueces no están capacitados para dilucidar o certificar verdades históricas. Esclarecer los hechos,

los acontecimientos del pasado y modelar nuestra memoria colectiva, sin injerencias de los poderes públicos, es tarea de los historiadores.

En Francia precisamente, un grupo de historiadores de renombre encabezados por Pierre Nora y René Rémond y agrupados en el colectivo “Libertad para la Historia” se movilizó para pedir en un comunicado publicado en mayo de 2006 la derogación de la Ley Gayssot y mostrar su oposición a la aprobación por la Asamblea Nacional de la proposición de ley que penalizaba la negación del genocidio armenio. Los historiadores se declaraban profundamente consternados por la iniciativa²⁹. Este colectivo ya había hecho pública meses atrás (en diciembre de 2005, para ser exactos) su oposición a las leyes sobre la memoria. Adoptaron precisamente como consigna la afirmación pronunciada por el presidente Chirac en plena polémica sobre el papel de la colonización francesa (“no es función de la ley escribir la historia”)³⁰.

29. Tras expresar su profundo sentimiento de solidaridad con las víctimas de la historia, deploran que Francia se haya empeñado en un proceso acelerado de leyes que establecen verdades de Estado sobre el pasado, un movimiento de apropiación de la historia por memorias particulares y de retroceso de las libertades democráticas. Al rechazar la enmienda que proponía excluir las investigaciones universitarias o científicas del ámbito de aplicación de la ley, “la Asamblea Nacional se ha quitado la máscara: no son las eventuales perturbaciones del orden público lo que se intenta impedir con estas leyes; lo que quiere es someter a las verdades oficiales que dicta la investigación universitaria y a todos los profesores, bajo pena de multa o prisión”. No es una reivindicación corporativa: “son las libertades de pensamiento y de expresión las que están amenazadas” por una ley que le dice al historiador “lo que debe buscar y lo que debe encontrar”. El historiador, dicen, “no acepta ningún dogma, no respeta ninguna prohibición, no conoce ningún tabú”. Para Pierre Nora, se trata de una terrible regresión: una malla legislativa obstaculizará el trabajo de los historiadores sobre los asuntos más sensibles. Con el consiguiente efecto paralizante, porque los investigadores se sentirán bajo vigilancia. En palabras de Max Gallo, “para un historiador es inadmisibles que la representación nacional dicte la historia correcta, la que debe ser enseñada” (*Le Figaro*, 30 de noviembre de 2005).

30. Conviene recordar que a finales de ese año 2005 los diputados de izquierda fueron muy críticos con una ley promovida por la mayoría conservadora en cuya virtud los libros de texto debían reconocer el “papel positivo” de la colonización francesa. El art. 4 de la Ley nº 2005-158 de 23 de febrero de 2005 sobre el reconocimiento de la Nación y contribución nacional a favor de los franceses repatriados disponía que “los programas escolares reconocerán en particular el papel positivo de la presencia francesa en ultramar...”. El inciso, que había sido introducido como consecuencia de una enmienda presentada por un diputado de la UMP y había pasado desapercibida durante la discusión parlamentaria (la enmienda fue aprobada sin objeciones), suscitó muchas críticas en el seno de las comunidades originarias de las excolonias, en amplios sectores de la izquierda y entre los historiadores. Miles de profesores firmaron una declaración en contra de una historia oficial de la colonización. Expresaron en ella su inquietud ante “las intervenciones políticas cada vez más frecuentes en la apreciación de los acontecimientos del pasado”. Sólo unos meses después de promulgarse la ley, el grupo socialista presentó una proposición de ley destinada a suprimir esa referencia al “papel positivo”. Pero fue rechazada el 29 de noviembre por la Asamblea Nacional al votar en contra la UMP. El 25 de enero de 2006, tras la solemne declaración realizada el 9 de diciembre por el presidente Chirac (en la que reconoce que la ley había suscitado un intenso debate sobre la historia de Francia, que tiene luces y sombras, y afirma que “en la República, no hay historia oficial”), el primer ministro Dominique de Villepin pidió al Consejo Constitucional que constatará el carácter reglamentario de ese inciso de la ley para poder suprimirlo por decreto y evitar un nuevo debate en el Parlamento. El 31 de enero el Consejo respondió positivamente a la petición, dando vía libre a la supresión de esa mención.

En contra de ese manifiesto, un grupo de abogados escribieron un artículo³¹ en el que admitían que la consigna de que “no corresponde al Parlamento escribir la Historia”, es una fórmula *a priori* convincente, pero ignora la especificidad del fenómeno del genocidio. Un genocidio no es un hecho histórico más. Es sobre todo un crimen político que se traduce en el exterminio de un pueblo y su identidad. A relegarla a la condición de simple interpretación de un acontecimiento histórico, se olvida que el negacionismo es una retórica perversa, asociada al delito de genocidio, elaborada ya en el momento en que se ejecuta como complemento necesario para borrar las huellas del mismo (anticipándose así a denuncias y condenas). El conjunto de argumentos, de mentiras destinadas a ocultar o enmascarar el crimen, cuando no a justificarlo, es un elemento constitutivo del delito de genocidio y una prueba suplementaria de su premeditación, de la voluntad genocida. No se puede dejar de incriminar esa infracción conexa, porque estamos ante dos conductas inescindibles, íntimamente ligadas.

El vivo debate que ha provocado en la sociedad francesa la aprobación de leyes sobre la memoria (y la proliferación de iniciativas parlamentarias de análogo contenido, como las relativas al genocidio ucraniano de 1932-1933, al sufrido por los gitanos durante la II Guerra Mundial o al cometido en la región de la Vendée en los años 1793-1794) me suscita una doble reflexión.

Por un lado, cabe preguntarse si el Holocausto es un acontecimiento único, sin parangón, o se podría extender la prohibición a la negación de otros crímenes a gran escala, como los causados por el stalinismo o los colonizadores europeos en América. Y ya puestos, ¿sería extensible a las interpretaciones revisionistas de nuestra guerra civil?. ¿Se puede sostener que no hubo ejecuciones en Paracuellos o que Guernica fue incendiada por sus habitantes? Si nos ceñimos únicamente a los genocidios (una palabra devaluada por el uso abusivo de la misma), cabe mencionar, además del exterminio de los armenios por los turcos (el primer genocidio del s. XX), la limpieza étnica en los Balcanes o la masacre que padecieron los tutsis en Burundi y Rwanda.

La cuestión es por qué se pueden negar unos y no otros, aunque no tengan la misma magnitud (no podemos olvidar la enorme envergadura de una operación de traslado de millones de judíos de numerosos países europeos durante cinco años, para someterlos a un proceso de exterminio premeditado, científico). Creo que es mejor resolver esta cuestión no sancionando ningún discurso revisionista que reprimiendo todos. Con este tipo de iniciativas legislativas se viene a lanzar el

31. *Le Monde*, edición del 10-10-2006.

mensaje de que existen genocidios de primera, como el judío y quizá el armenio, cuya negación estaría sancionada en todos los casos, y genocidios de segunda.

Por otro lado, una valoración más de fondo sobre este tipo de normas penales, que excluyen injustificadamente la posibilidad de someter a discusión un asunto de interés público e interfieren el legítimo debate entre historiadores, judicializándolo aún más. Me parece muy significativo que escritores e intelectuales turcos de pensamiento liberal, algunos de ellos procesados por haber reconocido la existencia de ese genocidio en un país, Turquía, que prohíbe justamente lo contrario (la afirmación del citado genocidio) se opusieran públicamente a la aprobación de la ley por el Parlamento francés.

La Ley Gayssot superó en cambio sin demasiadas dificultades el escrutinio (ciertamente deferente) aplicado por el Comité de Derechos Humanos de la ONU en el asunto *Robert Faurisson contra Francia*. Mediante una decisión fechada el 16 de diciembre de 1996, el Comité dio respuesta a la comunicación presentada por este conocido revisionista, condenado por un tribunal francés en 1991 como autor de un delito de negación de crímenes contra la humanidad. Faurisson alega que la ley Gayssot, al elevar al rango de dogma infalible, de verdad incontestable, el veredicto del Tribunal de Nuremberg y consagrar de una vez por todas la versión oficial u ortodoxa de la historia, no sustentada en pruebas, restringe su derecho a la libertad de expresión y de enseñanza y constituye una medida de censura inaceptable, que coarta la libertad de investigación histórica. Faurisson califica de “exorbitante” el privilegio del que disfruta la comunidad judía en Francia, que es el de ejercer la censura, con el pretexto que de no habría nada que investigar sobre ese asunto.

El Gobierno francés sostiene, por su parte, que los escritos de Faurisson constituyen “una forma sutil de antisemitismo contemporáneo”, puesto que, so pretexto de una investigación histórica, acusa a los judíos de haber falsificado la historia y de haber creado el mito del exterminio del pueblo judío. La sanción penal prevista en el art. 24bis es una medida necesaria no sólo para proteger los derechos y la reputación de las víctimas, sino también para salvaguardar el orden público y la cohesión social.

Como puede observarse, la controversia se planteó en unos términos que hacían presagiar un pronunciamiento importante, rico en matices, por parte del Comité. Pero no fue así. La decisión resulta, en mi opinión, decepcionante, muy por debajo de las expectativas que había despertado la denuncia de Faurisson. Se

despacha el asunto con una argumentación bastante ramplona, poco refinada (por no decir apodíctica).

Si bien no descarta que la aplicación de la Ley Gayssot “pueda conducir, en otras circunstancias, a decisiones incompatibles con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al Comité no le corresponde hacer la crítica en abstracto de las leyes promulgadas por los Estados parte”. El Comité elude un pronunciamiento (muy comprometido) sobre la Ley Gayssot acudiendo al socorrido expediente de disociar el contenido de la norma en abstracto y los actos concretos de aplicación. Una forma prudente de escurrir el bulto, porque el meollo de la cuestión es justamente la compatibilidad del delito tipificado en la Ley Gayssot con el art. 19 del Pacto y no hay en las circunstancias que rodean este litigio nada fuera de lo común.

El Comité llega a la convicción de que la ley Gayssot, tal y como ha sido interpretada y aplicada en este caso por los tribunales franceses, es compatible con las disposiciones del Pacto. Y explica su postura con el siguiente razonamiento: “dado que las afirmaciones realizadas por el autor, situadas en su contexto integral, eran de tal naturaleza que podrían generar o atizar sentimientos antisemitas, la restricción estaba destinada a hacer respetar el derecho de la comunidad judía a no temer verse obligada a vivir en un clima de antisemitismo”. Se da por buena la apreciación de los tribunales franceses. En consecuencia, la restricción estaba justificada al amparo del art. 19.3.a) del Pacto³².

32. Mayor densidad y calado tienen algunas de las cinco opiniones individuales concurrentes emitidas por 7 miembros del Comité. Tres de ellos suscriben una opinión en la que expresan su acuerdo con las conclusiones del Comité, pero exponen su propia argumentación. Admiten que la infracción por la que fue condenado Faurisson no comprende el elemento de incitación (no exige) y las expresiones que han motivado la condena no entran claramente dentro de la categoría de incitación a la discriminación que el Estado parte estaría obligado a prohibir. Pero en un determinado contexto ciertas declaraciones, que no encajarían en la estricta definición legal de incitación, pueden inscribirse en el marco de un sistema de provocación en contra de un grupo racial, religioso o nacional. A veces las personas que tienen interés en propagar la hostilidad y el odio adoptan formas de expresión sutiles que no son propiamente una incitación, pero sus efectos pueden ser tan perniciosos como los de una incitación abierta. Por eso, la idea de que en la situación actual de Francia la negación del holocausto puede constituir una forma de incitación al antisemitismo no puede ser rechazada. Ahora bien, esta dimensión de incitación (indirecta) es la consecuencia no tanto de la simple negación de hechos históricos debidamente probados, sino de la consideración de las propias víctimas del nazismo como responsables de una invención deshonesta, de la fabricación de un mito

A estos tres miembros del Comité no les gusta la Ley Gayssot y lo dicen de una manera clara. La ley está redactada en términos muy generales y parece prohibir la publicación de investigaciones desarrolladas de buena fe sobre materias que fueron objeto de una decisión del Tribunal de Nuremberg. Aun cuando el objetivo de esta prohibición sea legítimo (combatir el antisemitismo), las restricciones impuestas no responden a la exigencia de proporcionalidad (ese objetivo habría podido

2. La STC 235/2007 sobre el delito de negación del genocidio (art. 607.2 CP)

La Sentencia, dictada el 7 de noviembre de 2007 con el respaldo de ocho de los doce magistrados que integran el Pleno, estima parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona en relación con el artículo 607.2 del Código Penal, que castiga “la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen” los delitos de genocidio o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos³³.

En esta esperada decisión (7 años han pasado desde que se admitió la cuestión), que se aparta claramente de la tendencia imperante desde hace años en Europa, el Tribunal recuerda “en nuestro sistema, a diferencia de otros de nuestro entorno, no tiene cabida un modelo de “democracia militante”, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución”. De ese modo, el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución, repulsivas incluso, a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional.

conseguirse seguramente con una disposición menos incisiva). Y además no se tiene en cuenta la intención del autor o de la publicación (de incitar o no al antisemitismo). Manifiestan pues sus fuertes reservas, pero no se atreven tampoco a dar el paso de censurar al legislador francés. En este caso, explican, no tenemos que ocuparnos de la ley Gayssot en abstracto sino que debemos interesarnos solamente de la restricción impuesta a la libertad de expresión de Faurisson. Los tribunales franceses analizaron minuciosamente las palabras del escritor. En la entrevista, habla del mito de las cámaras de gas, como una estafa avalada por los vencedores en Nuremberg. Y da a entender claramente que los judíos habían inventado la historia de las cámaras de gas para sacar provecho de ella. Una cosa son las investigaciones históricas desarrolladas de buena fe, aunque cuestionen verdades históricas generalmente aceptadas, y otra las declaraciones antisemitas, como las proferidas por Faurisson, que no merecen la misma protección.

33. Mediante Sentencia dictada el 16 de noviembre de 1998, el Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona condenó a Pedro Varela, en su condición de titular de la librería Europa de Barcelona, a dos años de prisión como autor responsable de un delito continuado de apología del genocidio (607.2); y a otros tres años de prisión y multa por un delito también continuado de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia contra grupo o asociaciones, por motivos racistas y antisemitas, previsto y penado en el art. 510.1 del Código Penal (cinco años en total). Contra la sentencia, la defensa del condenado formuló recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona en el que se solicitaba además que la Sala promoviera una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional acerca de los preceptos 510 y 607.2º del Código Penal. Petición que fue parcialmente atendida, porque la sección 3ª de la Audiencia Provincial acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 607.2 del Código Penal, al entender que dicho precepto contiene una limitación injustificada del derecho a la libertad de expresión.

La sentencia distingue entre la condena en el plano moral y la reacción punitiva. La tolerancia es un valor que “no puede identificarse sin más con la indulgencia ante discursos que repelen a toda conciencia conocedora de las atrocidades perpetradas por los totalitarismos de nuestro tiempo”. La cuestión es si la negación de hechos de ese calibre o su justificación tienen cabida en el libre debate público que garantiza el art. 20 CE o si, por el contrario, tales opiniones pueden ser objeto de sanción penal

Para empezar, las conductas tipificadas como delictivas por el art. 607.2 CP “no pueden enmarcarse dentro del concepto de provocación para delinquir ni tampoco en el de apología del delito, ya que el tenor literal de la indicada disposición no exige como elemento de las mismas que estén dirigidas a incitar a la comisión de delitos de genocidio ni que con ellas se ensalce al genocidio o se enaltezca a los genocidas, elementos uno y otro que, en cambio, resultan inherentes a dichas modalidades delictivas según se desprende de la definición que de las mismas ofrece el art. 18.1 CP”³⁴.

El Tribunal se remite varias veces a la doctrina establecida en la STC 214/1991, en cuya virtud la intensa protección que el art. 20.1 CE ofrece a la difusión de ideas, reforzada por el valor del diálogo para la libre formación de una conciencia histórica colectiva, “encuentra su límite en las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o en aquéllas que incitan directamente a dichas actitudes, constitucionalmente inaceptables”. Es, pues, el “deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal”, el que priva de protección constitucional a la expresión y difusión de un determinado entendimiento de la historia. En ningún caso puede tipificarse como delito la mera transmisión de ideas, por execrables que sean.

Pero esa incompatibilidad con la Constitución no se predica del precepto cuestionado en su integridad. Porque son dos las conductas descritas en el tipo

34. El ilícito previsto en el art. 607.2 CP no exige, como el delito previsto en el art. 510 CP, “acciones positivas de proselitismo xenófobo o racista, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta, a cometer genocidio”. Tampoco las conductas descritas “implican necesariamente el ensalzamiento de los genocidas ni la intención de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas”. Lo que el tipo en cuestión castiga es la pura y simple “transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos” y en la medida en que persigue una conducta amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) y eventualmente por las libertades científica [art. 20.1 b)] y de conciencia (art. 16 CE), constituye un límite infranqueable para el legislador penal (FJ. 6°).

penal: las ideas o doctrinas que se difunden pueden negar el genocidio o pueden justificarlo. La conducta consistente en la mera negación de un delito de genocidio (la “expresión de un punto de vista sobre determinados hechos, sosteniendo que no sucedieron o no se realizaron de modo que puedan ser calificados de genocidio”) no puede considerarse como una manifestación del “discurso del odio”, que supone una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos o contra determinadas razas o creencias: “la mera negación del delito, frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane”. Se mire como se mire, negar no es ensalzar.

El Tribunal rebate el principal argumento que suelen esgrimir los partidarios de la sanción penal del negacionismo, que no es otro que la suposición de que quienes niegan la existencia de un genocidio no lo hacen movidos por razones historiográficas, sino con la pretensión nada inocente de que su discurso contribuya a crear las condiciones que hagan posible en un futuro más o menos lejano la comisión de ese delito de genocidio que ahora se niega. La sentencia rechaza rotundamente ese juicio de intenciones: carece de fundamento la afirmación de que la literatura negacionista “persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende”. Puede que esa sea la intención de algunos o incluso de muchos de los que difunden ese tipo de panfletos, pero no tiene por qué ser así necesariamente. Y en todo caso el tipo penal no exige ese ingrediente subjetivo.

Además, aún en el supuesto de que esa fuese la intención de quienes niegan un determinado genocidio, tendría que cumplirse otra condición: que la difusión de esas opiniones “fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado”.

La negación del genocidio es, por tanto, una conducta que “permanece en un estadio previo al que justifica la intervención del Derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión”. Así pues, la tipificación como conducta delictiva de la negación del genocidio vulnera el derecho a la libertad de expresión.

La conclusión a la que llega el Tribunal en relación con la difusión de ideas que justifiquen el genocidio es bien diferente. Aquí no se trata de negar, contra toda evidencia, un hecho histórico, sino de formular un juicio de valor, una opi-

nión sobre un genocidio cuya existencia se admite. Pues bien, considerando “la especial peligrosidad” de un delito tan odioso como el genocidio, la sentencia admite que, excepcionalmente, el legislador penal castigue la justificación pública de ese delito, “siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión” (la directa ya está castigada en el art. 615 CP) y no se confunda con “la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo”, que resultaría plenamente amparada por los arts. 16 y 20 CE.

3. Una reflexión final sobre la policía de la memoria: libertad para la historia

Con motivo de la aprobación por el Consejo Europeo de Justicia e Interior de la propuesta de Decisión-Marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia en su reunión del 19 de abril de 2007, el colectivo “*Liberté pour l’Histoire*”, que, como antes indicamos, viene luchando desde el año 2005 contra la tendencia del poder legislativo a criminalizar determinadas interpretaciones del pasado, poniendo cada vez más trabas a la investigación histórica con el pretexto de la necesaria represión del racismo y el antisemitismo, promovió un nuevo llamamiento público (*Appel de Blois*) en favor de la libertad para investigar y enjuiciar los acontecimientos del pasado que, a mi juicio, no tiene desperdicio: “Inquietos ante los riesgos de una moralización retrospectiva de la historia y de una censura intelectual, llamamos a la movilización de los historiadores europeos y a la cordura de los políticos. La historia no debe ser la esclava de la actualidad... En un Estado libre no corresponde a ninguna autoridad política definir la verdad histórica y limitar la libertad del historiador bajo la amenaza de sanciones penales”³⁵.

Esta misma línea, muy crítica con las iniciativas legislativas que pretenden codificar la historia apelando a un sacrosanto “deber de memoria”, se inscriben otros manifiestos promovidos por historiadores e intelectuales de Bélgica e Italia. Me refiero, en primer lugar, al publicado en enero de 2006 con el respaldo de decenas de historiadores belgas (*Pléthore de mémoire: quand l’Etat se mêle d’histoire*). En este documento, los firmantes se preguntan por el papel que han de jugar los poderes públicos en la trasmisión de la memoria del pasado. El Estado puede organizar con toda legitimidad actos de conmemoración, pero esta actividad nada tiene que ver con la investigación histórica, que es “una discipli-

35. Suscriben este manifiesto numerosos historiadores franceses, italianos, británicos, españoles, alemanes, norteamericanos, belgas, suizos, griegos y de otras nacionalidades.

na crítica e independiente de los usos políticos del recuerdo”. Por supuesto que existen lazos entre memoria e historia, pero son procesos que obedecen a exigencias diferentes. La memoria no da acceso al conocimiento, remueve el pasado al servicio de un proyecto político o cívico del presente. La historia, en cambio, reivindica un estatuto científico, no está al servicio de la política, no es emoción. No acepta ningún dogma y puede resultar molesta, perturbadora. Si bien la historia ha de tener en cuenta la memoria, no se reduce ciertamente a ella. Más que el deber de memoria tantas veces invocado, nos gustaría, dicen en su escrito, que se invocase más menudo el deber de historia y de saber. La creciente judicialización del debate histórico constituye un atentado contra la libertad de expresión e investigación y produce efectos perversos que sólo benefician a quienes fomentan el odio³⁶.

Un año después, en enero de 2007, un grupo de historiadores italianos hizo pública una declaración que llevaba por título “Contra el negacionismo, por la libertad de investigación”, como respuesta al anuncio de que el ministro de Justicia del Gobierno presidido por Prodi, Clemente Mastella, se disponía a presentar un proyecto de ley que preveía, entre otras cosas, una pena de prisión para aquellos que negasen la existencia del holocausto.

Como historiadores y como ciudadanos los firmantes mostraban su preocupación por ese intento de afrontar y resolver un problema cultural y social ciertamente importante mediante el recurso a los tribunales y la amenaza de una condena penal.

36. ¿Corresponde al Parlamento y al Gobierno elaborar una nomenclatura de catástrofes a modo de inventario cada vez más exhaustivo, partiendo del genocidio de los judíos y continuando por los gitanos, los armenios, o las víctimas del colonialismo, del genocidio ruandés, del conflicto de Bosnia o de Darfur? Como ha escrito recientemente el historiador francés Henry Rousso, en una historia criminal de la humanidad, cada vez más el Estado aparece al mismo tiempo como fuente del crimen y como fuente de redención. ¿Hace falta multiplicar los actos de arrepentimiento y perdón – algunas veces con el único fin de suministrar buena conciencia – para explicar el comportamiento de la Administración francesa bajo la ocupación, la Inquisición, la trata de esclavos, la conducta de las tropas alemanas en agosto de 1914, los procesos de Moscú, el exterminio de los amerindios, la explotación de los niños por el capitalismo naciente, o las masacres de las tropas romanas en la Galia?. Los historiadores no se quejan cuando el Estado da pruebas de apertura, autocrítica y transparencia en las investigaciones dirigidas a arrojar luz sobre un pasado turbio. Esas investigaciones han contribuido sin duda a un mejor conocimiento de esos dramas y a identificar de modo incontestable las responsabilidades políticas más allá de la polémica o la sospecha. Es bueno que los historiadores sean llamados en calidad de expertos, si ello es necesario, siempre que no se caiga en la tentación de construir una nueva historia oficial y se permita el acceso a los archivos del conjunto de la comunidad científica. Lo que reclaman, en suma, a las autoridades políticas es que, en lugar de multiplicar las comisiones, las declaraciones y las iniciativas con una alta carga simbólica, les permitan hacer su trabajo, facilitando el acceso de todos los investigadores a unos archivos debidamente clasificados.

Esta solución les parece peligrosa por diferentes razones: ofrece a los negacionistas la posibilidad de erigirse en defensores de la libertad de expresión; no hace falta invertir ningún esfuerzo para refutar y desmontar sus argumentos; y se establece así una verdad de Estado en el terreno de la historia, con el riesgo de deslegitimar esa misma verdad histórica y obtener justamente el resultado contrario al esperado. Cada verdad impuesta por la autoridad estatal (el antifascismo en la RDA, el negacionismo del genocidio armenio en Turquía, la inexistencia de la matanza de la plaza de Tienanmen en China) no hace sino minar la confianza en la libre confrontación de posiciones y en la libre investigación historiográfica e intelectual.

Por otra parte, se acentúa la idea, muy discutida entre los historiadores, del carácter único de la Shoah, no tanto por tratarse de un acontecimiento singular, sino porque se considera inconmensurable y no comparable con otros eventos históricos, situándolo de hecho fuera de la historia y en la cúspide de una posible clasificación de males absolutos del mundo contemporáneo. Italia, que ha tratado de ocultar bajo un manto de silencio su propio pasado colonial, debería hacer todo lo posible para que la historia reciente y sus crímenes formen parte de la conciencia colectiva mediante iniciativas de todo tipo y campañas de educación. Pero la vía de la verdad histórica de Estado no nos parece útil para hacer frente a graves fenómenos – a menudo ligados a las declaraciones negacionistas– como la incitación a la violencia o al odio racial y la apología de delitos repugnantes. Para eso ya existen en nuestro ordenamiento jurídico preceptos legales suficientes para perseguir eventuales comportamientos criminales. Es la sociedad civil, perseverando en una batalla cultural, política y ética constante, la que puede crear los únicos anticuerpos capaces de extirpar o reducir al menos las posiciones negacionistas. El Estado tiene que ayudar a la sociedad civil, pero sin pretender sustituirla mediante la aprobación de una ley que corre el riesgo de resultar inútil o, lo que es peor, contraproducente.

Confieso que contemplo con profunda simpatía esta movilización a escala europea en defensa de la autonomía de la historia frente a las posibles injerencias del poder político en el campo de la investigación y la enseñanza y contra la proliferación de leyes que criminalizan ciertas lecturas del pasado, provocando además un efecto de emulación en grupos que reclaman también la protección de su particular memoria colectiva.

En nuestro país, no se han puesto en circulación este tipo de manifiestos, pero el Tribunal Constitucional no perdió la oportunidad de justificar en su Sentencia

43/2004, de 23 de marzo, la protección que nuestra Constitución dispensa a la libertad científica, porque “sólo de esta manera se hace posible la investigación histórica, que es siempre, por definición, polémica y discutible, por erigirse alrededor de aseveraciones y juicios de valor sobre cuya verdad objetiva es imposible alcanzar plena certidumbre, siendo así que esa incertidumbre consustancial al debate histórico representa lo que éste tiene de más valioso, respetable y digno de protección” (FJ 4).

Esta sentencia desestimó el recurso de amparo presentado por los hijos de Carlos Trías, un abogado ya fallecido que había sido citado en un programa de televisión emitido por el canal TV 3 como testigo de cargo que declaró en dos ocasiones ante el juez instructor del Consejo de Guerra sumarísimo incoado en el año 1937, que concluiría con la condena a muerte de Manuel Carrasco, diputado, consejero de la Generalitat y fundador del partido político UDC, por la comisión de un delito de adhesión a la rebelión militar. En dicho documental sobre la trayectoria personal y política de Carrasco i Formiguera se dijo que el Sr. Trías, junto con otras 7 personas que luego ocuparían altos cargos dentro del régimen franquista, había comparecido voluntariamente para acusar al político catalanista de haber intentado la fundación de una República independiente, y que la condena impuesta se basó exclusivamente en dichos testimonios.

Los recurrentes en amparo arguyen en su demanda que su padre tan sólo declaró en la instrucción de la causa abierta contra el Sr. Carrasco (no llegó a comparecer en el juicio oral) tras ser citado por el Juez, sin descubrir en su declaración hecho nuevo alguno que no fuese conocido ya merced a los "informes-denuncia" que obraban en poder del instructor. Es falso, pues, que los testigos acudieran voluntariamente a declarar. Tampoco es cierto, en su opinión, que la condena se fundase exclusivamente en las declaraciones de los testigos que se mencionan. Tales declaraciones fueron irrelevantes para el fallo, pues la condena se basó la documentación que se le encontró al acusado cuando fue detenido.

La sentencia recuerda, en primer lugar, que el documental cuestionado versa sobre hechos históricos que tienen una indudable relevancia pública. Para el Tribunal Constitucional, “las valoraciones y juicios sobre los hechos históricos... son tan inevitables como necesarios, sin perjuicio de la dificultad de que alcancen consenso o valoración unánime”. Y “esto vale también para la reconstrucción científica del pasado que llamamos "historiografía", un saber reconocible en atención a su adecuación a ciertos métodos, y no en virtud de una pureza tal, de otra parte inexigible, que prescinda de toda perspectiva ideológica o moral en

la exposición del pasado”. La historia es una ciencia “libre y metodológicamente fundada”, que no admite dogmas de fe. Es más, “sin diálogo con los juicios de los demás... no resulta posible formar el propio juicio. No habría tampoco espacio... para la formación de una conciencia histórica colectiva”. En otras palabras, la unanimidad en la valoración de acontecimientos históricos es infrecuente (podría ser incluso una anomalía sospechosa) y poco fecunda. Se pueden mantener opiniones distintas e incluso contrapuestas sobre hechos históricos siempre que estén “metodológicamente fundadas”

Se da la circunstancia de que la autora del reportaje, además de periodista, es historiadora. El Tribunal destaca este dato, porque el programa es el fruto de una amplia investigación que duró varios meses, y en él intervienen varios historiadores. Se ha querido ofrecer una valoración historiográfica de los acontecimientos y por ese motivo la realización del documental se inscribe en el ámbito protegido por la libertad de producción y creación científica [art. 20.1 b) CE].

No era la primera vez que el Tribunal se ocupaba de este derecho, pero en esta ocasión va a referirse, en particular, a la libertad científica del historiador. A su juicio, “la libertad científica –en lo que ahora interesa, el debate histórico– disfruta en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto de la que opera para las libertades de expresión e información”, porque “se refiere siempre a hechos del pasado y protagonizados por individuos cuya personalidad... se ha ido diluyendo necesariamente como consecuencia del paso del tiempo y no puede oponerse, por tanto, como límite a la libertad científica con el mismo alcance e intensidad con el que se opone la dignidad de los vivos al ejercicio de las libertades de expresión e información de sus coetáneos”.

La aplicación de esta doctrina conduce a la desestimación del amparo solicitado. Es indudable que el documental en cuestión es producto de una larga investigación histórica en la que se ha contado con las actas del proceso en el que se condenó al Sr. Carrasco y con diversos testimonios. El objetivo que se persigue no es mancillar el honor de alguien, sino aportar una visión, en parte subjetiva, de una persona o un hecho histórico. La sentencia insiste en esta idea: “Si la historia solamente pudiera construirse con base en hechos incuestionables, se haría imposible la historiografía, concebida como ciencia social. En su ámbito, los historiadores valoran cuáles son las causas que explican los hechos históricos y proponen su interpretación, y aunque tales explicaciones e interpretaciones sean en ocasiones incompatibles con otras visiones, no corresponde a este Tribunal decidir, por acción u omisión, cuál o cuáles deban imponerse de entre las posibles.

Son los propios ciudadanos quienes, a la luz del debate historiográfico y cultural, conforman su propia visión de lo acaecido, que puede variar en el futuro”. No se puede explicar con más claridad. La objetividad en la reconstrucción de los hechos es algo que no cabe esperar ni exigir.

En el último de los Fundamentos Jurídicos (el 8º) de la Sentencia 43/2004, el Tribunal recapitula y hace suya la afirmación realizada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en el sentido de que no tiene "la función de enjuiciar la Historia, sino de aplicar el Derecho". De otro modo, añade, “se impondría a los órganos jurisdiccionales la tarea de verificar juicios históricos antes que jurídicos. La discusión histórica está abierta a la participación y a la réplica en su contexto propio y por sus medios característicos, pero no puede estarlo a la solución jurídica, cuya verdad no es, por definición, la que se persigue y construye con el método histórico”. Ciertamente, determinadas interpretaciones de hechos históricos pueden resultar molestas para sus protagonistas o para sus descendientes. En este caso, los hijos del Sr. Trias, que discrepan de algunas afirmaciones que se hacen en el documental pueden “iluminar acerca de cuál fue, a su juicio, la participación de su padre en el procesamiento del Sr. Carrasco,... contribuyendo así a enriquecer el debate histórico”. Lo que no pueden pretender es impedir la emisión del documental.

LOS DERECHOS Y PRINCIPIOS EN LA PROPUESTA DE REFORMA DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CASTILLA-LA MANCHA¹

F. Javier Díaz Revorio

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO

1. *Introducción: los derechos y principios en los Estatutos de autonomía.*
2. *La situación en el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha de 1982.*
3. *El procedimiento seguido en la reforma del Estatuto: características generales.*
4. *Los derechos en la propuesta de reforma del Estatuto²:*
 - a) *El Preámbulo y el Título Preliminar.*
 - b) *Los valores y principios fundamentales.*
 - c) *Estructura y sistemática del título.*
 - d) *La titularidad de los derechos.*
 - e) *El contenido de los derechos.*
 - f) *Normas sobre la aplicación.*
 - g) *Vinculación y garantías.*
5. *Valoración y conclusiones.*
6. *Apunte bibliográfico.*

1. Este texto, que desarrolla y actualiza algún trabajo anterior del autor ubicado en la misma línea de investigación, se enmarca en el Proyecto de investigación interuniversitario financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia para el período 2006-2009, con el título Reforma de la Constitución y reforma de los Estatutos de autonomía (SEJ2006-15337-C02-01/JURI), cuyo investigador principal es el Dr. Pedro González-Trevijano Sánchez.

2. Este trabajo se ha redactado tomando como base la Propuesta de Reforma del Estatuto de autonomía de Castilla-La Mancha que, una vez definitivamente aprobada por las Cortes de Castilla-La Mancha (Boletín Oficial de las Cortes de Castilla-La Mancha, VI Legislatura, nº 212, de 30 de enero de 2007), fue presentada ante el Congreso en la VIII Legislatura (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie B, nº 276-1, de 9 de febrero de 2007); y una vez concluida ésta sin ser tramitada la iniciativa, la misma ha sido retomada en la IX Legislatura (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie B, nº 18-1, de 11 de abril de 2008), y votada favorablemente en debate de totalidad (Diario de Sesiones, nº 34, de 14 de octubre de 2008; Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie B, nº 18-2, de 17 de octubre de 2008), antes de su remisión a la Comisión Constitucional para la fase de enmiendas y debate. Por tanto, no pueden ser tenidas en cuenta eventuales enmiendas que pudieran aprobarse en fase de tramitación parlamentaria, aunque no parece que las mismas vayan a ser de gran alcance en lo relativo a los títulos Preliminar y Primero de la propuesta de nuevo Estatuto.

1. Introducción: los derechos y principios en los Estatutos de autonomía

Si bien todos los Estatutos de autonomía contenían, desde sus redacciones iniciales, ciertas referencias a los derechos fundamentales y a los principios constitucionales, o la inclusión de otros principios en el mismo texto estatutario, no ha sido hasta el proceso de reformas iniciado en 2006 cuando se ha iniciado de forma más notoria un debate sobre la posibilidad o conveniencia de la inclusión de estos principios y derechos en el texto estatutario. Ello es explicable si tenemos en cuenta que las referencias a derechos y principios en los primeros textos estatutarios (y en esto las sucesivas reformas hasta 2006 no habían supuesto modificación relevante) no pasaban de algunas menciones generales y remisiones al texto constitucional, normalmente incluidas en el título Preliminar, y en ningún caso configuraban un título autónomo del Estatuto.

Esta situación ha cambiado de forma notoria en todas las reformas estatutarias aprobadas a partir del año 2006, que constituyen en realidad revisiones totales de los Estatutos que dan lugar a textos íntegramente nuevos (con la excepción sólo relativa del Estatuto valenciano, que fue reformado parcial, pero muy significativamente, por Ley orgánica 1/2006, de 10 de abril). Y estos “nuevos Estatutos”³ contienen en todos los casos, aunque con denominaciones no coincidentes, un título específicamente dedicado a la regulación de los derechos y deberes de los ciudadanos y los principios rectores de la Comunidad⁴.

La novedad es tan significativa que podría decirse que, cualitativamente,

3. Los nuevos textos a los que me refiero son, por orden cronológico: 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; Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía; Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón; Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León. A ellos habrá que sumar próximamente el nuevo Estatuto de Castilla-La Mancha, cuyas referencias se han dado en nota anterior, si finalmente su tramitación concluye con éxito.

4. Así, el Estatuto de Valencia incluye un título II denominado “De los derechos de los valencianos y valencianas”; el título I del Estatuto de Cataluña viene encabezado como “Derechos, deberes y principios rectores”; el de las Islas Baleares denomina a su título II “De los derechos, los deberes y las libertades de los ciudadanos de las Illes Balears”; el título I del Estatuto de Andalucía se dedica a los “Derechos sociales, deberes y políticas públicas”; el de Aragón, más escuetamente, se refiere a “Derechos y principios rectores”, exactamente igual que el de Castilla y León; aunque en ocasiones las menciones a derechos y principios pueden contenerse también en otros títulos, como el Preliminar.

es sin duda uno de los cambios más relevantes (acaso el que más) que puede encontrarse en los nuevos textos estatutarios. Y si bien el debate político se ha centrado principalmente en otros aspectos más “polémicos” de los nuevos textos estatutarios (con un claro protagonismo para el Estatuto de Cataluña), lo cierto es que la doctrina constitucional se ha ocupado inmediatamente del problema de la posibilidad o conveniencia de que los Estatutos incluyan declaraciones de derechos, habiéndose producido un rico debate al respecto⁵.

No es, sin embargo, el propósito principal de este trabajo entrar en profundidad en la compleja y ardua cuestión de la licitud constitucional (o de la mayor o menor conveniencia) de la inclusión de declaraciones de derechos en los Estatutos de autonomía, sino más bien comentar, aunque sea de un modo general y preliminar, el contenido que, en esta materia, incluye la propuesta de nuevo Estatuto para Castilla-La Mancha. Por lo demás, desde la perspectiva jurisprudencial la cuestión ha quedado más o menos resuelta (otro tema es si mejor o peor) por la STC 247/2007, de 12 de diciembre, que se pronunció sobre el artículo 17.1 del nuevo Estatuto de Valencia, que reconoce el derecho de los valencianos y valencianas al abastecimiento suficiente de agua de calidad.

En efecto, uno de los temas más trascendentes abordados en esta sentencia es el de si las declaraciones de derechos son un contenido posible de los Estatutos, a pesar de que manifiestamente no están mencionadas en el artículo 147.2, y de que la existencia de declaraciones de este tipo podría resultar incompatible con el sentido del artículo 139.1 de la Constitución, o incluso del art. 149.1.1. En síntesis, el Tribunal no aprecia esa incompatibilidad, y reconoce por tanto la posibilidad constitucional de este contenido estatutario, aunque matizando que el sentido y el alcance de los preceptos que reconozcan derechos públicos subjetivos serán diferentes en los distintos casos. En efecto, mientras que estos derechos pueden derivar de los contenidos estatutarios mencionados en artículos constitucionales distintos al 147, o de la referencia que este precepto hace a la organización de las instituciones autónomas propias, tratándose en tal caso de auténticos derechos públicos subjetivos, sin embargo los que pudieran derivar de las competencias asumidas por la

5. Véase la bibliografía referida al final de este trabajo. En particular, hay que destacar la muy interesante polémica entre dos prestigiosos constitucionalistas, como son los profesores Caamaño y Díez-Picazo, llevada a cabo con réplica y réplica directas a través de la Revista Española de Derecho constitucional. Sana costumbre, por cierto, ésta de dedicar artículos específicamente a “contestar” los que previamente ha escrito otro colega, pero poco frecuente en nuestra doctrina constitucional...

Comunidad (art. 147.2, d) deben entenderse como meros mandatos, orientaciones u objetivos dirigidos a los poderes públicos autonómicos⁶.

Con todo, esta idea resulta muy controvertida, y ha sido objeto de crítica incluso por parte de los magistrados del Tribunal Constitucional. En efecto, los cinco votos particulares que acompañan a la mencionada STC 247/2007, de 12 de diciembre, cuestionan la posibilidad de que los Estatutos de autonomía incorporen declaraciones de derechos. En síntesis, el argumento común radica en que, siendo el Estatuto de autonomía, además de la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, una ley orgánica del Estado (pero que no puede ser modificada o derogada por otras leyes orgánicas dado su carácter de “norma paccionada”), la existencia de diferentes declaraciones de derechos pugnaría con el art. 139.1 de la Constitución que, como se deduce de su tenor literal, supone la igualdad de derechos y obligaciones de los españoles en cualquier parte del territorio del Estado⁷.

6. Aunque obviamente la sentencia aludida es susceptible de comentarios mucho más amplios desde muy diversas perspectivas, que superarían con mucho la finalidad de este estudio, me parece que la doctrina que contiene en esta materia puede sintetizarse con lo dicho en el texto. En esta línea pueden destacarse las siguientes citas textuales: “el art. 139.1 CE no contiene un principio que imponga la uniformidad absoluta respecto de los derechos constitucionales propiamente dichos” (FJ 14). En el FJ 15 el Tribunal analiza separadamente las posibilidades de reconocimiento de derechos, y la virtualidad de las proclamaciones que contengan derechos, según el fundamento constitucional que las mismas tengan; es decir, según cuál sea el precepto constitucional del que deriva el contenido estatutario de que se trate. Comenzando por las previsiones de la Constitución no incluidas en el art. 147, la sentencia señala que “de la regulación que realicen los Estatutos de Autonomía pueden desprenderse, de modo inmediato, verdaderos derechos públicos subjetivos, según ha confirmado la jurisprudencia constitucional incluso para supuestos en que la previsión estatutaria incide en los derechos fundamentales en sentido estricto”. En segundo lugar, respecto a la regulación de las instituciones autonómicas, la sentencia señala que “también respecto de lo establecido en el art. 147.2 c) CE se desprende que son los Estatutos, precisamente, la concreta fuente constitucionalmente prevista para dotar de sentido y alcance material a la institución de que se trate con la orientación que cada uno de ellos considere adecuada dentro del marco de la Constitución. De este modo, dichas regulaciones estatutarias, llamadas constitucionalmente a producir una vinculación directa de los poderes públicos de la Comunidad, pueden generar también verdaderos derechos subjetivos”. La solución es, en cambio, diferente en lo que puede derivar de la atribución de competencias a la Comunidad, prevista como contenido estatutario en el art. 147.2 d); en suma, “los Estatutos de Autonomía, que en el ámbito institucional del contenido estatutario pueden establecer derechos subjetivos por sí mismos, en el ámbito de atribución competencial requieren de la colaboración del legislador autonómico, de tal manera que las prescripciones estatutarias relativas a este último ámbito, cualquiera que sea el modo literal en que se enuncien, han de entenderse, según antes se acaba de decir, como mandatos, orientaciones u objetivos, dirigidos a los poderes públicos autonómicos para el ejercicio de competencias que el Estatuto atribuya”.

7. En este sentido, el voto particular del Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas señala, con referencia al art. 139.1: “Me es imposible aceptar que cuando el precepto referido dispone que «todos los españoles tienen los mismos derechos en cualquier parte del territorio del Estado», resulte respetuoso con ese principio constitucional que el Estado, al aprobar un Estatuto de Autonomía, o su modifi-

En suma, la mera posibilidad de que los Estatutos contengan, más allá de algunas excepciones con justificación constitucional específica, declaraciones de derechos, ha sido objeto de un amplio debate doctrinal, y está lejos de haber sido unánimemente compartida en el seno del Tribunal Constitucional. Pero lo cierto es que éste ha afirmado en principio tal posibilidad, aunque matizando, en ciertos casos de forma muy significativa, el alcance y eficacia jurídica de esos derechos, que cuando deriven de la propia asunción estatutaria de competencias, no serán estrictamente derechos públicos subjetivos, sino mandatos u orientaciones para los poderes públicos autonómicos. A efectos prácticos, esta doctrina jurisprudencial, que no me parece vaya a ser abandonada próximamente por el Tribunal, viene a suponer el mantenimiento de las declaraciones de derechos y principios rectores contenidas en los nuevos Estatutos. En lo que sigue, presumiendo que en efecto el Tribunal no va a rechazar con alcance general esta opción de los nuevos Estatutos, pasaré a llevar a cabo un comentario que sirva como primera aproximación a los contenidos incluidos en los títulos Preliminar

cación, pueda hacer declaraciones de derechos para los ciudadanos de sólo una parte de su territorio. Y no me parece convincente el expediente dialéctico de rebajar el significado constitucional del principio que nos ocupa, limitando su proyección al ámbito interno de cada una de las Comunidades Autónomas, eludiendo implícitamente su virtualidad en cuanto elemento constitucional de unidad en el ámbito extra e intraautonómico, que creo que es la virtualidad esencial del principio”. Por su parte, el Magistrado don Javier Delgado Barrio defiende que “puesto que el art. 139.1 CE proclama la igualdad de derechos y el Estatuto es desigualdad -art. 138.2 CE-, quíerese decir que éste no es, evidentemente, cauce adecuado para la proclamación de derechos”, añadiendo más adelante que “la regla general es la no viabilidad de la inclusión de derechos en los Estatutos con las excepciones ya señaladas”. El Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel sintetiza su posición al respecto señalando que “una interpretación sistemática de lo que dice la Constitución, más no de lo que no dice, es lo que me lleva a concluir que, dada la obligada aprobación de los Estatutos de Autonomía por el Estado, los derechos no son un contenido posible de aquéllos”. El Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, por su parte, opinaba: “Creo que se manipula el significado de los Estatutos para hacerlos coincidir, en lo que se les hace que digan, con lo que se ha dicho que dice la Norma Fundamental” y, tras hablar de la “deconstrucción” del art. 139.1 operada por la mayoría del Tribunal, aclaraba más adelante que “Admitir que sí caben tablas autonómicas de derechos –que será la conclusión práctica a la que abocarán en el futuro las finas y matizadas excepciones que contiene la doctrina del FJ 15 de la Sentencia– y que el art. 139.1 CE dice únicamente lo que resulta del citado FJ 14 *in fine* producirá también problemas de aplicación práctica de imposible solución en nuestro sistema de fuentes, salvo que se traigan a colación en el futuro otros preceptos constitucionales, que permitan solucionar las antinomias irresolubles que se plantearán a los Jueces y Tribunales ordinarios ante un panorama de fuentes realmente invariable y confuso”. Por último, el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas afirma que “en cuanto a la formulación de derechos subjetivos, a mi juicio, debió llegarse a una conclusión general y firme: la de que en los Estatutos de Autonomía no cabe el establecimiento de derechos subjetivos”, aunque más adelante admite alguna excepción, para concluir que “la Sentencia de la que discrepo, ignora por completo la que, para mí, es una distinción fundamental, antes recogida, y que es la que debe hacerse entre tablas agrupadas de derechos, o declaraciones «para-constitucionales» por un lado y por otro, derechos públicos subjetivos ocasionalmente regulados en los Estatutos de Autonomía, en los contados casos en que es posible porque la propia Constitución lo autoriza”.

y I del futuro Estatuto de autonomía de Castilla-La Mancha, destacando las significativas innovaciones que los mismos introducen respecto a la regulación actualmente vigente.

2. La situación en el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha de 1982

Castilla-La Mancha no se diferenció demasiado de las restantes Comunidades Autónomas en cuanto al tratamiento inicial de los derechos fundamentales en el Estatuto y, manteniendo el criterio general ya destacado, no se incorporó al texto estatutario aprobado en 1982 un título específico dedicado a los derechos, sino que la proclamación y regulación de los mismos se resolvió a través de ciertas remisiones y de algunas menciones genéricas.

En esta línea, es fundamental el artículo 4, que en su apartado 1 señala que “Los derechos, libertades y deberes fundamentales de los ciudadanos de Castilla-La Mancha son los establecidos en la Constitución”. De esta manera, se produce una remisión en bloque al catálogo de derechos reconocido en la Norma fundamental, eludiéndose la relación específica de los derechos de los ciudadanos de la Comunidad. Sin embargo, aunque esta proclamación sería suficiente para determinar, por remisión, los derechos y principios rectores aplicables en la Comunidad, lo cierto es que los siguientes apartados del mismo artículo recogen algunos valores, principios y objetivos básicos para los poderes públicos regionales, e incluso, en un sentido reflejo, se proclaman algunos derechos específicos. Y si bien en general estos principios son reproducción de los que están contenidos en la Constitución, en algunos casos su plasmación en el Estatuto aporta matices o variantes sobre los enunciados constitucionales. Ciertamente, la escasa entidad cuantitativa de estos preceptos, y su similitud con los principios reconocidos en la Constitución, han provocado que no se haya prestado excesiva atención a la incorporación estatutaria de los mismos (aunque, con algunas variantes, prácticamente todos los Estatutos recogieron desde su redacción originaria principios de este tipo, e incluso algún derecho), pero conviene destacar la existencia de estos preceptos, que en el caso de Castilla-La Mancha están contenidos principalmente en los apartados 2, 3 y 4 del mencionado artículo 4 del Estatuto de 1982.

El primero de ellos es la especificación para los poderes públicos regionales del mandato que el artículo 9.2 de la Constitución encomienda sin excepción a todos los poderes públicos, con copia prácticamente literal del mismo, y de esta

forma se dispone que estos poderes regionales deben promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de individuos y grupos sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y favorecer la participación de todos en la vida política, económica, cultural y social de la Región. Por su parte, el apartado 3 establece un mandato aún más específico a la Junta de Comunidades, disponiendo que ésta “propiciará la efectiva igualdad del hombre y de la mujer, promoviendo la plena incorporación de ésta a la vida social y superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica o política”. Se trata, como se indica, de una previsión más específica y concreta que cualquiera de las previstas en la Constitución española, lo que podría tener su relevancia, por ejemplo, a la hora de valorar la adecuación estatutaria de ciertas medidas de “acción positiva” o “discriminación inversa”, y comparar la misma con la valoración constitucional de las mismas, pues ciertamente este tipo de medidas encuentran en el texto estatutario una finalidad directamente impuesta, y mucho menos genérica que el mandato del artículo 9.2 de la Constitución (o el equivalente del 4.2 del Estatuto de autonomía de Castilla-La Mancha).

Por su parte, el apartado 4 del artículo 4 enumera los objetivos básicos de la Junta de Comunidades. Como se viene indicando, esta enumeración contiene en realidad una especificación de algunos de los principios rectores de la política social y económica reconocidos en el capítulo III del título I de la Constitución, de tal manera que, al aplicarse los mismos como objetivos de la Junta de Comunidades, se disponen algunas especialidades o se añaden algunos matices a las prescripciones constitucionales. Así, por ejemplo, se reitera el objetivo del pleno empleo pero se añade “la especial garantía de puestos de trabajo para las jóvenes generaciones”; se insiste en la prescripción constitucional de protección del medio ambiente y fomento de la calidad de vida, añadiéndose una “especial atención al medio rural”; así como “la protección y realce del paisaje”; o, en fin, al referirse al retorno de los emigrantes, en términos que recuerdan al art. 42 de la Constitución, el Estatuto dispone como objetivo “la superación de las actuales condiciones económicas y sociales de nuestra Región que condicionan el actual nivel de emigración”.

Por su parte, otros apartados del artículo 4.4 implican una especificación de otros preceptos constitucionales situados en el título VII, destinado a la economía y hacienda, y de este modo encontramos preceptos relativos a la potenciación de ciertos recursos económicos, pero también en este caso encontramos peculiaridades en la norma autonómica, pues junto a la mención a la agricultura y la ganadería, el art. 4.4. c) del Estatuto menciona la minería, la industria y el turismo, y el apartado h) del mismo precepto dedica un inciso específico a la reforma agraria.

Por otro lado, otros objetivos enunciados en el mismo precepto parecen recoger peculiaridades que no tienen un tratamiento constitucional tan específico, como “la realización de un eficaz sistema de comunicaciones que potencie los intercambios humanos, culturales y económicos entre todos los ciudadanos de la región” (art. 4.4.h).

Hay que señalar también que, dentro de estos enunciados de objetivos, el propio artículo 4 contiene alguna proclamación de derechos, aunque sean en realidad “reflejos” del correspondiente mandato a los poderes públicos, y en definitiva supongan también una adaptación de los principios rectores de la Constitución. Así sucede, por ejemplo, con “el acceso de todos los ciudadanos de la Región a niveles educativos y culturales que les permitan su realización cultural y social”, (art. 4.4.d), o los ya mencionados a la calidad de vida, protección de la naturaleza y del medio ambiente (apartado f), aunque en este caso no aparecen redactados en forma de derechos.

Por último, hay que señalar el art. 3 del Estatuto de 1.982, que se refiere a la condición política de ciudadano de Castilla-La Mancha, predica la misma de quienes tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de la Región, y añade en su apartado 2 una específica mención a “los derechos políticos definidos en este Estatuto”, afirmando que gozarán también de los mismos “los españoles residentes en el extranjero que hayan tenido la última vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de la Región y acrediten esta condición en el correspondiente consulado de España”.

En suma, la regulación de los principios fundamentales y los derechos en el Estatuto de 1.982 se caracteriza por las siguientes notas:

- 1) Remisión en bloque a los derechos, libertades y deberes fundamentales de la Constitución.
- 2) Ausencia de un listado específico de derechos y deberes.
- 3) Recepción de una serie de principios rectores establecidos de la Constitución, que sin embargo son adaptados o matizados en la redacción que da el Estatuto de Castilla-La Mancha.
- 4) Establecimiento de algunos objetivos específicos de la Junta de Comunidades, así como de algunos “derechos reflejos” de los mismos.
- 5) Mención a los “derechos políticos” derivados del Estatuto.

Ha habido, por tanto, una mínima regulación de los derechos y principios fundamentales en la redacción originaria del Estatuto, si bien la parquedad de la

misma y las escasas diferencias respecto a la regulación constitucional, así como la ausencia de una lista de derechos en sentido propio, han provocado que, hasta ahora, la preocupación por la posibilidad, sentido y significado de la regulación estatutaria de los derechos haya estado prácticamente ausente en el sistema autonómico de Castilla-La Mancha.

3. El procedimiento seguido en la reforma del Estatuto: características generales

Siguiendo la línea iniciada poco antes en otras Comunidades, la propuesta de reformar el Estatuto de autonomía comenzó con el anuncio del Presidente autonómico en el debate del estado de la Región del año 2004⁸. Poco después se fue generando un consenso entre los dos partidos con representación parlamentaria en torno a la conveniencia de la reforma y a sus líneas maestras. En octubre del año 2005, el Presidente autonómico firmó con los representantes del PSOE y el PP regionales la llamada “Declaración de Fuensalida”, que implicaba un consenso básico sobre los principios fundamentales que deberían estar presentes en la reforma. A lo largo del año 2006 los dos partidos tratan de llegar a un texto inicial aceptado por ambos, y aquél frágil consenso pareció estar amenazado en no pocos momentos, sin que existiera además acuerdo sobre el calendario de la reforma. Pero finalmente, en octubre de 2006 se anunció el acuerdo sobre un texto inicial de nuevo Estatuto, y el día 30 de ese mes, los dos grupos con representación parlamentaria presentaron conjuntamente, ante la Cámara regional, la “propuesta de proposición de ley para la reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha” (BOCCM nº 190, de 6 de noviembre de 2006).

A partir de ese momento comenzó la tramitación parlamentaria, mediante la creación de una Comisión Legislativa específica para la reforma del Estatuto, y la comparecencia ante la misma de 32 personas, en representación de las instituciones regionales, de sectores sociales, culturales o económicos de la sociedad castellano-manchega, o bien como expertos en Derecho o en otras cuestiones vinculadas al Estatuto. Con ello terminó el año 2006, pero fue en enero del año 2007, fuera del período ordinario de sesiones, cuando las Cortes de Castilla-La Mancha tramitaron efectivamente la propuesta, incluyendo numerosas enmien-

8. Prescindimos ahora del comentario de las anteriores reformas del Estatuto, que no afectaron en absoluto a los derechos ni principios fundamentales, y desde luego no tuvieron –a pesar de la importancia de alguna de ellas– el alcance global de la que ahora comentamos. Fueron operadas por Leyes orgánicas 6/1991, de 13 de marzo; 7/1994, de 24 de marzo; y 3/1997, de 3 de julio.

das que en algún caso hicieron de nuevo peligrar el frágil consenso alcanzado. Pero finalmente, el día 29 de enero de 2007 el Pleno de la Cámara regional aprobó por unanimidad el texto que el 1 de febrero del mismo año se presentó como propuesta de reforma en el Congreso de los Diputados. Por diversas razones la VIII Legislatura concluyó sin que el texto fuera tramitado en las Cortes Generales; y ello no deja de ser llamativo, porque fue el único de los Estatutos presentados que no fue tramitado y aprobado en dicha legislatura (con la única excepción del nuevo Estatuto para el País Vasco, cuya toma en consideración fue expresamente rechazada por el Congreso). En cualquier caso, tras el inicio de la IX Legislatura, la propuesta estatutaria ha sido retomada por las Cortes Generales, y en el momento de escribir estas líneas el Congreso ya ha procedido a su aprobación inicial, el día 14 de octubre de 2008.

La característica principal de la reforma ha sido, por tanto, la existencia de un consenso difícil, pero mantenido en el tiempo, entre los dos principales partidos a nivel autonómico. Ese consenso ha versado sobre los principios de respeto a la Constitución y profundización en el autogobierno, que ya estaban presentes en la citada “Declaración de Fuensalida”. Desde el punto de vista de los derechos, puede señalarse que la regulación de los mismos no sólo ha sido consensuada, como la totalidad del texto estatutario, sino que no parece haber generado polémicas o diferencias relevantes entre los dos partidos con representación parlamentaria. Otros aspectos generaron quizá más dificultades de cara al acuerdo. En el título dedicado a los derechos, el acuerdo ha dado lugar a un texto avanzado, moderno y de marcado carácter social, pero al tiempo cuidado y relativamente moderado. Por lo demás, las diversas comparecencias ante la Comisión parlamentaria encargada del Estatuto han podido también dejar cierta huella, mejorando técnicamente el texto inicialmente propuesto y su sistemática.

4. Los derechos en la propuesta de reforma del Estatuto

La propuesta de reforma del Estatuto de autonomía aprobada por las Cortes de Castilla-La Mancha el 29 de enero de 2007, y presentada el 1 de febrero en el Congreso, contiene un título específico dedicado a los “Derechos, deberes y libertades de los castellanomanchegos”⁹. Se sigue de este modo la tendencia de

9. Conviene hacer una precisión lingüística. A diferencia de la redacción de la propuesta inicial, el texto finalmente aprobado por las Cortes de Castilla-La Mancha y presentado al Congreso hace desaparecer el guión en la palabra “castellanomanchego” (o en su femenino o plural). Según el Diccionario de la Real Academia, y el Diccionario de uso del español actual de Manuel Seco, ambas formas, con y

las últimas reformas estatutarias, de incorporar un listado propio de derechos y deberes en la norma estatutaria. Aunque, como se ha visto, la regulación anterior contenía algunos principios fundamentales más o menos extraídos de la Constitución, es novedosa la situación en la que los Estatutos de autonomía contienen su propia declaración o catálogo de derechos y deberes. Y ello plantea los problemas y dudas a los que me he referido al inicio del trabajo, aunque de acuerdo con la jurisprudencia constitucional es, en principio, una opción conforme con la Constitución, sin perjuicio de que el alcance o eficacia jurídica de alguna de las proclamaciones de derechos podría no ser el propio de los derechos públicos subjetivos.

Por tanto, aun cuando no se puede negar con carácter general la posibilidad de que un estatuto incorpore una declaración de derechos y principios rectores, convendría precisar y cuidar el enunciado de cada precepto, para dejar clara la naturaleza jurídica y el alcance de cada artículo, en esta materia tan delicada y compleja. Por lo demás, no hay que ignorar las dificultades que igualmente implica la posibilidad de que la declaración de derechos y principios del Estatuto reitere preceptos de la Norma fundamental, o bien incorpore contenidos similares pero con variaciones que en ocasiones pueden llegar a ser realmente significativas, aun cuando no entren en contradicción abierta con los preceptos constitucionales (en cuyo caso desaparecería cualquier duda sobre la ilegitimidad constitucional). El Tribunal Constitucional, que en general ha sido crítico con la reproducción de preceptos constitucionales en la legislación autonómica, aun admitiendo esta posibilidad, ha sido particularmente cauteloso a la hora de referirse a la posibilidad de que sea un Estatuto el que reproduzca el enunciado de derechos constitucionales¹⁰. En suma, aun admitiendo la posibilidad de una

si guión, son válidas. Aquí vamos a preferir la que usa el guión (excepto en el caso de las citas literales, en las que necesariamente habrá que seguir la forma usada por la proposición), por varios motivos: 1) esta forma respeta el guión existente en el nombre propio del que deriva el adjetivo (Castilla-La Mancha); 2) esta palabra compuesta es bastante larga y parece más adecuado para su escritura y lectura separar las palabras de las que se compone, y 3) los programas de procesamiento de texto más usuales (y en concreto, Word), reflejan un molesto subrayado en rojo cuando se utiliza “castellanomanchego”, pero no cuando se usa el guión para escribir “castellano-manchego”.

10. Véase, por todas, la reciente y ya citada STC 247/2007, de 12 de diciembre. Su FJ 15 señala: “Sin embargo, si el legislador estatutario, simplemente, reprodujera los derechos constitucionales (aunque como ha señalado este Tribunal en reiteradas ocasiones, no es técnicamente correcto transcribir en las leyes los preceptos constitucionales: STC 76/1983, FJ 23; en igual sentido, STC 118/1996, de 27 de junio, FJ 12, entre otras) lo relevante desde la perspectiva de su constitucionalidad será el alcance de dicha reproducción. En tal sentido, si el legislador estatutario va más allá de la mera reproducción e incide en los derechos fundamentales, tales previsiones, que tendrán la eficacia señalada en el párrafo c) anterior, sólo serán legítimas si, además, guardan relación con alguna de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma, incurriendo en inconstitucionalidad en caso contrario”.

declaración de derechos autonómica, resulta acuciante, y del mayor interés, la cuestión de sus límites constitucionales, y en todo caso es particularmente necesario el cuidado en la redacción de cada uno de sus enunciados.

En todo caso, procede ahora circunscribirnos a la valoración de los aspectos específicos de la proposición de reforma del Estatuto de Castilla-La Mancha. Es decir, aun dejando apuntadas las dudas y dificultades a las que debe hacer frente toda declaración estatutaria de derechos, aquí trataré solamente la cuestión relativa al comentario de los concretos preceptos que la proposición de nuevo Estatuto de Castilla-La Mancha dedica a la materia.

En este sentido, hay que destacar que el nuevo texto contiene, por un lado, algunos principios y preceptos generales recogidos en el título Preliminar, y que pueden ser objeto de comentario porque su carácter axiológico los relaciona directamente con los derechos fundamentales; y por otro, un título I dedicado monográficamente a derechos y deberes.

a) El Preámbulo y el Título Preliminar

Por la evidente vinculación que suelen tener los principios con los derechos, y porque suele considerarse que todos ellos conforman lo que habitualmente se denomina “parte dogmática” de los textos constitucionales o estatutarios, parece procedente hacer una breve descripción del Preámbulo y el Título Preliminar de la proposición de nuevo Estatuto. Aquél se caracteriza, si lo comparamos con las reformas de otros Estatutos, por la austeridad verbal y la ausencia de cualquier tono reivindicativo, proclamando con realismo los recientes orígenes de Castilla-La Mancha como Comunidad Autónoma y su institucionalización. No destaca este Preámbulo por las grandes proclamaciones de principios y valores, y los que se recogen, desde luego de gran trascendencia, son fundamentalmente reiteración de los mencionados en la Constitución, y en particular de la unidad, autonomía, y solidaridad establecidos en el artículo 2 de la Norma suprema. Más adelante se mencionan los valores de libertad e igualdad, unidad y ciudadanía democrática, así como solidaridad, como imperantes en la España de hoy. En fin, dentro de este tono de relativa parquedad, los derechos apenas son mencionados en el último párrafo del Preámbulo, señalándose que “Por este Estatuto queda comprometida Castilla-La Mancha con la concepción de España como un Estado social y democrático, al incluir la carta de derechos de sus ciudadanos”. En suma, todo el Preámbulo exhibe una identificación axiológica con los valores constitucionales, y en este contexto se sitúa y se justifica el reconocimiento de una carta de derechos en el Estatuto.

Tampoco el Título Preliminar incurre en ningún vicio de barroquismo verbal, y de hecho en el artículo 1.1 no hay siquiera un intento de definir políticamente a la Comunidad (como región, nacionalidad o similar), sino que se opta por designar directamente a los “ciudadanos de Castilla-La Mancha” como sujetos que, “en ejercicio del derecho al máximo nivel de autogobierno reconocido constitucionalmente y como expresión de su plena condición de comunidad política, se constituyen en Comunidad Autónoma...” Por lo demás, y aparte de la reiteración del principio de indisoluble unidad de la nación española, no hay nuevas proclamaciones de principios y valores en los artículos de este Título Preliminar, dedicados a la definición institucional, el ámbito territorial, la condición de castellano-manchegos, los símbolos y las sedes de las instituciones. Tampoco se encuentran en este título menciones a los derechos, más allá de la referencia a los “derechos políticos definidos en este Estatuto” en el artículo 3.2, relativo a la definición de la condición política de castellano-manchego, y que viene a reproducir al respecto lo dispuesto en el mismo artículo del Estatuto de 1982.

Con todo, hay que destacar que el mismo artículo 3 añadirá en su futura redacción un nuevo apartado 3, dedicado a los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea y los extranjeros no comunitarios residentes en Castilla-La Mancha, así como los apartados 4 y 5, referentes a las comunidades originarias de Castilla-La Mancha asentadas fuera del territorio autonómico.

b) Los valores y principios fundamentales

En fin, ya en el título I, es muy importante destacar el artículo 9.7, que proclama que: “Los poderes públicos de Castilla-La Mancha promoverán los valores de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el pluralismo, la paz, la justicia, la solidaridad y la cohesión social”. Aunque dicho apartado se ubica dentro del artículo relativo a los principios informadores de la actuación de los poderes públicos, se trata en realidad de los valores fundamentales del sistema jurídico-político de la Comunidad Autónoma, y por ello su ubicación más acertada hubiera sido, a mi juicio, el Título Preliminar, y muy probablemente el propio artículo inicial del Estatuto, pues de alguna manera estos valores presidirían así todo el contenido estatutario, situándose en el frontispicio del articulado de la norma básica de la Comunidad Autónoma. La ubicación elegida, mucho más “discreta”, y en el último de los siete apartados de los “principios informadores”, no parece acorde con la trascendencia de los valores proclamados. Por lo demás, creo que en esta enumeración pueden destacarse las siguientes características:

- a) La inclusión de los cuatro valores superiores proclamados en el artículo 1.1 de la Constitución española, si bien en distinto orden, intercalando otros más, y suprimiendo el calificativo “político” al aludir al pluralismo (lo que le da una mayor amplitud).
- b) La incorporación de otros valores mencionados en otros preceptos de la Constitución (aunque ésta no siempre los califique como tales), como la dignidad humana, que acertadamente se ubica en el primer lugar de la enumeración estatutaria, o la solidaridad (aunque también ésta parece tener un sentido más amplio en el Estatuto que en el art. 2 de la Constitución, en el que se refiere sólo a nacionalidades y regiones).
- c) La recepción de otros valores que en la Constitución sólo aparecen de forma implícita o tangencial. Así sucede con la democracia y la paz.
- d) La mención, al mismo nivel que los anteriores valores, de la cohesión social.
- e) Una cierta imprecisión en la identificación de la naturaleza de estos contenidos, dado que el artículo 9, en el que se incluyen, se titula “principios informadores de la actuación de los poderes públicos”, mientras que el propio apartado 7 los considera expresamente valores.

De todos modos hay que reconocer que la distinción entre valores y principios es una cuestión compleja, poco pacífica, y acaso imposible de realizar con precisión desde la perspectiva jurídica. Por lo demás, con independencia de su consideración como principios o valores, resulta claro que son al tiempo objetivos que deben ser “promovidos” por los poderes públicos de la Comunidad. Y, como reiteradamente estamos viendo en esta materia, el Estatuto procede a una incorporación de conceptos e ideas derivados de la Constitución, pero que al tiempo son adaptados, desarrollados o, como en este caso, ampliados.

Los demás apartados del artículo 9 contienen también una serie de principios de gran trascendencia para el sistema estatutario, y que igualmente deben considerarse objetivos a perseguir por los poderes públicos castellano-manchegos. En algunos casos se trata de principios que ya venían reflejados en el anterior texto estatutario, en otros hay una actualización o desarrollo de los mismos, y en otros se aprecia la incorporación de nuevos principios con este carácter informador. Entre todos ellos pueden destacarse la pluralidad de manifestaciones de la igualdad, que aparece: a) en su dimensión de igualdad real o material, junto a la libertad, en el apartado 1; b) como principio que debe regir el acceso a los servicios públicos (apartado 4); y c) en su vertiente de igualdad de género (apartado 6).

También se mencionan en el mismo artículo 9 principios relativos a las políticas activas de redistribución de la riqueza, en el marco del Estado social y democrático de Derecho (apartado 2, aspecto muy vinculado al objetivo de la igualdad material proclamado en el apartado anterior); la creación de empleo de calidad y el diálogo y la concertación con las organizaciones sociales y empresariales (apartado 3); y la protección del medio ambiente y el uso sostenible de los recursos naturales (apartado 5).

c) La estructura y sistemática del Título I

El título dedicado a los derechos, deberes y libertades comienza en el artículo 6 y concluye en el 23. No es una extensión muy notable, sobre todo si se compara con los textos catalán o andaluz, que resultan considerablemente más prolijos; en este aspecto se trata de un título que se aproxima más al resto de las reformas.

El título se divide en cuatro capítulos, dedicados, respectivamente, a los principios generales (arts. 6-10), a los derechos de ciudadanía y de la persona (arts. 11-20), a los derechos económicos y sociales (art. 21), y a la garantía del ejercicio de los derechos (art. 22). Sin embargo, pese a que el enunciado de los epígrafes de estos capítulos pueda dar una imagen de que se pretende la globalidad en los derechos expresamente reconocidos, no hay tal pretensión, pues es evidente que hay importantes derechos, dentro de todos estos bloques, que ni siquiera son mencionados, y significativamente no se recogen prácticamente ninguno de los derechos de libertad. Hay que tener en cuenta que la declaración de derechos comienza con una remisión en bloque a la Constitución española y a los tratados y convenios internacionales, de manera que, con buen criterio, se ha optado por no reiterar, en lo posible, los derechos fundamentales ya enunciados en la Norma fundamental.

Con todo, este criterio, que parece haberse seguido en general respecto a los derechos fundamentales y libertades públicas, no se ha utilizado en el caso de los derechos sociales y económicos, ni respecto a los derechos de determinados colectivos, que son enunciados con cierto detalle en el texto estatutario, a pesar de que en buena medida ya están recogidos en la Constitución. Aunque evidentemente esto implica ciertas reiteraciones, esta opción puede encontrar justificación en la idea de que las Comunidades Autónomas pueden jugar un papel más relevante precisamente en el ámbito de los derechos prestacionales, y más en general de los vinculados al Estado social, que son susceptibles de un mayor desarrollo y satisfacción por parte de los poderes públicos autonómicos.

Sea como fuere, lo cierto es que, a pesar de la impresión que podría deducirse de los títulos de los diversos capítulos, la reforma del Estatuto centra su recién incorporado catálogo de los derechos casi exclusivamente en los derechos socioeconómicos, así como en los derechos de participación política, cuando ésta se produce en el ámbito de las instituciones autonómicas. También es destacable el artículo dedicado a los deberes (art. 10) contenido en el capítulo I, y que incluye algunos ya recogidos en la Constitución (contribuir al sostenimiento del gasto público, conservar el medio ambiente, colaborar en situaciones de emergencia...), otros existentes en la legislación estatal (participación en la Administración electoral), junto a otros más específicos (hacer un uso responsable y solidario de las prestaciones y servicios públicos, cuidar y proteger el patrimonio público, contribuir y participar en la educación de los hijos).

d) La titularidad de los derechos

Como ya se ha indicado, la proposición de reforma, manteniendo en este aspecto lo que ya preveía el Estatuto de 1.982, contiene los criterios para la determinación de la condición política de castellano-manchego, que lleva aparejada la titularidad de los derechos políticos contenidos en el Estatuto. El criterio seguido es el de la vecindad administrativa, si bien la titularidad de estos derechos se extiende también a los españoles residentes en el extranjero que hayan tenido la última vecindad administrativa en Castilla-La Mancha (art. 3.1 y 2). Por lo tanto (y en este aspecto el nuevo Estatuto no implica modificaciones), la regla general es la titularidad de los derechos por parte de los castellano-manchegos, definidos en los términos vistos.

Sí son novedosas, en cambio, las referencias a la titularidad de los derechos por los ciudadanos de la Unión Europea y los extranjeros no comunitarios residentes en Castilla-La Mancha. En este sentido, el art. 3.3 establece un principio general de equiparación con los castellano-manchegos “con las limitaciones que establezcan la Constitución española, el Estatuto de autonomía y el ordenamiento jurídico”. De esta forma, el Estatuto distingue a dos colectivos a los que antes no hacía referencia, estableciendo como se ve un criterio general de equiparación con los castellano-manchegos en el ejercicio de los derechos, pero remitiéndose a la Constitución, al propio Estatuto y el ordenamiento jurídico para el posible establecimiento de limitaciones. Esta redacción es mejorable, no sólo porque la Constitución y el Estatuto forman parte también del Ordenamiento (de manera que el inciso debería referirse entonces al “resto del” Ordenamiento), sino porque permite mayores restricciones que el mismo artícu-

lo 13.1 de la Constitución, pues según éste no todo el ordenamiento, sino sólo los tratados y la ley, pueden establecer “los términos” (ni siquiera se habla de “limitaciones”) en que los extranjeros gozan de los derechos constitucionales. De manera que, aparentemente, el Estatuto permite mayores restricciones hacia los extranjeros de los derechos estatutarios, respecto de las que permite la Constitución sobre los derechos constitucionales. En todo caso, y respecto al disfrute por los extranjeros de los derechos constitucionales y los establecidos en la legislación estatal, hay que tener en cuenta que el art. 7.2 impone a los poderes públicos regionales el mandato de garantizar a los ciudadanos de la Unión Europea y a los extranjeros no comunitarios residentes en Castilla-La Mancha “el ejercicio de los derechos fundamentales que tengan reconocidos en el marco de la legislación del Estado”.

Con esta regulación, el Estatuto contempla los derechos de los castellano-manchegos, de los ciudadanos de la Unión Europea y de los extranjeros no comunitarios, pero omite toda referencia a los demás españoles. Claro está que éstos, si tienen vecindad administrativa en la Comunidad, pasan a ser castellano-manchegos, y en cualquier otro caso, tendrán también los mismos derechos que los ciudadanos de la Comunidad cuando por cualquier circunstancia les resulte aplicable la normativa de esta, por imperativo del artículo 139 de la Constitución. De todos modos no deja de ser llamativo que el Estatuto, que en otras ocasiones no ha tenido problema en recoger o incorporar –y, en su caso, adaptar– contenidos ya previstos en la Constitución, en este caso no haya incluido previsión alguna sobre este particular.

Por lo demás, ninguna disposición estatutaria se refiere a la titularidad de los derechos por parte de las personas jurídicas, pero hay que entender que la misma no está excluida en modo alguno, y por tanto estas personas serán titulares de aquellos derechos estatutarios que por su propia naturaleza no estén necesariamente vinculados a la condición física de persona, resultando por tanto susceptibles de predicarse respecto a personas jurídicas.

En fin, en relación a la titularidad conviene mencionar también que, como es propio de los principios del Estado social, el texto del nuevo Estatuto incorpora derechos cuya titularidad no es universal, sino que se predica sólo de las personas pertenecientes a determinados colectivos (mayores, menores, jóvenes, mujeres...), o incluso derechos de titularidad difusa, inconcreta o genérica, como por ejemplo el derecho a un uso preferente de los recursos hídricos. Sobre ellos volveremos más adelante.

e) El contenido de los derechos

No resulta posible, en un trabajo de estas características, realizar un análisis pormenorizado y específico de los contenidos de cada uno de los derechos reconocidos en la reforma estatutaria. Nos limitaremos, por tanto, a un comentario y descripción general de los diversos derechos incluidos en el nuevo título I, y en particular en sus capítulos II y III que, como ya se ha indicado, son los dedicados específicamente al reconocimiento de los derechos.

El artículo 11, con el que comienza el capítulo II (“Derechos de ciudadanía y de la persona”) reconoce los derechos de participación política en el ámbito autonómico, que, aparte de la proclamación general del derecho a participar en los asuntos públicos de forma directa o a través de representantes, son básicamente el derecho a elegir los diputados en las Cortes de Castilla-La Mancha, y el derecho a presentar iniciativas legislativas ante éstas y, en su caso, a participar en el procedimiento legislativo según establezca la legislación específica.

Por su parte, el artículo 12, bajo el epígrafe “derechos de ciudadanía”, contiene una amplia enumeración de derechos de las personas en su relación con los poderes públicos regionales, y especialmente con la Administración, comenzando por la proclamación genérica del derecho a “disfrutar de los beneficios del principio de buena administración”. Los siguientes apartados contienen un adecuado desarrollo de los que en el momento actual suelen considerarse derechos básicos del administrado: acceso a documentos y archivos de la Junta de Comunidades, derecho de petición y queja, acceso en condiciones de igualdad a servicios públicos y económicos de interés general, derecho al tratamiento imparcial y objetivo por los poderes públicos, protección de datos personales, y derecho de utilización de las tecnologías de la sociedad de la información en sus relaciones con la Junta de Comunidades. Además se reconoce también, en el mismo artículo, el derecho de participación en asociaciones y fundaciones dirigidas a la gestión solidaria de asuntos de interés de la Comunidad (que evidentemente deriva en todo caso de los derechos de asociación y fundación constitucionalmente reconocidos), así como a la colaboración en programas sociales, ambientales y de cooperación a la paz y al desarrollo.

Los artículos 13 y siguientes del texto de la reforma contienen un listado de derechos de determinados colectivos que, por las más diversas circunstancias, pueden considerarse en una situación de partida de desventaja, y a las que los poderes públicos deben, por tanto, ofrecer las oportunidades o las prestaciones necesarias para conseguir su plena integración y la superación de las dificulta-

des a las que se enfrentan, en el marco de la persecución del objetivo de igualdad real previsto en el art. 9.2 de la Constitución, y en los artículos 9.1 y 2 del propio texto estatutario. Ciertamente, en la mayor parte de los casos, se trata de colectivos que ya son objeto de atención específica en el texto constitucional. Sin embargo, su inclusión en el Estatuto puede tener, al menos, dos consecuencias positivas: en primer lugar, un reforzamiento y especificación de sus derechos frente a los poderes públicos autonómicos, lo que al tiempo implica un mandato a éstos para prestar a estos colectivos la atención especial que permita hacer efectivos esos derechos; y, en segundo lugar, el lapso transcurrido desde la aprobación de la Constitución española permite que, en esta declaración estatutaria, la proclamación de los derechos se pueda “actualizar” a las circunstancias presentes, e incluso el lenguaje utilizado para su reconocimiento parece resultar más acorde con las tendencias más modernas¹¹.

En concreto, los colectivos que ven reconocidos sus derechos en el capítulo II del título I del nuevo texto son:

- a) Las personas mayores (art. 13), a quienes se reconoce una serie de derechos que en todo caso derivan de diversos preceptos constitucionales: el derecho a la autonomía personal y a vivir con dignidad y en condiciones de bienestar, sin sufrir malos tratos ni discriminación alguna por razón de su edad.
- b) Los menores (art. 14), de quienes se predica el derecho a la protección integral, a que se garanticen los cuidados necesarios para su bienestar, formación e integración social, atendiendo siempre a su interés superior.
- c) Los jóvenes (art. 15), de quienes se proclama el derecho a disfrutar de las condiciones que faciliten su desarrollo autónomo y emancipación y a hacer efectiva su participación en el desarrollo político, cultural y social.
- d) Las mujeres (art. 16), respecto de las que se establece un amplio conjunto de derechos y mandatos a los poderes públicos, en los ámbitos social y

11. Conviene llamar la atención sobre este particular. Con el paso del tiempo los propios eufemismos pierden su sentido inicial y parece que tienden a convertirse en nuevas “palabras tabú”, y por ello son sustituidos por nuevos eufemismos. Así, la Constitución habla de “tercera edad” (art. 50), que era un eufemismo para no referirse a “ancianos” u otros sinónimos; el nuevo texto estatutario evita esa expresión y habla de “las personas mayores” (art. 13). El texto constitucional se refería a “disminuidos psíquicos, sensoriales y físicos” (art. 49), mientras que el Estatuto prefiere al más moderno “personas con discapacidad” (art. 17).

laboral, como son “el derecho a la efectiva igualdad con los hombres en todos los ámbitos, a la eliminación de cualquier discriminación laboral, especialmente la salarial, cultural, económica y política, y a que se adopten las medidas necesarias para que la maternidad no limite su promoción laboral y profesional y para erradicar la violencia de género en cualquiera de sus manifestaciones”.

- e) Las personas con discapacidad (art. 17), a quienes se reconoce el “derecho al reconocimiento y al respeto social y a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, la igualdad de oportunidades, la eliminación de barreras, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”. Se trata, por tanto, de un conjunto de derechos que suponen al tiempo mandatos de actuación a los poderes públicos, de cara a conseguir ciertos objetivos cuyo logro puede requerir medidas de acción positiva o, llegado el caso, de discriminación inversa, en el ámbito profesional y, en general, en el terreno social.

- f) En fin, la enumeración que venimos comentando culmina con dos artículos que contienen algo así como sendos “cajones de sastre” en los que quizá cabe englobar a algunos de los colectivos ya mencionados, que tienen su tratamiento específico en los artículos anteriores, pero también muchos otros grupos caracterizados por su situación social de desventaja o inferioridad, o más ampliamente por la existencia de circunstancias que impiden o dificultan su integración social. A este respecto, el Estatuto recoge (art. 18) el derecho de “las personas y los grupos desfavorecidos o en riesgo de exclusión o rechazo social” al respeto a su dignidad y a beneficiarse de las medidas que posibiliten su integración social y laboral, así como (art. 19) los derechos de las minorías étnicas, culturales, religiosas o de otra índole “al respeto de su diversidad y a beneficiarse de políticas interculturales que contribuyan a su plena integración social y a su participación en los asuntos públicos”.

Todavía dentro del capítulo II (“Derechos de la ciudadanía y de la persona”), el artículo 20, siguiendo lo establecido en algún otro Estatuto recientemente reformado, establece el derecho de todas las personas a “expresar su voluntad de forma anticipada para dejar constancia de las instrucciones sobre las intervenciones y los tratamientos médicos que puedan recibir, especialmente cuando no estén en condiciones de expresar personalmente su voluntad, en el marco de lo establecido en el artículo 15 de la Constitución española”. Se trata de una plas-

mación, a nivel estatutario de un derecho que, siguiendo también la regulación existente en otras Comunidades, ya había sido objeto de regulación legal, a través de la Ley 6/2005, de 7 de julio, sobre declaración de voluntades anticipadas en materia de la propia salud, si bien en todo caso hay que tener en cuenta, además de la propia Constitución, la legislación estatal aplicable¹². Por su parte, el apartado 2 del mismo artículo afirma que “todas las personas tienen derecho a vivir con dignidad el proceso de su muerte”. Este aspecto, que también se ha incluido en otras reformas estatutarias, plantea no pocas dudas desde la perspectiva constitucional, no sólo por la cuestión de competencia normativa relacionada con la necesidad de ley orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales (entre los que estaría el artículo 15), y por la misma duda de la competencia autonómica para intervenir en la regulación de esta materia, sino porque el precepto puede entenderse de forma contradictoria con la misma interpretación que la jurisprudencia constitucional ha realizado (o puede realizar) sobre los derechos contenidos en los artículos 15 y 10 de la Constitución. En todo caso, creo que ello mismo obliga a descartar cualquier interpretación contradictoria con dicha jurisprudencia, así como cualquier entendimiento que ubique al legislador estatutario como intérprete auténtico de la Constitución, y en particular cualquier entendimiento del precepto en el sentido de reconocer alguna forma de eutanasia.

En fin, el capítulo III del título I, dedicado a los derechos económicos y sociales, contiene un único y extenso artículo que, bajo el epígrafe “contenido de los derechos económicos y sociales”, menciona en forma de derechos, y en trece apartados, una serie de contenidos que, como ya hemos expresado, suponen en buena medida reiteración, desarrollo, especificación o actualización de principios rectores reconocidos en la Constitución. La mayor parte de las veces no se trata de una mera copia de los preceptos constitucionales, sino de una adaptación de los mismos, y así podemos encontrar el derecho a la mejora de las condiciones de vida y trabajo; a la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad y una atención sanitaria de calidad; derecho a recibir enseñanza pública y de calidad; derecho de acceso a una vivienda digna; protección ante situaciones de necesidad, con especial consideración de las situaciones de dependencia; derecho a la cultura y a la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico; protección social económica y jurídica de la familia; derecho a disfrutar de los recursos naturales situados en su territorio; derecho a disfrutar

12. En este sentido hay que citar la Ley estatal 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que regula algunos aspectos básicos en la materia.

de un entorno urbano y rural de calidad saludables y de calidad y a disfrutar responsablemente del patrimonio natural y del paisaje; derecho como consumidor y usuario a la protección de su salud, de su seguridad y de sus legítimos intereses económicos y sociales.

Además de los anteriores, merece la pena destacar especialmente algunos derechos más novedosos o que no encuentran parangón o equivalencia en la misma Constitución española. Así, el “derecho a acceder a una renta de subsistencia que asegure las condiciones mínimas de una vida digna a las personas o familias que se encuentren en situación de pobreza” (art. 21, f) que, más allá de una mera proclamación genérica, establece una concreta prestación económica para paliar determinadas situaciones de necesidad, aunque en todo caso parece necesario un desarrollo legislativo para concretar las circunstancias, condiciones y cuantías de la prestación.

También tiene gran trascendencia, en particular en una Comunidad donde el agua es un bien escaso y muy valioso, el “derecho a un uso preferente de sus recursos hídricos” (art. 21, j) de forma que se posibilite su disponibilidad para atender a sus necesidades de consumo humano, al desarrollo económico y social, a la sostenibilidad del medio ambiente y a la preservación del entorno natural. Este enunciado plantea algunas cuestiones jurídicas, comenzando por su titularidad (¿todos los ciudadanos, la Comunidad Autónoma?) y por la misma delimitación de su contenido, así como la concreción de los recursos hídricos a los que es aplicable el uso preferente; pero en todo caso este apartado manifiesta la preocupación de la Comunidad por un tema muy sensible y de vital importancia.

En fin, también cabe mencionar, por lo novedoso, el “derecho al acceso en condiciones de igualdad a las tecnologías de la sociedad de la información y del conocimiento”, que no está expresamente reconocido en la Constitución, y que es una importante manifestación del desarrollo y adecuación de las declaraciones de derechos a los nuevos avances científicos y tecnológicos. En este contexto este derecho, que es de prestación y debe implicar un importante esfuerzo de los poderes públicos, puede implicar un avance importante en la sociedad castellano-manchega, cuando finalmente se logre hacer real y efectivo.

f) Normas sobre la aplicación

El capítulo I del título I del texto de la reforma estatutaria contiene algunos criterios destinados a resolver posibles problemas o dificultades en la interpretación y aplicación de los derechos reconocidos en el propio Estatuto. Hay que

tener en cuenta que el reconocimiento de derechos en textos jurídicos de diverso nivel, todos ellos aplicables sobre un territorio determinado, da como resultado una estructura bastante compleja a la hora de determinar la norma aplicable a cada caso concreto, y delimitar el contenido de la misma, teniendo en cuenta que es posible que confluyan en la misma situación regulaciones de distinto nivel territorial. En efecto, y por poner el ejemplo de Castilla-La Mancha, una vez aprobado el nuevo Estatuto resultarán aplicables en el territorio de la Comunidad la declaración de derechos del propio Estatuto, la contenida en la Constitución, y todas las existentes en los tratados y convenios sobre la materia ratificados por España. Ello provoca notorias dificultades a la hora de determinar la norma o normas aplicables, así como el papel de las diversas normativas que pueden incidir simultáneamente en la misma regulación, y la interpretación que finalmente deba darse a cada una de ellas.

Prácticamente todas las declaraciones de derechos contienen diversos criterios sobre la interpretación y aplicación de sus preceptos, y el Estatuto no es una excepción. Afortunadamente, dichos criterios suelen coincidir en los distintos textos, y en concreto la reforma estatutaria incluye las pautas que resultan más usuales para resolver las cuestiones de interpretación y aplicación de las declaraciones de derechos. En este sentido, el artículo 6, titulado “Disposiciones generales”, establece entre otros aspectos los siguientes:

- a) El principio de interpretación y aplicación de los derechos en el sentido más favorable para su plena efectividad (art. 6.3).
- b) El principio según el cual ninguno de los derechos estatutarios puede ser desarrollado, aplicado o interpretado de forma que se reduzcan o limiten los derechos reconocidos por la Constitución o por los tratados y convenios ratificados por España (art. 6.4), criterio interpretativo según el cual el reconocimiento estatutario de los derechos se realiza con una finalidad expansiva y no restrictiva de los derechos, y en definitiva en caso de duda o conflicto debe preferirse la norma más favorable.
- c) El criterio según el que los derechos del Estatuto se disfrutarán en los términos y condiciones de las normas que los desarrollen (art. 6.1). Desde luego, este criterio no debe llevar a interpretar los derechos estatutarios de acuerdo con las normas de desarrollo de los mismos, pues el criterio interpretativo, aunque no lo diga el Estatuto, debe ser exactamente el contrario: es la norma inferior la que debe interpretarse de conformidad con la superior, y en último término tanto la normativa de desarrollo como el mismo Estatuto deben interpretarse de conformidad con la Constitución

como Norma suprema cuya vis expansiva debe impregnar todo el Ordenamiento. Lo que el precepto quiere decir es que la normativa de desarrollo puede establecer términos y condiciones que afecten al ejercicio del derecho, si bien no podrá desvirtuarlo o hacerle perder su sentido.

- d) El criterio según el cual los derechos no pueden interpretarse o utilizarse como elemento que suponga alteración de la distribución competencial entre el Estado y la Comunidad Autónoma (art. 6.1).

Es llamativo que el Estatuto no contiene un precepto que explícitamente señale el sujeto pasivo de los derechos reconocidos, esto es, frente a quién son aplicables y pueden ejercerse. Con todo, la omisión no es grave ni relevante, pues en definitiva, por el mismo ámbito de aplicación del Estatuto, sólo los poderes públicos de la Comunidad Autónoma, y en su caso los mismos ciudadanos de ésta cuando el derecho resulte por su propia naturaleza exigible frente a ellos, pueden ser sujetos pasivos.

g) Vinculación y garantías

El capítulo I del título I contiene también algunos preceptos sobre las garantías generales de los derechos. Así, se reitera que los poderes públicos autonómicos son los responsables de la garantía, tutela y eficacia de los derechos estatutarios (arts. 7.2 y 8). Pero más interés tiene la reserva de ley de Cortes de Castilla-La Mancha –excluyendo por tanto incluso otras normas con rango de ley– establecida en el art. 6.2 para la regulación de los “elementos esenciales” de los derechos. Esta reserva recuerda en parte la contenida en el artículo 53.1 de la Constitución, así como al referencia de éste al “contenido esencial” de los derechos como límite a la propia regulación legislativa. Sin embargo, a primera vista se aprecian dos diferencias. Por un lado, el texto estatutario extiende la garantía a más derechos, pues la reserva es aplicable a todo el título, incluyendo los derechos económicos y sociales que, en buena medida, se corresponden más con principios rectores de la política social y económica que no están afectados, a nivel constitucional, por reserva de ley alguna. Pero, por otro lado, la redacción del Estatuto parece menos garantista o limitadora de la propia actividad legislativa, pues está ausente el sentido del “contenido esencial” como límite último de la misma regulación legislativa, ya que no se indica expresamente que la ley deba respetar un contenido esencial, sino sólo que debe regular los “elementos esenciales”. Con todo, parece que puede defenderse la existencia de ese límite último, de tal manera que a través de la regulación legislativa no cabría desvirtuar el sentido último del derecho haciéndolo irrecognoscible o dejando desprotegidos los intereses legítimos que el propio derecho tiende a proteger.

En cualquier caso, es el capítulo IV del título I el que contiene las garantías más específicas de los derechos. Si bien es evidente que el nivel de garantía configurado en dicho capítulo no puede equipararse al que afecta a los derechos fundamentales de la Constitución en sentido estricto, es notorio el esfuerzo del artículo 22, único de este capítulo, por incluir fórmulas para hacer efectivos y exigibles los derechos estatutarios. En particular, este artículo contiene cuatro mecanismos diferentes de garantía:

- 1) La garantía presupuestaria. Consciente de que los derechos sociales y económicos, que ocupan un notable protagonismo en la declaración estatutaria, requieren una serie de prestaciones que implican necesariamente financiación económica, el legislador estatutario ha dispuesto que los presupuestos autonómicos contendrán partidas presupuestarias suficientes para garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos contemplados en este título. No obstante, la notoria ambigüedad del concepto “partidas presupuestarias suficientes”, e incluso una cierta imprecisión en la idea de “cumplimiento efectivo” de los derechos, provocan que esta garantía resulte algo inconcreta y de difícil precisión. Por lo demás, y aun si fuera posible determinar el incumplimiento de este mandato por parte de legislador presupuestario de la Comunidad, no resulta claro qué tipo de medidas cabría adoptar para sancionar el incumplimiento o hacer exigible el cumplimiento de lo dispuesto en el precepto.
- 2) La garantía consultiva. El art. 22.2 del Estatuto impone la intervención informativa del Consejo Consultivo y del Consejo Económico y Social, de acuerdo con sus funciones, respecto a las normas legales o reglamentarias que desarrollen los derechos del título I. Se trata de una garantía que tampoco implica un tipo de sanción o respuesta en caso de vulneración de los derechos, salvo que la ley disponga que el informe o dictamen tenga carácter vinculante. Pero en todo caso es importante esta intervención, que asegura una mayor reflexión y un criterio más fundado en el momento de desarrollar y aplicar los derechos.
- 3) El Defensor del Pueblo. Se trata de una institución ya existente, pero que con la reforma adquiere relevancia estatutaria por su regulación en el artículo 51, como alto comisionado de las Cortes para la protección y defensa de los derechos constitucionales y estatutarios. Es probablemente la principal garantía de los derechos en el ámbito autonómico. El art. 22.3 se limita a mencionar la posibilidad de los ciudadanos de acudir al Defensor del Pueblo en relación con los derechos contenidos en el título I.
- 4) El art. 22.4 contiene la única garantía jurisdiccional de los derechos del

título I, al establecer la posibilidad de recurso frente a los actos que los vulneren, ante los juzgados y tribunales de Castilla-La Mancha en la jurisdicción competente, de acuerdo con lo que dispongan las leyes del Estado. La falta de competencias autonómicas en materia de legislación procesal, así como en la regulación del Poder Judicial, imposibilita una mayor concreción de los órganos judiciales y procedimientos de garantía jurisdiccional (incluso cabría dudar de si el precepto contenido sobrepasa ya el ámbito competencial autonómico), y por tanto debe ser, en efecto, la legislación estatal la que concrete y regule estos mecanismos jurisdiccionales de garantía de los derechos, sin los cuáles no puede entenderse que éstos tengan una garantía eficaz que implique una efectiva sanción o respuesta jurídica en los supuestos de vulneración.

En suma, es notoria la preocupación de la reforma estatutaria por la garantía y la protección de los derechos, pero las dificultades para concretar, en el terreno estatutario, el nivel efectivo de satisfacción de los derechos prestacionales, y las mismas limitaciones del ámbito competencial de la Comunidad, en lo que atañe a las garantías jurisdiccionales, hacen que no resulte factible llegar más lejos en la garantía estatutaria de los derechos.

5. Valoración y conclusiones

La regulación de los derechos en la propuesta de reforma del Estatuto de autonomía de Castilla-La Mancha debe entenderse en el contexto del proceso de reformas estatutarias iniciado por diversas Comunidades poco antes. En particular, la propia existencia de una declaración de derechos en el nuevo texto estatutario, algunos de sus principios fundamentales, e incluso determinados preceptos, dejan notar la influencia de algunas de las anteriores reformas estatutarias, y en particular la de Cataluña y las que siguen su línea.

Por lo demás, también es apreciable la influencia de la misma Constitución española, y en particular del capítulo III del título I, al menos en cuanto a la determinación de los contenidos de la declaración de derechos. Muchos preceptos reiteran los mismos conceptos o ideas establecidos en la Norma fundamental, y en concreto derechos de las últimas generaciones, enunciados en su momento en la Constitución, se reciben ahora en el Estatuto, y otro tanto sucede con la mención de diversos colectivos sociales caracterizados por la situación de desventaja y por la necesidad de favorecer su integración social.

Sin embargo, el texto de Castilla-La Mancha tiene también sus propias características, que finalmente le dan una personalidad propia. En su comparación con la Constitución española, destaca por su modernidad y carácter más avanzado, incluyendo nuevos derechos, incorporando nuevas dimensiones o facetas de los ya existentes, y actualizando el lenguaje. En relación con los modelos estatutarios antes referidos, el título de la reforma castellano-manchega es menos extenso, quizá menos barroco y no tan dado a la retórica, algo más moderado. Ciertamente, es innegable una cierta tendencia a reflejar determinados objetivos sociales o económicos de carácter prestacional de forma ambigua o genérica, de manera que la misma inconcreción en la determinación de los derechos y sus garantías dificultan a veces el establecimiento de las consecuencias jurídicas de ese reconocimiento. Sin embargo, también es apreciable una cierta preocupación por las garantías y por la eficacia jurídica, aunque las dificultades inherentes a los derechos prestacionales, sobre todo desde la perspectiva de una declaración general de derechos, y los mismos límites de las competencias autonómicas, dificultan un mayor nivel de garantía.

Esta cuestión es, sin duda, una de las más importantes cuando se trata de una declaración de derechos. La garantía queda desde luego por debajo de lo establecido en la Constitución española, pero no es inexistente, y de hecho se establecen diversos mecanismos que van más allá de lo jurídico. E incluso en este terreno, hay que destacar que la inclusión de estos derechos en una norma jurídica del máximo rango dentro del ordenamiento autonómico (que al tiempo es una Ley Orgánica del Estado) tiene sus consecuencias, e implica al tiempo un mandato para todos los poderes públicos, incluidos los órganos del Poder Judicial, que deben aplicar los preceptos cuando resulten aplicables. Con todo, la existencia de una efectiva garantía jurisdiccional dependerá de que la legislación estatal establezca procedimientos específicos y los encomiende a los órganos judiciales que corresponda.

Por lo demás, la reforma del Estatuto de Castilla-La Mancha pone de relieve las ventajas e inconvenientes de incluir una declaración de derechos en una norma estatutaria. Entre las dificultades o inconvenientes, no hay que ignorar que cabe plantearse la oportunidad –y aun, desde un punto de vista teórico, la posibilidad, aunque el Tribunal Constitucional ya la ha admitido con carácter general– de incluir una declaración de derechos en un texto estatutario. Hay que tener en cuenta las peculiaridades del mismo en el sistema constitucional español, y su difícil equiparación con otras normas similares en el Derecho comparado, así como los importantes límites constitucionales aplicables. Por lo demás,

y aun admitiendo la conveniencia de una declaración de derechos, la misma tropieza con las dificultades derivadas de los límites de las competencias autonómicas y del ámbito susceptible de regulación de la Comunidad, lo que en definitiva afecta a la misma extensión de la declaración y al elenco de los derechos susceptibles de ser incluidos en ella, pero sobre todo al sistema estatutario de garantías, que tiende a manifestar muy relevantes carencias en el terreno jurídico. Todo ello sin ignorar las dificultades para articular la declaración autonómica con la constitucional y las incluidas en los tratados internacionales, añadiéndose complejidad al sistema.

Ahora bien, lo anterior no debe ser óbice para señalar también las ventajas y virtudes de una declaración estatutaria de derechos. Principalmente, hay que señalar que con la misma es posible ampliar el ámbito de protección de los derechos fundamentales, y ello siempre es positivo. Y este incremento no sólo afecta al catálogo de los derechos protegidos, sino al nivel o intensidad concreto de la protección de cada uno de ellos. Ello es particularmente apreciable en el ámbito de los derechos sociales y económicos, que son sin duda los protagonistas de las declaraciones estatutarias, cuya satisfacción es siempre gradual y susceptible de incrementarse. Los poderes públicos autonómicos no sólo no deben quedar al margen de la realización efectiva de los principios derivados del Estado social, sino que por la propia configuración territorial del modelo, y por su mayor cercanía al ciudadano y mejores posibilidades de satisfacer los derechos de prestación, deberían ocupar un papel protagonista en este ámbito. Y al mismo contribuye de forma muy relevante la proclamación de derechos específicos en el Estatuto. Éstos actúan también (y acaso en algún supuesto no sean otra cosa que eso) como principios y mandatos de actuación a los poderes públicos de la Comunidad, determinando las políticas prioritarias en el ámbito autonómico, que no podrán ser una realidad efectiva sin tener en cuenta los derechos de los ciudadanos en ese ámbito. Por lo demás, también es importante el reconocimiento de una serie de derechos específicos de participación política ante las instituciones de la Comunidad Autónoma (aunque quizá en algunos casos los mismos ya existían por mandato constitucional).

Por último, conviene destacar un factor, a mi juicio muy relevante, que diferenciará el nuevo Estatuto de Castilla-La Mancha de todos los demás que se han reformado desde el año 2006. Dicha circunstancia consiste en ser el primero aprobado con posterioridad a la trascendental sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007, de 12 de diciembre, que contiene la única jurisprudencia constitucional sobre la posibilidad, circunstancias, condiciones y límites de las declaraciones estatutarias de derechos. Por supuesto, esta sentencia viene a

reconocer, en línea de principio, la legitimidad constitucional de estas declaraciones, lo cual da más seguridad y “posibilidades de éxito”, desde la perspectiva jurídico-constitucional, a este empeño. Pero por otro lado, la sentencia sobre el Estatuto de la Comunidad Valenciana puso de relieve también la necesidad de tener en cuenta ciertas cautelas:

- 1) en primer lugar, que cuando la proclamación de un derecho tenga como único soporte constitucional su relación con las competencias asumidas por la Comunidad ex art. 147.2 d) de la Constitución, no estamos hablando propiamente de derechos públicos subjetivos, sino de mandatos u orientaciones dirigidas a los poderes públicos autonómicos. Si esto es así, en tales casos parece preferible adoptar en los sucesivos Estatutos, para tales preceptos, un enunciado que no deje lugar a dudas sobre su carácter de mandato o principio orientador, y no de derecho en sentido propio.
- 2) En segundo lugar, la sentencia advierte de los riesgos de las reiteraciones de preceptos constitucionales, técnica que abiertamente desaconseja; y, lo que es peor aún, destaca los riesgos constitucionales de la reproducción no literal de derechos de la Constitución, añadiendo en el Estatuto regulaciones que, salvo que tengan otro específico amparo constitucional, provocarían la inconstitucionalidad de los preceptos redactados conforme a esta técnica.

El conocimiento de la más reciente jurisprudencia constitucional supone una “ventaja comparativa” para el nuevo estatuto de Castilla-La Mancha que, en el momento de escribir estas líneas, es aún susceptible de ver mejorada su redacción como consecuencia de su tramitación en las Cortes Generales. Sería inteligente y acertado tener en cuenta esta jurisprudencia constitucional y perfeccionar, en lo que se considere conveniente, la redacción de los títulos Preliminar y I, de acuerdo con lo apuntado.

En suma, el nuevo Estatuto de Castilla-La Mancha participa, desde luego, de las ventajas e inconvenientes que venimos comentando, en lo relativo a la inclusión de un catálogo o declaración de derechos y principios rectores. No puede entenderse al margen de la Constitución y de las restantes reformas estatutarias, ni de la jurisprudencia constitucional en la materia, que debería tenerse en cuenta en su redacción, y en todo caso habrá de considerarse a la hora de interpretarlo. Pero tiene también sus propias características y su propia personalidad. Es un texto avanzado y moderno, pero al tiempo relativamente moderado. Está presidido por la idea de lealtad constitucional que está implícita en su articulado. Hay que esperar que la inclusión de estos derechos suponga finalmente una mejora

en el bienestar y el nivel de vida para los ciudadanos de la Comunidad Autónoma, en el marco del respeto a la Constitución y al principio de igualdad entre todos los ciudadanos españoles.

6. Apunte bibliográfico

Siendo la cuestión de las declaraciones de derechos en los Estatutos un tema novedoso en España, la bibliografía que directamente lo afronta es relativamente escasa, y bastante reciente. Por este motivo hemos optado por esta orientación final comentada, antes que por el sistema de notas bibliográficas a pie. En cualquier caso, hay que destacar el interés que el tema ha despertado rápidamente en la doctrina constitucional española, de modo que en poco tiempo se han publicado algunos trabajos de mucha calidad.

En primer lugar, hay que destacar por su interés y valor académico el debate que los profesores Díez-Picazo y Caamaño Domínguez han mantenido en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, en la que se han publicado recientemente los siguientes trabajos: Luis M. Díez-Picazo Jiménez, “¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, 2006, págs. 63 ss., trabajo en el que se exponen importantes argumentos que llevan a dudar seriamente de esta posibilidad. El siguiente número publica el artículo de Francisco Caamaño Domínguez titulado “Sí, pueden (Declaraciones de Derechos y Estatutos de Autonomía)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79, 2007, págs. 33 ss. que, como se deduce su título, expone adecuadamente los argumentos a favor de esta posibilidad. Por último, poco después la misma Revista publicó el trabajo de Luis M. Díez-Picazo Jiménez, “De nuevo sobre las declaraciones estatutarias de derechos: respuesta a Francisco Caamaño”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, 2007, págs. 63 ss.

En la misma Revista, terció en el debate el artículo de Marc Carrillo titulado “Los derechos, un contenido constitucional de los Estatutos de Autonomía”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 80, 2007, págs. 49 ss., destacando igualmente los argumentos a favor de la posibilidad de las declaraciones estatutarias de derechos.

Al margen de estos trabajos, que seguramente son los que más difusión han dado al debate, y de los que se han publicado en comentario específico de algu-

no de los nuevos textos estatutarios, puede mencionarse, entre otros y como muestra del tratamiento doctrinal de este tema (que a mi juicio ha sido pronto y de calidad) algunos trabajos de interés: M. L. Balaguer, “Reformas estatutarias y reconocimiento de derechos”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 3, 2007, págs. 1 ss. (también puede consultarse en www.iustel.com); A. H. Catalá i Bass, “La inclusión de una carta de derechos en los Estatutos de autonomía”, en *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 4, 2005, págs.. 181 ss.; o E. Expósito, “La regulación de los derechos en los nuevos Estatutos de autonomía”, en *Revista d’Estudis Autònoms i Federals*, núm. 5, 2007, págs.. 147 ss.

De gran interés son los trabajos publicados para el análisis comparado de todas las nuevas reformas estatutarias, en el ámbito específico de los derechos. En esta línea hay que destacar M. A. Aparicio (ed.), *Derechos y principios rectores en los Estatutos de autonomía*, Aletier, Barcelona, 2008, que comprende un comentario específico de cada una de las reformas aprobadas o en trámite en las Cortes Generales, incluyendo la de Castilla-La Mancha, que es comentada por quien esto escribe (este trabajo es de hecho un desarrollo y profundización de aquella primera aproximación). Para una perspectiva comparada internacional, pueden encontrarse más diversidad de trabajos, pero nos permitimos recomendar el de M. A. Aparicio (ed.), *Derechos y libertades en los Estados compuestos*, Aletier, Barcelona, 2005.

En el caso concreto de Castilla-La Mancha, la bibliografía es mucho más escasa, aunque también hay que tener en cuenta que nuestro nuevo Estatuto aún no ha sido aprobado. En el momento de escribir estas líneas se prepara un comentario al mismo artículo por artículo. En cuanto a las obras que comentan el Estatuto vigente, dados los escasos preceptos del mismo dedicados a principios y valores, no suelen contener un tratamiento muy amplio de la cuestión. Pude mencionarse S. Catalá Rubio, *Introducción al Derecho autonómico de Castilla-La Mancha*, Asociación Española de Arbitraje Extrajudicial, 1998. Muy especialmente destacables son los trabajos de J. R. de Páramo Argüelles titulado “Los valores estatutarios”, y el de L. Prieto Sanchís con el título “La plasmación autonómica del concepto del Estado social”, ambos en la obra colectiva dirigida por L. Ortega Álvarez, *Estudios sobre el Estatuto de autonomía de Castilla-La Mancha*, Cortes de Castilla-La Mancha, Toledo, 1995.

Por último, en cuanto a la propuesta de reforma del Estatuto de Castilla-La Mancha, es poco aún lo que puede encontrarse, y menor la incidencia que esos trabajos puedan tener en materia de derechos. Aparte de lo ya mencionado, tiene

interés revisar las opiniones de los que comparecieron en su momento, en representación de las instituciones o en su condición de expertos, ante la Comisión parlamentaria encargada de la reforma (pueden verse las correspondientes intervenciones en www.cortesclm.es, en el apartado “Reforma estatuto de autonomía”). Yo he llevado a cabo una descripción general de los contenidos básicos de la reforma y del procedimiento de la misma en los informes de actividad de la Comunidad Autónoma de Castilla-la Mancha publicados en el *Informe de Comunidades Autónomas* editado por el Instituto de Derecho Público, años 2006 y 2007, así como en las crónicas publicadas en la *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 3, 2006, y núm. 5, 2007, en www.iustel.com.

LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL Y LA FUERZA NORMATIVA DE
LA CONSTITUCIÓN. A PROPÓSITO DE VARIAS SENTENCIAS
EMITIDAS POR LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE
SUPREMA DE JUSTICIA

Victor Orozco Solano
Letrado de la Sala Constitucional
Suprema Corte de Justicia de Costa Rica

SUMARIO

- I. *Introducción.*
- II. *Las mutaciones constitucionales durante el período de vigencia de la Constitución Alemana de 1871.*
- III. *La mutación constitucional como un elemento de la teoría de la Constitución.*
- IV. *Las mutaciones constitucionales en el sistema de justicia constitucional costarricense.*
- V. *Conclusiones.*
- VI. *Bibliografía.*

I. Introducción

En términos generales, el propósito de estas líneas es dilucidar en qué medida los fenómenos de la mutación constitucional afectan o no la fuerza normativa de la Constitución, y en qué tanto ello se ha producido a partir de determinadas decisiones de la Sala Constitucional, a quien la propia Constitución en su artículo 10 le atribuye el monopolio del rechazo, así como la función de intérprete último de la Norma Fundamental.

En este sentido, si se reconoce a la Constitución el valor de norma jurídica dotada de coactividad, toda ella es exigible a la actuación de los poderes públicos, sin posibilidad de excusa alguna. De otra parte, tampoco es posible concebir esta noción de normatividad, si no se contemplan garantías jurídicas para hacerla valer frente a los actos u omisiones de las autoridades públicas que pretenden desconocerla.

Ciertamente, el tema de las mutaciones constitucionales ha sido tratado por la doctrina alemana durante el período de vigencia de la Constitución de 1871, época en la cual aún no estaban desarrolladas las ideas relativas a la normatividad de la Constitución. Así se deduce, con toda claridad, de la afirmación realizada por Jellinek, en el sentido que: “en la mayor parte de los Estados donde no se asigna al juez el derecho de comprobar si las leyes concuerdan materialmente con la Constitución, no hay garantía alguna, por más que digan las teorías jurídicas, de que no se promulgue una ley que contradiga los principios del Derecho Constitucional y modifique la validez jurídica de la Constitución”¹. De ahí, este autor expuso varios ejemplos en los cuales se produjo una modificación del sentido material de la norma constitucional, sin una variación de su texto, al haberse admitido la aprobación de varias leyes que suponían dicho cambio², todo lo cual será examinado detenidamente más adelante.

De lo anterior se deduce que la doctrina alemana ha utilizado el término mutación constitucional (*die Verfassungswandlung*), para describir diversas situaciones o fenómenos, según el grado de desarrollo de la noción de la normatividad de la Constitución. De esta forma, aunque durante la época de Laband y Jellinek la noción de cambio constitucional alcanzó un grado de elaboración elevado, ello fue obstaculizado por la inexistencia de un mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes; de ahí que tales autores se limitaran a mos-

1. Véase Jellinek, G., *Teoría General del Estado*, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1943, pág. 439.
2. Ver Jellinek, G., *Teoría General...*, op. cit., págs. 439-440.

trar su perplejidad frente a las contradicciones entre la realidad, lo fáctico, y lo establecido por la letra de la Constitución³.

Ahora bien, con posterioridad a la entrada vigencia de la Constitución para la República Federal Alemana de 1949, tanto el Tribunal Constitucional Federal, como la doctrina predominante entendieron que una mutación constitucional modificaba el contenido de las normas constitucionales, de tal modo que la norma, conservando el mismo texto, recibía una significación diferente⁴. Este concepto, de acuerdo con Konrad Hesse, es semejante al desarrollado por la vieja doctrina, quien sin embargo lo utilizaba con un sentido sustancialmente más amplio, que sirvió para describir aquellas situaciones en las cuales la mutación constitucional implicaba, por un lado, el cambio del contenido de la norma (sin la modificación del texto, desde luego) y, por otro, de la situación constitucional, razón por la cual en este último caso se veía relegada la vigencia de la norma constitucional⁵.

Tales procesos precisamente fueron los descritos por Jellinek y Laband, en los cuales no existía un Tribunal Constitucional que velara por la normatividad de la Constitución, y que resolviera aquellas contradicciones entre la norma constitucional y la situación fáctica que regulaba.

Dicho escenario, sin embargo, es completamente distinto al que sirvió de base a Konrad Hesse para admitir la mutación constitucional en un sentido más restringido, como un elemento de la teoría de la Constitución y del reconocimiento de su normatividad, siempre que no viole la literalidad de la norma constitucional⁶, ni suponga una contradicción directa del sentido o la finalidad del texto normativo⁷.

3. Ver Sánchez Urrutia, A. V., Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución, una aproximación al origen del concepto, en "Revista Española de Derecho Constitucional". Año 20, número 58, enero-abril, 2000, pág. 113.

4. Véase Hesse, K., *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Segunda Edición, Madrid, 1992, pág. 85.

5. Ver Hesse, K., *Escritos de...*, op. cit., págs. 85-86.

6. Véase Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución, ...*, op. cit., pág.135.

7. Ver Hesse, K., *Escritos de...*, op. cit., pág. 99. Esta idea luego es desarrollada por este autor de la siguiente manera: "si las modificaciones de la realidad social sólo deben considerarse relevantes para el contenido de la norma en cuanto forman parte del ámbito normativo, si el programa normativo resulta a este respecto determinante y si para este último resulta fundamental el texto de la norma, entonces el contenido de la norma constitucional sólo podrá modificarse en el interior del marco trazado por el texto. La fijación de este marco es una cuestión de interpretación, valiendo también para ella lo que es de aplicación a toda interpretación constitucional: donde la posibilidad de una comprensión lógica del texto de la norma termina o donde una determinada mutación constitucional aparecería en clara contradicción con el texto de la norma, concluyen las posibilidades de interpretación de la norma y, con ello, las posibilidades de una mutación constitucional".

Así, en esta investigación serán analizadas las nociones que la doctrina alemana ha desarrollado sobre las mutaciones constitucionales y se examinará en que medida tales acepciones han incidido o no sobre la fuerza normativa de la Constitución.

Con el propósito anterior, en esta investigación serán revisadas algunas sentencias que ha dictado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (entre ellas, la sentencia hombre-mujer, la que dio origen al amparo electoral, así como la dictada sobre los alcances del artículo 170 de la Constitución Política) con el fin de dilucidar en qué medida han configurado sendos procesos de mutación constitucionales, en la forma en que han sido entendidos por Konrad Hesse, y en qué tanto forman parte válida de la teoría de la Constitución, o si por el contrario, han producido tal grado de dislocación entre el texto positivo y la realidad que pretenden regular, que han menoscabado la fuerza normativa de la Constitución.

Nótese que en los procesos de mutación constitucional⁸ descritos por Jellinek y Laband, durante el período de vigencia de la Constitución de 1871, la reforma material del sentido de la norma constitucional ha sido de tal magnitud que sin duda ha incidido sobre la noción de normatividad de la Constitución. Lo anterior, sin embargo, no se produce en el sentido restringido elaborado por Konrad Hesse, a partir del marco conceptual de Rudolf Smend, todo lo cual será expuesto con mayor profundidad más adelante⁹.

Tampoco presentan algún problema ambos procesos de mutación constitucional sino es admitida la fuerza normativa de la Constitución (y su plena exigibilidad a los poderes públicos), así como la rigidez de la Norma Fundamental, en cuya virtud únicamente puede ser reformada parcial o totalmente a partir de los procedimientos expresamente previstos con ese propósito, los cuales normalmente son más agravados que para la emisión de un acto con valor o fuerza de ley. En este sentido, es claro que la vieja doctrina alemana se sirvió de la expresión de la mutación constitucional para describir aquellas situaciones en

8. Cabe mencionar que la expresión alemana "*die Verfassungswandlung*", según lo ha advertido Pedro Cruz Villalón, en la presentación de la versión castellana de la obra de Konrad Hesse "*Escritos de derecho constitucional*", ha recibido varias acepciones en su traducción, entre ellas, modificación de la Constitución, cambio de la Constitución, mudanza constitucional o transformación constitucional. Sobre el particular, también se puede analizar Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución...*, op. cit., pág.135.

9. Véase Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución...*, op. cit., pág. 121.

que el principio de rigidez constitucional resulta insuficiente para evitar la existencia de disfunciones entre el texto positivo y la realidad que pretende regular¹⁰.

Cabe mencionar que aún no se conoce en la doctrina costarricense algún estudio que se haya ocupado de los fenómenos de las mutaciones constitucionales, y que hayan valorado en qué medida suponen una reforma material de la Constitución, o un quebranto de su normatividad, todo lo cual será visto de seguido.

II. Las mutaciones constitucionales durante el período de vigencia de la Constitución Alemana de 1871

De acuerdo con Hsü Dau-Lin, Laband fue el primero en utilizar la expresión mutación constitucional (en “*Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*”, Dresde 1895), pero omitió detallar los límites del concepto. Con posterioridad, Jellinek (en “*Verfassungsänderung und Verfassungswaldung*”, Berlin 1906) la definió de la siguiente manera: “*aquella modificación de la Constitución que deja indemne su texto, sin cambiarlo formalmente, que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención o conciencia de tal mutación*”¹¹.

Sobre el particular, Hsü Dau-Lin afirmó que los problemas relativos a la mutación constitucional únicamente tienen relevancia en el marco de una Constitución rígida¹² (y normativa, por supuesto), en la cual normalmente se ha diseñado un procedimiento agravado para su modificación o reforma. Dicho problema ha sido desarrollado por Jellinek de la siguiente manera: “*que las Constituciones escritas rígidas no pueden evitar que se desenvuelva junto a ellas y contra ellas un Derecho Constitucional no escrito; de suerte, que aun en estos Estados, junto a los principios constitucionales puramente formales, nacen otros de índole material*”¹³. De ahí que la realidad para la cual han sido emitidas estas normas constitucionales ya no coincida con ellas, generándose entonces gran tensión entre la Constitución escrita y la situación real constitucional¹⁴. Estos procesos recibían con la vieja doctrina alemana la denominación de muta-

10. Ver Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución...*, op. cit., pág. 134.

11. Véase Dau-Lin, H., *Mutación de la Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1998, pág. 29.

12. Véase Dau-Lin, H., *Mutación de la...*, op. cit., pág. 30.

13. Ver Jellinek, G., *Teoría General...*, op. cit., pág. 438.

14. Véase Dau-Lin, H., *Mutación de la...*, op. cit., pág. 30.

ción constitucional, en los cuales claramente se afectaba la noción de normatividad de la Ley Fundamental.

Ahora bien, cabe mencionar que la Constitución alemana de 1871 se verificó luego de muchos intentos de unificación que marcaron la historia de ese país durante el siglo XIX. Esta unión se produjo una vez que la rivalidad por la hegemonía alemana se resolvió a favor de Prusia y en detrimento de Austria, que fue excluida del nuevo imperio¹⁵. En este orden, la unión alemana se compuso por Estados muy distintos entre sí: desde los grandes ducados como Mecklemburgo-Schwerin donde existía aún el absolutismo, hasta las llamadas ciudades libres, como Hamburgo, que eran repúblicas, pasando por monarquías limitadas como la prusiana¹⁶.

Esta Constitución, a diferencia de la actual Ley Fundamental para la República Federal Alemana, estaba desprovista de un órgano y de un procedimiento que sirviera para valorar la conformidad con el Derecho de la Constitución, de todos los actos y las omisiones que vulneraban la Norma Fundamental¹⁷, todo lo cual favoreció la implementación de los procesos designados por la vieja doctrina como mutación constitucional, en los que lógicamente se vulneraba la normatividad de la Constitución y su exigibilidad a los poderes públicos.

Lo anterior incluso había sido advertido por el mismo Jellinek, quien justificó la existencia de tales transformaciones constitucionales en la inexistencia de un control jurisdiccional de la Constitución. Este autor incluso ejemplificó una situación en la cual Norma Fundamental había mutado valiéndose de la aprobación de una disposición con rango legal, de la siguiente manera: “*la denominada cláusula de Frankenstein, mediante la cual la institución de la matrícula de la contribución está en contradicción con el art. 70 de la Constitución del imperio, porque es elevada a institución permanente, y se opone al artículo 38. ya que el producto de estos impuestos, con deducción de 130 millones de marcos es entregado a los Estados particulares*”, y concluyó que: “*dada la modificación material que estas leyes hacen experimentar a las Constituciones, no hay garantía alguna de que se observen las formas prescritas para las transformaciones*

15. Ver Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución...*, op. cit., pág. 106.

16. Ver Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución...*, op. cit., pág. 106.

17. Véase Cruz Villalón, P., Introducción a la versión en castellano de Hesse, K., *Escritos de derecho Constitucional*, op. cit., pág. XXVII.

de la Constitución. Para modificar las leyes que ocasionen tal reforma no se puede exigir de ningún modo que se siga el procedimiento de modificación de las Constituciones”¹⁸.

Es muy evidente que en esta época la noción de la normatividad de la Constitución era todavía incipiente, a diferencia de lo que se verificaba en el modelo de justicia constitucional norteamericano, en el cual el reconocimiento de la Constitución como norma, así como su exigibilidad y su obligatoriedad por parte los poderes constituidos no era objeto de mayor discusión¹⁹.

De otra parte, Laband en su *Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung* describió cómo la Constitución del Reich fue transformada sin accionar los mecanismos de reforma constitucional. Para ello, partió de la idea de Constitución como ente normativo, lo cual ilustró claramente la primera frase de su trabajo sobre la evolución de la Constitución del “Reich”, de la siguiente forma: “*Las Constituciones son leyes, las cuales proporcionan a la continuidad del derecho una especial firmeza y estabilidad, que ningún aspecto de la legislación ordinaria puede ofrecer y, en este sentido, son la codificación de lo más fundamental del derecho estatal*”²⁰.

En este orden de ideas, Laband describió cuales fueron los casos más importantes de mutación constitucional en el marco de la Constitución del Reich, lo cual a su juicio se podía producir mediante tres vías, la primera, la regulación por parte de las leyes del Reich de elementos centrales del Estado no previstos o previstos de manera colateral por la Constitución del Reich, en segundo, la modificación de elementos centrales del Estado mediante leyes del imperio que contradicen el contenido de la Constitución y, tercero, la alteración de los elementos centrales del Estado por medio de usos y costumbres de los poderes públicos²¹. Así, para Laband la mutación constitucional se producía tan pronto como el texto constitucional ya no coincidía con la situación real²².

18. Véase Jellinek, G., *Teoría General...*, op. cit., págs. 439-440.

19. Sobre el particular, se puede consultar González-Trevijano Sánchez, P. J., *El Tribunal Constitucional*, Aranzandí, S. A., Navarra, 2000, y también, Tocqueville, A., *La Democracia en América, Tomo I*, Alianza, Madrid, 1989.

20. Ver Laband, P., *Die Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung*, publicado en el *Jahrbuch der Gehe-Stitung zu Dresen*, 1895, pág. 574. Citado por Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución...*, op. cit., pág. 108.

21. Ver Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución...*, op. cit., pág. 108.

22. Véase Dau-Lin, H., *Mutación de la...*, op. cit., pág. 106.

Es claro que en los procesos de mutación constitucional descritos por Laband y por Jellinek sin duda alguna se afecta la consideración de la Constitución como norma jurídica, dotada de coercitividad, capaz de regular efectivamente todas las situaciones comprendidas bajo el supuesto de hecho de tales normas, teniendo en cuenta que la situación regulada termina siendo distinta de la prevista originalmente en el texto constitucional; lo anterior, sin embargo, no se produce en el marco de las mutaciones constitucionales desarrollado por Hesse, en el cual aunque se ha producido un cambio informal del sentido de una norma constitucional, la situación fáctica todavía es regulada por ella, todo lo cual será visto con mayor detalle más adelante.

III. La mutación constitucional como un elemento de la teoría de la Constitución

Ahora bien, durante el período de vigencia de la Constitución de Weimar, algunos constitucionalistas (entre ellos Heller y Smend) retomaron las ideas desarrolladas sobre los procesos de cambio constitucional, pero integrándola a la teoría de la Constitución. De ahí, tales autores reflexionaron sobre la transformación constitucional e intentaron comprender la relación existente entre la dinámica política y la Constitución escrita²³.

En este orden de ideas, y de acuerdo con Sánchez Urrutia, Heller parte de un concepto de constitución como organización material del Estado; de ahí que *“representa la cooperación entre individuos y grupos mediante las relaciones gracias a las cuales el Estado alcanza existencia y unidad de acción”*²⁴. Por ese motivo, para Heller la noción del sentido material de la Constitución está íntimamente relacionada con las relaciones reales de poder que se producen en un país²⁵. Tales relaciones se hallan en constante movimiento y cambio de tal manera que engendran la organización del Estado. En este marco, la Constitución no es un proceso sino un producto de la actividad de esas relaciones, *“una forma abierta a través de la cual pasa la vida, vida en forma y forma nacida de la vida”*²⁶.

23. Ver Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución...*, op. cit., pág. 116.

24. Véase Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la...*, op. cit., pág. 116.

25. Ver Heller, H., *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1955, pág. 268.

26. Véase Heller, H., *Teoría del Estado*, op. cit., pág. 268.

Este autor distingue entre normatividad de la Constitución y normalidad y sostiene que cualquier texto constitucional “*es sólo un intento de crear conscientemente una normalidad de la conducta mediante el establecimiento consciente de una normatividad*”²⁷.

Estas relaciones, según Heller, entre la normalidad y normatividad de la Constitución son recíprocas, de tal forma que la primera influye sobre la segunda, y viceversa. De ahí que la norma constitucional pueda ser transformada por distintas maneras, entre ellas, por el cambio de contenido de elementos normados no jurídicos (principios constitucionales y principios generales del derecho), o como consecuencia de las mutaciones constitucionales que suponen la superación de los elementos regulados por la normalidad²⁸.

De acuerdo con Heller, la normatividad del sistema constitucional tiene la pretensión de adecuarse a la realidad, lo que supone la continuidad del ordenamiento en aquellas situaciones en que ello se produce con éxito²⁹. Sin embargo, también hay casos en que el poder propio del depositario supremo se opone con igual éxito a las normas constitucionales (es decir a la normatividad de la Constitución), lo que origina la posibilidad de una creación jurídica por violación del Derecho³⁰.

De otra parte, Rudolf Smend elaboró una teoría dinámica de la Constitución, así como una nueva formulación de la Filosofía y de la Teoría del Estado, que pretende romper las doctrinas dominantes durante su época en Alemania, tanto las formales como las realistas³¹. Sobre el particular, este autor señaló “*una peculiaridad de la historia de la filosofía alemana del Estado desde la fundación del Reich, a menudo constatada y digna de ser considerada aquí, es que con mucha frecuencia los resultados concretos que han perdurado a lo largo del tiempo son inversamente proporcionales al esfuerzo teórico y metodológico empleado. La metodología de Gierke, acítica o pre-crítica (5), ha desarrollado en forma impercedera, a pesar de su ingenuidad, o quizá precisamente gracias a ella, el*

27. Ver Heller, H., *Staatslehre*, Leiden, 1934. Citado por Schneider, H. P., *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 71.

28. Véase Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la...*, op. cit., pág. 117.

29. Véase Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la...*, op. cit., pág. 118.

30. Ver Heller, H., *Teoría del Estado*, op. cit., pág. 278.

31. Ver Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución...*, op. cit., pág. 118.

*tratamiento de las cuestiones fundamentales. Por el contrario, la línea seguida por Jellinek y Kelsen, al realizar una crítica en profundidad, ha llegado también a vaciar de contenido los resultados obtenidos hasta alcanzar conscientemente, con la Teoría general del Estado de Kelsen (1925), el punto cero*³².

Así, para Smend el Estado es una realización cultural, que se encuentra en constante renovación y cambio, como un flujo circular que no puede ser entendido ideológicamente, sino descrito³³. En este orden de ideas, el derecho constitucional es únicamente una positivización de las posibilidades y funciones propias del mundo del espíritu y, por tanto, no se entiende sin aquellas; y a la inversa, éstas no son realizadas en forma plena y permanente sin su positivización jurídica³⁴.

Ahora bien, en lo que atañe al tema de las mutaciones constitucionales, Smend considera que supone un problema inherente a la específica naturaleza del Estado, como objeto de regulación jurídica por parte de su Constitución³⁵. En este sentido, la Constitución no debe ser interpretada en forma fragmentada o en cuestiones de detalle, sino teniéndola en cuenta en su totalidad, y en su proceso de integración. De ahí que el derecho constitucional también sea un sistema de integración de una Constitución en constante transformación³⁶.

En suma, de las ideas esbozadas por Smend es preciso resaltar dos de ellas, la primera, el movimiento como parte del concepto de Constitución (y de la mutación como parte de sus elementos) y, la segunda, de globalidad³⁷, razón por la cual no puede ser interpretada en forma aislada, sin tener en consideración las demás normas de la Ley Fundamental.

Con posterioridad, el tema de las mutaciones constitucionales ha sido desarrollado por uno de los discípulos de Smend, el jurista chino Hsü Dau-Lin, quien pretendió definir las a partir del estudio de las distintas relaciones que se pueden producir entre las normas constitucionales y la realidad³⁸. De esta manera, en su

32. Véase Smend, R., *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, págs. 46 y 47.

33. Ver Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución...*, op. cit., pág. 119.

34. Véase Smend, R., *Constitución y Derecho...*, op. cit., pág. 66.

35. Ver Hesse, K., *Escritos de...*, op. cit., pág. 92.

36. Véase Hesse, K., *Escritos de...*, op. cit., pág. 92.

37. Ver Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución...*, op. cit., pág. 125.

38. Véase Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución...*, op. cit., pág. 125.

monografía (*die Verfassungswandlung*), este autor elabora un concepto de mutación constitucional y diferencia cuatro tipos de ellas:

- a- la mutación de la Constitución mediante una práctica estatal que no viola formalmente la Constitución: en este supuesto, de acuerdo con Dau-Lin, se ignora un artículo concreto de la Constitución o se contradice cierta prescripción constitucional, pues se trata de relaciones jurídicas que todavía no se regulan por un precepto constitucional³⁹;
- b- la mutación de la Constitución por la eventualidad de ejercer competencias de poder, que corresponden al contenido de ciertas prescripciones constitucionales. Lo anterior se produce, según este autor, cuando se pierde el derecho que atribuyen los artículos constitucionales a ciertos sujetos, precisamente ante la imposibilidad de ejercerlos, de tal manera que estos artículos de la Norma Fundamental ya no se corresponden con la realidad jurídica⁴⁰;
- c- la mutación de la Constitución por una práctica constitucional que contradice, claramente, la preceptiva de la Constitución. Esta situación se puede verificar, en consonancia con el autor, mediante la llamada reforma material de la Constitución por la legislación ordinaria o los reglamentos de los órganos estatales superiores o por su práctica efectiva⁴¹;
- d- la mutación constitucional mediante la interpretación: particularmente cuando los preceptos constitucionales sólo se interpretan de acuerdo a consideraciones y necesidades que cambian con el tiempo, sin atender particularmente al texto fijo de la Constitución, o sin que se considere el sentido originario que dio el constituyente a las normas constitucionales en cuestión⁴²;

Sobre el particular, si bien es preciso resaltar el esfuerzo de Hsü Dau-Lin por conceptualizar y clasificar las mutaciones constitucionales (teniendo en cuenta que se trata de la única monografía que en esa época se ocupó estrictamente del tema), “*no es difícil que los distintos supuestos se solapen o se confundan en algunos casos*”⁴³, de ahí que esta clasificación resulte imprecisa. En este sentido,

39. Véase Dau-Lin, H., *Mutación de la...*, op. cit., págs. 31-32.

40. Ver Dau-Lin, H., *Mutación de la...*, op. cit., pág. 36.

41. Véase Dau-Lin, H., *Mutación de la...*, op. cit., pág. 39.

42. Véase Dau-Lin, H., *Mutación de la...*, op. cit., pág. 45.

43. Ver Sánchez Urrutia, A. V., *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución...*, op. cit., pág. 126.

Konrad Hesse afirma que en su investigación Dau-Lin toma como punto de partida la teoría de la Constitución de Smend, potenciando aisladamente alguno de sus elementos, pero llega a resultados similares a los obtenidos en los estudios de Laband y Jellinek, frente a los cuales había tomado posición en forma enérgica⁴⁴.

Asimismo, cabe mencionar que de la clasificación realizada por Dau-Lin, únicamente en el último supuesto no se afecta con seguridad la fuerza normativa de la Constitución, pues si bien se ha producido una modificación del sentido de la norma constitucional, la situación real aún es regulada por aquella. Lo anterior, sin embargo, no se origina en los primeros tres casos, en los cuales claramente la situación real desborda los límites del texto constitucional.

Ahora bien, durante el período de vigencia de la actual Ley Fundamental de la República Federal Alemana se han efectuado algunos estudios sobre la perspectiva de la Constitución en el tiempo y las mutaciones constitucionales.

En este sentido, se ha afirmado que la Constitución sólo puede cumplir sus tareas allí donde consiga bajo cambiadas circunstancias preservar su fuerza normativa (es decir, su posibilidad efectiva de vincular a los poderes públicos), es decir, allí donde consiga garantizar su continuidad y conservar su identidad, sin perjuicio de las transformaciones históricas⁴⁵. En este orden de ideas, Hesse advierte que la “*Constitución puede incumplirlas (...) cuando se adapta sin reservas a las circunstancias de cada momento; en tal caso sus normas ya no son pauta de las circunstancias, sino que son éstas las que actúan como parámetros de sus normas*”⁴⁶.

De ahí que la Norma Constitucional deba asegurar su continuidad y su fuerza normativa frente al paso del tiempo. Lo anterior se puede realizar mediante dos vías, una, por la observancia de los procedimientos formales que la propia Constitución expresamente establece para su reforma (es decir el poder reformador de la constitución) y, otra, consiste en modificar el contenido de las normas constitucionales manteniendo intacto el texto literal: es decir, a través de una mutación constitucional⁴⁷. Estas mutaciones constitucionales, de acuerdo con Hesse, se producen en aquellos apartados donde la Constitución, y en concreto en lo referente a los derechos fundamentales, contiene *normas abiertas*, es

44. Ver Hesse, K., *Escritos de...*, op. cit., pág. 92.

45. Véase Hesse, K., y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 9.

46. Ver Hesse, K., y otros, *Manual de...*, op. cit., pág. 9.

47. Véase Hesse, K., y otros, *Manual de...*, op. cit., pág. 9.

decir, regulaciones que, por su formulación generalista y lingüísticamente esquemática, sólo mediante progresivas concreciones pueden ser llevadas a la práctica⁴⁸.

Esta posibilidad de alterar el sentido material de la Norma Constitucional no es irrestricta, sino que tiene como límite inquebrantable el mismo texto del precepto de la Ley Fundamental; de modo que resulta inadmisibles una interpretación que difiere abiertamente de los enunciados constitucionales o contradice su texto⁴⁹. De lo que se trata entonces es de no vulnerar la literalidad de la norma constitucional, ni de suponer una contradicción directa del sentido o la finalidad del texto normativo; por ello *“la mutación constitucional y sus límites sólo se alcanza a entender con claridad cuando la modificación del contenido de la norma es comprendida como cambio “en el interior” de la norma constitucional misma, no como consecuencia de desarrollos producidos fuera de la normatividad de la Constitución”*⁵⁰. En este sentido, y siguiendo el razonamiento de este autor, *“todo lo que se sitúe más allá de estas posibilidades no será ya mutación constitucional sino quiebra constitucional o anulación de la Constitución”*⁵¹.

Esta es precisamente la manera en que han sido entendidas las mutaciones constitucionales por la doctrina alemana que se ha desarrollado durante el período de vigencia de la Ley Fundamental para la República Federal Alemana de 1949, en un sentido completamente restringido, dadas las diversas implicaciones del principio de rigidez constitucional y, en fin, las consideraciones relativas a la Constitución como norma jurídica y suprema, exigible plenamente a la actuación de los poderes constituidos.

De modo que si la mutación desborda los límites del texto constitucional, se genera entonces no sólo una situación completamente distinta de la prevista por la Constitución, sino también un debilitamiento de la fuerza normativa de la Ley Fundamental, así como de los principios de rigidez y supremacía. En tales

48. Ver Hesse, K., y otros, *Manual de...*, op. cit., págs. 9 y 10. Este autor menciona como ejemplos las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán (*das Bundesverfassungsgericht*): 53, 157, 290 ss. (sobre los regímenes legales de previsión social como objetos de protección a través de la garantía de la propiedad); 54, 148, 153 (sobre la garantía constitucional de los derechos generales de la personalidad); 65, 1, 41 ss. (sobre protección de datos); 73, 118, 154 y 74, 297, 350 (sobre la libertad de radiotelevisión bajo nuevas condiciones).

49. Véase Hesse, K., y otros, *Manual de...*, op. cit., pág. 10.

50. Ver Hesse, K., *Escritos de...*, op. cit., pág. 99.

51. Véase Hesse, K., *Escritos de...*, op. cit., pág. 103.

supuestos, sin duda se deben observar los procedimientos contemplados en el ordenamiento jurídico para el ejercicio del poder de reformador de la Constitución, si se pretende su corrección. De acuerdo con Hesse, estas consideraciones tienen asidero en el derecho positivo, justamente en el artículo 79.1 de la Ley Fundamental para la República Federal Alemana⁵², el cual sería despojado de todo contenido normativo si se admitiese una mutación que no tenga como límite el mismo texto de la norma constitucional, o si su vigencia se circunscribe para el caso de las reformas constitucionales⁵³.

Finalmente, también es relevante el criterio sostenido por Santiago Muñoz Machado en el sentido que la utilización de las transformaciones no formales de las constituciones escritas es más frecuente en la medida en que sean más rígidas. Al respecto, este autor afirmó: “*la rigidez hace difícil de cumplimentar el proceso de reforma y disuade las iniciativas en tal sentido. Consecuentemente la rigidez constitucional no implica su petrificación, sino justamente una apertura a la transformación de sus contenidos por procedimientos no formalizados*”⁵⁴, todo lo cual sin duda supone una profunda reflexión.

Lo importante, en todo caso, es que no se puede concebir a la Constitución como norma jurídica sino se establece una garantía que la haga valer frente a las actuaciones y las omisiones de las autoridades públicas con poder normativo. También es evidente que las mutaciones constitucionales, en el marco de una Constitución efectivamente normativa, únicamente se puede verificar en la medida en que tenga como límite el mismo texto de la Norma Fundamental, pues de lo contrario se puede generar una situación realmente contraria al Derecho de la Constitución, solapada con la aplicación de esta figura.

IV. Las mutaciones constitucionales en el sistema de justicia constitucional costarricense

Una vez expuestas (aunque en forma muy sucinta) las diversas implicaciones del reconocimiento de la Constitución como norma jurídica, así como el desarrollo de la figura de las mutaciones constitucionales por la doctrina alemana, procede entonces revisar algunas sentencias de la Sala Constitucional de la Corte

52. Esta norma establece: “*La Ley Fundamental sólo podrá ser modificada por medio de otra ley que expresamente altere el tenor literal de la Ley Fundamental o lo complemente (...)*”.

53. Ver Hesse, K., *Escritos de...*, op. cit., pág. 102.

54. Véase Muñoz Machado, S., *Constitución*, Iustel, Sociedad Anónima, 2004, pág. 227.

Suprema de Justicia y dilucidar en qué medida han configurado sendos procesos de mudanza constitucional, en los términos en que habían sido descritos inicialmente por Laband o Jellinek, o si se corresponden a los modernamente expuestos por Hesse, bajo la observancia efectiva del principio de rigidez constitucional, así como los alcances de la fuerza normativa de la Constitución.

En este orden de ideas, en la sentencia No. 3435-92, de 11 de noviembre, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de amparo interpuesto por el Sr. Ricardo Fliman Wrgaft contra el Director y el Jefe de la Sección de Opciones y Naturalizaciones del Registro Civil. En este proceso se impugnó la negativa de la autoridad accionada de conferir al tutelado la condición de costarricense por naturalización, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 14 inciso 5) de la Constitución Política⁵⁵.

Según el recurrente, esta situación vulneraba los derechos protegidos en los artículos 33 y 48 de la Constitución Política, en cuanto producía una discriminación injustificada por razones de género, teniendo en cuenta que únicamente la mujer extranjera podía obtener la naturalización por esta vía.

En esta sentencia, la Sala interpretó esa norma a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, considerándose que la situación impugnada vulneraba el Derecho de la Constitución. Por este motivo, la Sala Constitucional dispuso: *“concederle al recurrente los derechos denegados por aplicación del inciso 5) del artículo 14 de la Constitución Política, en cuanto reúna los requisitos legales y constitucionales aplicables, normativa que las autoridades deberán acatar en situaciones similares a la recurrida”*.

Cabe recordar que en el ordenamiento jurídico costarricense los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, más que meros criterios de interpretación de los derechos fundamentales, constituyen verdaderas reglas jurídicas, plenamente exigibles por parte de los particulares a las autoridades públicas, a tal grado que si reconocen un derecho o confieren mayor protección de una libertad que la norma prevista en la Constitución Política, priman por sobre ésta.

Al respecto, la Sala Constitucional, desde la sentencia No. 1147-90, de 21 de septiembre, ha señalado en términos generales que el Derecho Internacional de

55. Esta norma establecía: *“Artículo 14.- Son costarricenses por naturalización: (...) 5) La mujer extranjera que habiendo estado casada durante dos años con costarricense, y habiendo residido en el país durante ese mismo período, manifieste su deseo de adquirir la nacionalidad costarricense”*.

los Derechos Humanos, a diferencia de los otros instrumentos del Derecho Internacional, no tienen únicamente un valor superior a la Ley de acuerdo con el artículo 7° constitucional, sino que sus disposiciones, en la medida en que brinden mayor cobertura, protección o tutela de un determinado derecho, deben prevalecer por sobre éstos; lo anterior teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política⁵⁶.

Es claro que a partir de la sentencia mencionada se produjo una mutación constitucional del artículo 14 inciso 5) de la Constitución Política, en cuanto varió la manera en que dicha norma era interpretada por las autoridades jurisdiccionales y administrativas. Lo anterior por cuanto, desde la emisión de esta sentencia tanto las personas de género masculino como femenino pueden acceder a la ciudadanía costarricense por naturalización.

Esta mutación constitucional, sin embargo, lejos de soslayar los alcances del reconocimiento de la Constitución como norma jurídica, se ajusta a los procesos modernamente descritos por Hesse como tales, teniendo en cuenta que dicha modificación tiene como límite precisamente el Derecho de la Constitución, del cual sin duda alguna forma parte el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ocupa como se explicó una posición de privilegio en el sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico costarricense, de acuerdo con el artículo 48 constitucional.

De ahí que la interpretación realizada por la Sala Constitucional en la sentencia de ese proceso de amparo (aunque ciertamente no fue redactada de la mejor manera)⁵⁷ no soslaya el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, justamente en cuanto tiene como límite inquebrantable el mismo Derecho de la

56. Al respecto, se puede analizar la sentencia No. 2007-1682 de 9 de febrero, emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Este tema no es pacífico en la doctrina costarricense. Un estudio relevante al efecto se puede encontrar en Castro Padilla, F., La jerarquía y aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico costarricense, en *La tutela de los Derechos Fundamentales en Costa Rica por medio del Recurso de Amparo* (con jurisprudencia), varios autores, Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, San José, págs. 93 a 98.

57. Lo anterior por cuanto, en dicha sentencia la Sala expresó: “*En aras de evitar desigualdades y discriminaciones futuras que pudieran surgir al aplicarse la Carta fundamental y otros instrumentos jurídicos vigentes, y en el ejercicio de la facultades que le otorga la Constitución a esta Sala, se dispone que cuando en la legislación se utilicen los términos "hombre" ó "mujer", deberán entenderse como sinónimos del vocablo "persona", y con ello eliminar toda posible discriminación "legal" por razón de género, corrección que deben aplicar todos los funcionarios públicos cuando les sea presentada cualquier gestión cuya resolución requiera aplicar una normativa que emplee los vocablos arriba citados*”, lo cual parece más propio de una interpretación “auténtica”, si se posible llamarla de esa forma, que de una sentencia de un Tribunal Constitucional.

Constitución (y el Derecho Internacional de Derechos Humanos) que veda cualquier tipo de discriminación por razones de género, como se daba en el caso analizado por el Tribunal Constitucional Costarricense en la sentencia referida.

En efecto, sobre el particular es menester reiterar las ideas esbozadas por Smend sobre la Constitución como un proceso de integración, en constante transformación, así como la obligación de los operadores jurídicos de interpretar la Norma Fundamental en su conjunto, prescindiéndose de cualquier enfoque aislado, como se verificaba con anterioridad a la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, en lo que atañe al artículo 14 inciso 5) de la Constitución Política. En todo caso, el texto de esta norma luego fue objeto de una reforma constitucional, en cuya virtud se observó el procedimiento descrito en el artículo 195 ídem, con el fin de ajustarla a la interpretación realizada por la Sala Constitucional⁵⁸.

Son distintas, sin embargo, las conclusiones que se pueden esbozar a partir de la sentencia dictada por la Sala en la acción de inconstitucionalidad tramitada bajo el expediente No. 04-003324-0007-CO, en cuya virtud se ha dictado la sentencia No. 2005-10382, de 10 de agosto. En dicha acción de inconstitucionalidad se cuestionó la omisión absoluta de la Asamblea Legislativa de cumplir lo ordenado por el poder constituyente derivado mediante la Ley No. 8106 de 3 de julio de 2001, en que se reformó el artículo 170 de la Constitución Política⁵⁹.

Esta acción de inconstitucionalidad había sido planteada por el Alcalde Municipal del Cantón de Aserrí, a la sazón Mario Morales Guzmán, precisa-

58. Lo anterior se produjo mediante la Ley No. 7879 de 27 de mayo de 1999, la cual fue publicada en el *Diario Oficial La Gaceta* No. 118 de 18 de junio de 1999. En razón de esta reforma el inciso 5) del artículo 14 constitucional ha quedado de la siguiente forma: “*Artículo 14.- Son costarricenses por naturalización: (...) 5) Las personas extranjeras que al casarse con costarricenses pierdan su nacionalidad o que luego de haber estado casadas dos años con costarricenses, y de residir por ese mismo periodo en el país, manifiesten su deseo de adquirir la nacionalidad costarricense*”.

59. El texto de la reforma constitucional es el siguiente: “*Artículo 170.- Las corporaciones municipales son autónomas. En el Presupuesto Ordinario de la República, se les asignará a todas las municipalidades del país una suma que no será inferior a un diez por ciento (10%) de los ingresos ordinarios calculados para el año económico correspondiente. La ley determinará las competencias que se trasladarán del Poder Ejecutivo a las corporaciones municipales y la distribución de los recursos indicados.*

Transitorio.- La asignación presupuestaria establecida en el artículo 170 será progresiva, a razón de un uno coma cinco por ciento (1,5%) por año, hasta completar el diez por ciento (10%) total. Periódicamente, en cada asignación de los recursos establecidos en el artículo 170, la Asamblea Legislativa deberá aprobar una ley que indique las competencias por trasladar a las corporaciones municipales. Hasta que la Asamblea Legislativa apruebe cada una de las leyes, no se les asignarán a las municipalidades los recursos correspondientes a ese periodo, de conformidad con lo indicado en ese mismo numeral. Rige un año después de su publicación”.

mente por la omisión del Legislador de dictar las normas a que hace referencia la Constitución. En esta oportunidad, sin embargo, la Sala Constitucional desestimó la acción, pese a que la reforma constitucional fijó una fecha determinada para dictar la normativa infraconstitucional, justamente a partir de la aprobación del primer Presupuesto ordinario que se promulgue estando en vigor la reforma luego de un año desde su publicación.

Aunque en esta sentencia la Sala Constitucional tuvo por acreditada la existencia de una inactividad legislativa frente a un mandato constitucional expreso, con un plazo fijo, se negó a declararla inconstitucional, teniendo en consideración las razones expuestas por el Presidente de la Asamblea Legislativa⁶⁰, al constatar la audiencia conferida durante el trámite de esa acción.

En claro que a partir de esta decisión fue despojado de todo valor normativo el precepto constitucional aludido, cuyo desarrollo infraconstitucional era necesario para dotarlo de eficacia plena. Y es que ante la existencia de un determinado plazo fijado por el poder constituyente (originario o derivado) para emitir la normativa infraconstitucional de desarrollo, ninguna justificación tiene la virtud de suplir la inactividad de los poderes constituidos, ni de eludir la declaratoria de inconstitucionalidad.

De lo anterior se infiere que la situación impugnada no sólo constituye una mutación constitucional (en cuanto se ha producido una reforma material del mandato expreso contemplado en el artículo 170 ídem), sino también un severo debilitamiento a la fuerza normativa de la Constitución, y a su capacidad de regular efectivamente todas las actuaciones y las omisiones de los poderes constituidos. Ello es así porque en la actualidad, el diseño de la descentralización administrativa por razón de territorio difiere, sustancialmente, de la prevista por la Constitución, toda vez que las Municipalidades todavía no disfrutaban del 10% del Presupuesto Ordinario de la República, ni de las competencias que debían ser transferidas desde el Poder Ejecutivo.

60. Al respecto, en la sentencia aludida la Sala concluyó “*Así las cosas entiende la Sala que resulta ser admisible la explicación y justificación dada y admisible igualmente la demostración documental que se aporta para comprobar las actividades llevadas a cabo de modo que en este caso concreto lo procedente y justo es acoger tales justificaciones para señalar que aún cuando existe formalmente una ausencia de la actuación ordenada por el Constituyente, tal ausencia ha sido suficientemente explicada y justificada frente a esta Sala de manera que la conclusión en este caso es que no existe una infracción constitucional al Derecho de la Constitución por el que este órgano debe velar. Por ello la acción debe declararse sin lugar, sin perjuicio alguno de la obligación jurídica de la Asamblea Legislativa de dar el trámite y la continuidad necesarias para lograr el cumplimiento de lo establecido en la reforma constitucional aprobada oportunamente*”.

Ciertamente la mutación constitucional que se describe en esas líneas es de tal magnitud, que fácilmente se asemeja a los procesos descritos por Laband y Jellinek sobre la Constitución Alemana de 1871, la cual estaba desprovista de un órgano de control de constitucionalidad, ni estaban completamente desarrolladas en el constitucionalismo europeo las ideas relativas a la normatividad de la Constitución⁶¹.

Lo anterior por cuanto, la transformación que se produce en la especie a partir de la interpretación realizada por la Sala es de tal dimensión, que la realidad regulada por el sentido literal de la norma constitucional es completamente distinta a ella. De ahí que en tales casos se ve severamente afectada no sólo la consideración de la Constitución como norma jurídica, sino también el principio de rigidez constitucional, al producirse una reforma material del artículo 170 constitucional (que ha sido despojado de toda fuerza normativa a partir de la sentencia aludida) sin haber observado los canales que la Constitución establece con ese fin en sus numerales 195 y 196. Es evidente la necesidad de reformar el precepto constitucional aludido si se pretende su adecuación a la configuración real de las corporaciones municipales, o bien emitir con la mayor celeridad posible la normativa infraconstitucional de desarrollo, para dotar a este precepto de plena eficacia.

De otra parte, otro ejemplo de mutación constitucional (esta vez respecto del artículo 48 de la Constitución Política) es el que se ha producido, en términos generales, a partir de la implementación por parte del Tribunal Supremo de Elecciones del llamado “recurso de amparo electoral”, pese a que la norma aludida expresamente le atribuye a la Sala Constitucional (sea, *la Sala indicada en el artículo 10*) el conocimiento de los recursos de amparo y de *habeas corpus*, para la tutela de los derechos reconocidos en la Constitución Política, como en los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos aplicables en la República.

En principio, se puede pensar que dicha mudanza constitucional tiene su origen no sólo en el criterio reiterado de la Sala Constitucional, en el sentido de negarse a conocer aquellos procesos de amparo en que se reclame la violación de derechos políticos electorales (teniendo en cuenta, según la Sala, que se trata de materia electoral), sino también en la elaboración jurisprudencial, por parte del Tribunal Supremo de Elecciones, de un proceso sumario para la defensa de

61. Sobre el particular, es preciso revisar nuevamente Jellinek, G., *Teoría General...*, op. cit., págs. 439-440.

este tipo de derechos, el cual ha denominado “recurso de amparo electoral”⁶², y cuyo trámite se rige por la aplicación análoga de las disposiciones de la Ley de la Jurisdicción Constitucional⁶³. Sin embargo, si se analiza con detenimiento la situación planteada, es preciso señalar varios aspectos.

En primer lugar, no es que el Tribunal Supremo de Elecciones no tenga por sí mismo la competencia para tutelar o proteger al particular frente a la violación de alguno de sus derechos políticos; todo lo contrario, de una interpretación armónica de los artículos 99 y 102 de la Constitución Política fácilmente se deduce esa potestad, la cual en forma acertada ha desarrollado de manera jurisprudencial este órgano, a falta de regulación positiva.

En segundo, el hecho que el artículo 48 constitucional le haya asignado a la Sala Constitucional la competencia para conocer de los procesos de amparo y de *habeas corpus*, en modo alguno veda la posibilidad que el mismo Constituyente, o incluso el legislador, implemente o desarrolle otras alternativas para la defensa de los derechos consagrados en la Constitución, como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En este sentido, el deber de proteger o salvaguardar dichos derechos no es sólo obligación de la Sala Constitucional, sino también de cualquier Órgano Jurisdiccional en el ejercicio de sus atribuciones (entre ellos el Tribunal Supremo de Elecciones respecto de sus competencias contencioso-electorales), así como también es deber de cualquier autoridad pública respetar y asegurar a cada particular el pleno disfrute de estos derechos.

Es claro entonces que en una situación de estricto cumplimiento al Derecho de la Constitución, el particular debería contar con diversas vías o mecanismos

62. En la doctrina costarricense existen varios estudios relevantes sobre este tema, entre ellos, Brenes Villalobos, L., D., y Rivera Sánchez, J., L., Recurso de amparo electoral, *Revista Derecho Electoral*, No. 1, Tribunal Supremo de Elecciones, primer semestre, 2006, San José, págs. 29-47, y Chavaría Duarte, H., La protección de los derechos fundamentales en materia electoral por parte del Tribunal Supremo de Elecciones: el amparo electoral, en *La tutela de los Derechos Fundamentales en Costa Rica por medio del Recurso de Amparo* (con jurisprudencia), varios autores, Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, San José, págs. 347 a 453.

63. Sobre el particular, sin duda es relevante el criterio sostenido por el Tribunal Supremo de Elecciones en la sentencia No. 303-E-2000, de 15 de febrero (la cual es precisamente la que dio origen a esta vía procesal para la defensa de los derechos político-electorales), en el sentido que: “*Resulta pues que existe una competencia constitucional que habilita al Tribunal a conocer los reclamos que se presenten contra las actuaciones partidarias que menoscaban los derechos políticos de los militantes de las distintas agrupaciones políticas del país; competencia que no puede ser rehuída por la circunstancia que no exista previsión legal al respecto o procedimiento especial para ejercerla, a la luz del principio de plenitud hermética del ordenamiento. En tal caso, la laguna del ordenamiento infraconstitucional debe ser colmada mediante las reglas usuales de integración del bloque de legalidad; lo que nos obliga, en el caso en estudio, a aplicar analógicamente las reglas del recurso de amparo que se tramita ante la Sala Constitucional, tal y como ha procedido el Tribunal en este expediente.*”

de protección frente a la vulneración, o la amenaza inminente de lesión, de alguno de sus derechos político-electorales: uno, el recurso de amparo ante la Sala Constitucional a partir de la interpretación literal del artículo 48 de la Constitución Política y, otro, el recurso de amparo electoral, luego de una relación armónica de los artículos 99 y 102 ídem, y teniendo en cuenta el desarrollo jurisprudencial que le ha dado a esta figura el Tribunal Supremo de Elecciones.

De ahí que la mutación constitucional que se describe en la especie, únicamente se origina por el criterio reiterado de la Sala Constitucional en el sentido de rechazar de plano cualquier recurso de amparo en que se reclame la violación de alguno de los derechos político-electorales “*por ser material electoral*”⁶⁴, pese a que también se trata de derechos fundamentales y, por ello, merecen sin duda alguna protección o tutela en la vía del “*amparo constitucional*”.

Es evidente que la situación planteada no sólo supone una reforma material del sentido literal del artículo 48 de la Constitución Política (teniendo en consideración la negativa de la Sala Constitucional de conocer aquellos amparos en los que se reclama la vulneración de los derechos políticos-electorales) sino también un severo debilitamiento al reconocimiento de la normatividad de la Constitución, y a su posibilidad de regular efectivamente el comportamiento de todos los poderes y órganos constituidos, en este caso la Sala Constitucional, quien ha rehuido de sus competencias, so pretexto que el Tribunal Supremo de Elecciones también tiene la genérica facultad para resolver este tipo de asuntos, en aplicación de un remedio procesal que aún no tiene ningún desarrollo de derecho positivo en la Constitución Política, ni en la Ley⁶⁵.

64. En este orden de ideas, la Sala Constitucional, en la sentencia No. 4606-96, de 4 de septiembre, señaló: “*con arreglo a lo expuesto en el fallo transcrito, si el recurrente estima que con la sanción a la que se refiere el recurso se violan las disposiciones estatutarias respectivas y se quebranta el derecho que le asiste de elegir y ser electo o a otro u otros ciudadanos, ello constituye un conflicto que por su naturaleza no corresponde ser dilucidado en esta sede sino ante el Tribunal Supremo de Elecciones, pues el pronunciamiento pretendido, en el fondo, repercute sobre materia electoral, propiamente en el proceso eleccionario en que se encuentra involucrado el Partido a que pertenece el promovente, pronunciamiento que, como quedó expuesto, resulta ajeno a esta Jurisdicción. Por lo anterior el recurso resulta improcedente y así debe declararse*”. En el mismo sentido, las sentencias No. 2001-2603, de 3 de abril, No. 2001-2787, 5 de abril y No. 2001-3173, de 25 de abril, entre muchas otras.

65. Sobre el particular, el Tribunal Supremo de Elecciones, en su sentencia No. 303-E-2000, ha señalado: “*tal y como lo refiere el voto n° 495-98 (...), y siguiente el comentado criterio jurisprudencial, la misma Sala Constitucional ha entendido que la actividad político-electoral en general, y no sólo el sufragio en sentido estricto, está sometida a la competencia –exclusiva y absoluta– del Tribunal de dirigirla, organizarla y fiscalizarla. De ahí que la jurisdicción constitucional haya rechazado sistemáticamente los amparos interpuestos contra determinaciones de los partidos políticos relacionadas con tal actividad (designaciones internas o cambio de lugar para emitir el voto, por ejemplo)*”.

En este orden de ideas, el hecho que la Constitución Política le atribuya al Tribunal Supremo de Elecciones todo lo relativo a la materia electoral, en modo alguno limita las potestades de la Sala Constitucional de conocer un asunto en que se discuta la violación de un derecho fundamental, entre ellos los político-electorales, teniendo en consideración lo dispuesto por el artículo 48 de la Constitución Política.

En realidad, todo lo anterior ya había sido advertido por el Magistrado Piza Escalante en su voto salvado de la sentencia No. 2150-92 de 8 de agosto, en el cual puso de manifiesto, por un lado, *la plena competencia de esta Sala para conocer de la constitucionalidad de esa y cualquier otra materia propia del ordenamiento, incluso, por supuesto, aquellas atribuidas con exclusividad a otros poderes u órganos del Estado* (entre ellos, lógicamente las del Tribunal Supremo de Elecciones, y a menos que la propia Constitución o la ley, expresamente excluya dicho control)⁶⁶. De lo contrario (sostiene el Mag. Piza Escalante, q. d. D. g.) *no tendría ningún sentido una jurisdicción constitucional: la Constitución atribuye con exclusividad, no sólo al Tribunal Supremo de Elecciones y sus dependencias la materia electoral, sino también a la Asamblea Legislativa la promulgación de las leyes y las demás funciones previstas por el artículo 121 de la misma, al Poder Ejecutivo muchas de las establecidas en el artículo 140, a la Contraloría General de la República la de fiscalización de las finanzas públicas, y al Poder Judicial las del ejercicio de la función general del Estado, de manera que si la exclusividad excluyera la competencia del Tribunal Constitucional a éste no le quedaría nada que hacer.*

Asimismo, en cuanto a las limitaciones para interponer un recurso de amparo, el mismo Mag. Piza Escalante sostuvo que no hay ninguna regulada expresamente en la Constitución, de ahí que *“lo único que ha de examinarse en esta materia, son las limitaciones establecidas por la Ley de la Jurisdicción Constitucional; la cual únicamente le veda garantizar, en la vía de amparo, los derechos o libertades fundamentales frente a “los actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral” (art. 30 inc. d), con lo que es evidente que no excluyó de su competencia, ni los actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones en materia no electoral, ni la materia electoral que no se haya traducido en actos o disposiciones del Tribunal*

66. Al respecto, véase los artículos 10 de la Constitución Política y 30 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, relativos, el primero al control de constitucionalidad y, el segundo, sobre las materias en que no es posible interponer un recurso de amparo.

Supremo de Elecciones. Y esto es así, además de por el texto expreso de la ley, en virtud de los principios generales universales, particularmente dos: uno, el de que la jurisdicción constitucional es garantía suprema frente a toda violación o amenaza de violación de la Constitución o de los derechos o libertades fundamentales –y nadie pretendería que los organismos electorales estén exentos de caer en esos entuertos–; la otra, que, de todas maneras, el llamado "contenciosos-electoral" es precisamente propio de la Jurisdicción Constitucional, en todos los sistemas en que no le esté excluido expresamente, como sucede en Costa Rica en cuanto se entienda por tal el ejercicio de la función jurisdiccional en la materia electoral, de manera que tales excesiones como todas, deben siempre interpretarse restrictivamente y en favor de la competencia constitucional, máxime de la relativa a las garantías de los derechos y libertades fundamentales. Por lo demás, considero que, sin demérito de la competencia de esta Sala, ella tiene, en virtud de su supremacía jurisdiccional y del carácter vinculante de sus precedentes y jurisprudencia (art. 13 de su Ley), plena potestad para declarar la competencia concurrente del Tribunal Supremo de Elecciones, vinculándolo a su acatamiento”.

De todo lo anterior se deduce que la mutación descrita tampoco se ajusta al sentido restrictivo elaborado por Konrad Hesse, según el cual la mudanza constitucional debe tener como límite inquebrantable el mismo texto del precepto constitucional, dada la negativa de la Sala Constitucional de conocer aquellos recursos de amparo en que se reclama la lesión de un derecho político-electoral, a pesar del texto expreso del artículo 48 de la Constitución Política. De modo que la competencia “concurrente” del Tribunal Supremo de Elecciones para conocer este tipo de casos, en modo alguno exime o releva a la Sala Constitucional de ejercer efectivamente sus competencias, tal cual está prevista en la norma aludida.

Cabe mencionar, sin embargo, que en pronunciamientos más recientes la Sala Constitucional ha resuelto sobre violaciones a los derechos políticos⁶⁷, lo que se ajusta al sentido de las disposiciones constitucionales que regulan sus actuaciones.

67. Al respecto, es preciso revisar las sentencias No. 2006-09507, de 5 de julio, y No. 2006-10302, de 19 de julio. En este sentido, en la primera sentencia la Sala señaló: “tanto la Constitución como la Ley otorgan competencia en forma exclusiva al Tribunal Supremo de Elecciones, únicamente lo relativo a la organización, dirección y fiscalización de los actos pertinentes al sufragio, lo cual significa la independencia del Tribunal en el desempeño de su cometido. Sin embargo, la protección de los derechos fundamentales es competencia obligatoria de la Sala Constitucional según los artículos 10 y 48 de la Carta Magna.”

V. Conclusiones

Ahora bien, en esta investigación se ha acreditado que el reconocimiento de la Constitución Política como norma jurídica reclama, sin duda alguna, el establecimiento de una garantía frente a las acciones y las omisiones de los poderes públicos que pretenden desconocer sus preceptos. De ahí que sin dicho mecanismo de control, francamente no es posible defender la normatividad de la Constitución.

También se ha acreditado que los procesos de mutación constitucional designan aquellas situaciones en que cambia por efecto de la interpretación el sentido material de una norma constitucional. De este modo, durante el período de vigencia de la Constitución Alemana de 1871 dichos fenómenos eran de tal magnitud, que la realidad regulada por el precepto constitucional resultaba completamente distinta de ella. Todo lo anterior sin duda suponía un severo cuestionamiento a la fuerza normativa de los preceptos constitucionales y a su capacidad de regular efectivamente los institutos y el funcionamiento de los poderes públicos que preveían.

Dichos procesos de mudanza constitucional también mostraban la insuficiencia del principio de rigidez constitucional, para evitar que fuera reformada la Norma Constitucional mediante la emisión de normas infraconstitucionales, como fue el caso de las conocidas *cláusulas de Frankenstein*, las cuales fueron dictadas en el marco de una Constitución que estaba desprovista de un órgano de control. Tales situaciones fueron calificadas por Jellinek Y Laband como mutación constitucional.

Con posterioridad, y con motivo del período de vigencia de la Constitución de Weimar, han surgido nuevos estudios sobre la Teoría de la Constitución, y de las mutaciones constitucionales como uno de sus elementos; tales fueron las visiones de Heller, Smend Y Dau-Lin, quienes han partido, en términos generales, de una noción de la Constitución en constante transformación, a partir de los procesos y de las relaciones de poder en que se ve inmersa.

Luego, durante el período de vigor de la actual Ley Fundamental para la República Federal Alemana, Konrad Hesse ha sostenido que una mutación constitucional es aquella en la cual cambia por efecto de la interpretación el sentido material del precepto constitucional, pero teniendo como límite inquebrantable su mismo texto. Más allá del límite fijado por el Constituyente originario o deri-

vado, de acuerdo con este autor, la mutación constitucional constituye una anulación de la Constitución y un severo cuestionamiento a su fuerza normativa.

Pues bien, en estas líneas se han analizado varias sentencias de la Sala Constitucional y se ha examinado en qué medida se corresponden a los procesos de mutación constitucional descritos por Laband o Jellinek, o el mismo Hesse. En este sentido, son relevantes los procesos de mutación constitucional que se han originado a partir de las sentencias, hombre-mujer y el artículo 14 inciso 5) de la Constitución Política, sobre la omisión del legislador de dictar las leyes a que alude el Transitorio a la reforma del artículo 170 constitucional, así como el origen y el desarrollo del recurso de amparo electoral frente al artículo 48 ídem.

En el primer caso, la mutación constitucional tiene como límite inquebrantable el mismo texto de la Norma Fundamental, es decir el Derecho de la Constitución, que veda cualquier discriminación por razones de género, como se producía con anterioridad a la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional sobre el artículo 14 inciso 5) de la Constitución Política, el cual fue interpretado justamente a la luz del Derecho Internacional sobre Derechos Humanos, el cual como se ha indicado tiene una posición de privilegio en la escala de fuentes del ordenamiento jurídico costarricense, según lo ha potenciado la misma Sala Constitucional.

Pero son distintos los procesos de mutación constitucional que se han producido en los otros dos casos, en los cuales se ha debilitado, sin duda alguna, la fuerza normativa de la Constitución y su potestad de regular efectivamente todas las actuaciones de los poderes constituidos. Lo anterior por cuanto, el diseño de las corporaciones municipales actualmente difiere del previsto por el poder reformador de la Constitución, ante la inercia del legislador de dictar la normativa infraconstitucional necesaria para dotar a este precepto de eficacia plena (cuya fuerza normativa ha quedado severamente disminuida) y la negativa del Tribunal Constitucional de declarar inconstitucional esa inactividad, pese a la existencia de un plazo determinado por el poder reformador para la emisión de estas disposiciones.

Lo mismo se puede comentar respecto de la negativa de la Sala Constitucional de conocer aquellos recursos de amparo en los cuales se reclama la violación de derechos político-electorales, a pesar del sentido literal del artículo 48 constitucional. Es claro que tales derechos políticos son tan fundamentales como los derechos individuales o los derechos sociales, económicos y cul-

turales y, en esa medida, sin duda alguna le corresponde a la Sala Constitucional garantizar el pleno disfrute de estas libertades, en cuanto es exigido por fuerza de la norma aludida.

En este sentido, el hecho que el Tribunal Supremo de Elecciones ostente una competencia concurrente a la Sala Constitucional para conocer este tipo de asuntos (en cuya razón ha implementado jurisprudencialmente un proceso sumario al cual ha denominado recurso de amparo electoral) en modo alguno exime al Tribunal Constitucional de la carga de ejercer efectivamente sus potestades y asegurar el pleno disfrute de tales derechos.

También es evidente, como lo advirtió don Rodolfo Piza en su voto salvado a la sentencia No. 2150-92, de 8 de agosto, que mientras no exista un pronunciamiento, un acto o disposición expresa del Tribunal Supremo de Elecciones sobre el asunto que ha sido sometido a conocimiento de la Sala Constitucional, este último órgano tiene la obligación ineludible de resolver el caso y de restituir al particular afectado en el pleno goce de sus derechos y libertades fundamentales. En este sentido, no existe ninguna restricción para interponer un recurso de amparo en la Constitución, en tanto que las limitaciones legales únicamente se desprenden de una interpretación restrictiva del artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en cuyo inciso d) alude a los “*actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral*”, no así a la materia electoral propiamente dicha. De ahí, se repite, que la Sala Constitucional tenga la obligación de conocer un asunto en el cual se reclame la violación de derechos político-electorales, aunque se trate de materia electoral, siempre que no exista en ese caso algún pronunciamiento del Tribunal Supremo de Elecciones.

VI. Bibliografía

- Brenes Villalobos, L., D., y Rivera Sánchez, J., L, Recurso de amparo electoral, *Revista Derecho Electoral*, No. 1, Tribunal Supremo de Elecciones, primer semestre, 2006, San José.

- Castro Padilla, F., La jerarquía y aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico costarricense, en *La tutela de los Derechos Fundamentales en Costa Rica por medio del Recurso de Amparo* (con jurisprudencia), varios autores, Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, San José, 2007.

- Chavaría Duarte, H., La protección de los derechos fundamentales en materia electoral por parte del Tribunal Supremo de Elecciones: el amparo electoral, en *La tutela de los Derechos Fundamentales en Costa Rica por medio del Recurso de Amparo* (con jurisprudencia), varios autores, Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, San José, 2007.

- Cruz Villalón, P., Introducción a la versión en castellano de Hesse, K., *Escritos de derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Segunda Edición, Madrid, 1992.

- Dau-Lin, H., *Mutación de la Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1998.

- González-Trevijano Sánchez, P. J., *El Tribunal Constitucional*, Aranzandi, S. A., Navarra, 2000.

- Heller, H., *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1955.

- Hesse, K., *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Segunda Edición, Madrid, 1992.

- Hesse, K., y otros., *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid.

- Jellinek, G., *Teoría General del Estado*, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1943.

- Laband, P., Die Wandlungen der Deutschen Reichverfassung, publicado en el *Jahrbuch der Gehe-Stitung zu Dresen*, 1895.

- Muñoz Machado, S., *Constitución*, Iustel, Sociedad Anónima, 2004, pág. 227.

- Sánchez Urrutia, A. V., Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución, una aproximación al origen del concepto, en "*Revista Española de Derecho Constitucional*". Año 20, número 58, enero-abril, 2000.

- Schneider, H. P., *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

- Smend, R., *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

- Tocqueville, A., *La Democracia en América, Tomo 1*, Alianza, Madrid, 1989.

Sentencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica.

- Sentencia No. 1147-90 de 21 de septiembre;
- Sentencia No. 2150-92 de 8 de agosto;
- Sentencia No. 3435-92 de 11 de noviembre;
- Sentencia No. 2001-2603 de 3 de abril;
- Sentencia No. 2001-2787 5 de abril;
- Sentencia No. 2001-3173 de 25 de abril;
- Sentencia No. 2005-10382 de 10 de agosto;
- Sentencia No. 2006-09507 de 5 de julio;
- Sentencia No. 2006-10302 de 19 de julio;
- Sentencia No. 2007-1682 de 9 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo de Elecciones.

- Sentencia No. 303-E-2000, de 15 de febrero.

II. NOTAS

SUMARIO

- **José Luis Cea Egaña**, “Relaciones entre jurisdicciones para garantizar los derechos humanos en Chile: Tribunal Constitucional, Corte Suprema y Corte Interamericana”
- **Esther González Hernández**, “El control estatal sobre las Comunidades Autónomas: las reformas estatutarias y el supuesto de control extraordinario del artículo 155 CE. El control subsidiario del Tribunal Constitucional”
- **José M^a Martí Sánchez**, “La regulación del factor religioso en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha”
- **Juan Carlos Ortiz Pradillo y Ágata María Sanz Hermida**, “La reforma de la Administración de Justicia y la nueva Oficina Judicial: organización y eficacia de la Justicia en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha”
- **Antonio Cuerda Riezu**, “El velo islámico y el derecho a la propia imagen”
- **Marcos Augusto Maliska**, “A soberania estatal en tempos de globalizaçào e integraçào”

RELACIONES ENTRE JURISDICCIONES PARA
GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS EN CHILE:
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, CORTE SUPREMA Y
CORTE INTERAMERICANA*

José Luis Cea Egaña

Profesor Titular

P. Universidad Católica de Chile y Universidad de Chile
Ex Presidente y Actual Ministro del Tribunal Constitucional

SUMARIO

Introducción.

I. Aporte del nuevo constitucionalismo.

II. Constitucionalismo y política.

III. ¿Horizonte despejado?.

1. Posición de la doctrina.

2. Una sentencia decisiva.

3. Abriendo el surco.

4. Evaluación.

IV. Complementación sin suplantación.

V. Reacción con tensión.

VI. Una dificultad concreta.

VII. Oportunidades.

Epílogo.

* Conferencia ofrecida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha, en Toledo (España), el miércoles 9 de enero de 2008, en el Curso de Postgrado sobre Derechos Humanos y Garantías Constitucionales.

Agradezco a los catedráticos señores Eduardo Espín Templado y Francisco Javier Díaz Revorio, su invitación a participar en el Curso de Postgrado sobre Derechos Humanos y Garantías Constitucionales, impartido en la Facultad de Derecho de esta prestigiada Universidad. Había leído de ellos, y de otros distinguidos profesores de Castilla-La Mancha, algunas de sus interesantes publicaciones, ahora más fácilmente accesibles en Chile. Pero es, bien se comprende, una emoción gratísima conocerlos personalmente, departir con Uds. y, sobre todo, colaborar en la realización de un programa tan atractivo y relevante como es el mencionado.

Introducción

El tema de esta conferencia es novedoso y teóricamente no difícil de abordar, supuesto que haya buena voluntad para lograr la relación armónica anhelada. Pero este requisito no es fácil de cumplir, pues si los valores, principios y normas de la Carta Fundamental y los tratados respectivos son claros y coincidentes, ocurre que la interpretación de ellos y, sobre todo, los acontecimientos históricos, han ido generando dificultades que nos apartan del objetivo aludido.

Consecuentemente, debo admitir que, situado en perspectiva de contexto, el análisis que me corresponde efectuar se torna complejo en atención a lo ya dicho y a otro fenómeno fascinante, típico del cambio de época. Me refiero a la transformación del Derecho, una de cuyas expresiones es que está transcurriendo, imperceptible y, hasta cierto punto, inconscientemente, la interpenetración del Derecho Constitucional con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Este proceso se inició, en 1948, con el tópico del Derecho Humanitario o disciplina preocupada de someter al ordenamiento jurídico los conflictos violentos, nacionales e internacionales; y continuó, ya como Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en los tratados de 1966.

El comienzo recayó en la dogmática, para proseguir con los aspectos estructurales de la Organización de las Naciones Unidas y de otras entidades regionales, como la Organización de Estados Americanos. Si la parte dogmática de las Constituciones inspiró la sustancia del nuevo Derecho, ocurre que la parte orgánica de ellas está penetrándolo, por ejemplo, en relación con la instauración de la separación de autoridades, con frenos y contrapesos entre ellas.

El fenómeno arranca de causas diversas e interrelacionadas, de las cuales destaco las dos siguientes: primera, interna de los Estados Naciones, cual es la relativización de la soberanía para someterse a comisiones y tribunales inter o supranacionales, destinados a impartir justicia cuando los afectados no la hayan obtenido intraestatalmente; y segunda, externa a ellos, o sea, la necesidad de regular la globalización, controlando un curso de acontecimientos desbocado, en que la especulación con el precio de materias primas, la planificación de asociaciones terroristas y de pedófilos, la depredación del medio o ambiente, la transmisión de enfermedades contagiosas, el lavado de dinero y otros ilícitos vinculados al tráfico de estupefacientes, amenazan el desarrollo de los pueblos, provocan migraciones masivas y clandestinas, lesionan la paz y el entendimiento entre gobernantes y pueblos¹.

Me propongo en esta conferencia exponer una visión de la primera de las causas resumidas, aunque insisto en que, sólo con fines analíticos, conviene separarla de la segunda de ellas. Para coincidir en lo dicho basta considerar que la relativización de la soberanía alienta las patologías de la globalización y éstas, a su vez, perjudican el respeto de la dignidad humana y de los derechos que le son intrínsecos.

Abordaré la relación armónica² que me ocupa desde un triple punto de vista: la jerarquía de los preceptos involucrados; la complementación de ordenamientos sustantivos y jurisdicciones, aclarando que el peligro estriba en invertir los términos; y la eficacia de las sentencias pronunciadas por la Corte Interamericana.

Tengo, sin embargo, que manifestar un temor, esto es, que el sesgo ideológico de algunos jueces en las magistraturas, sean nacionales o internacionales, inducidos por fuerzas políticas, dificulte el despliegue de un proceso cuyo objetivo tendría que ser la cooperación perdurable y sin tensión.

1. Consúltense Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (compiladores): *Estado Constitucional y Globalización* (México DF., Ed. Porrúa – UNAM, 2003); Giovanni Maria Flick: *La Globalizzazione del Diritti. Il Contributo dell' Europa dal Mercato ai Valori* (Casale Monferrato, Ed. Piemme, 2004); y Dan Sarooshi: *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers* (Oxford, Oxford University Press, 2007).

2. Según el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* (Madrid, Ed. Espasa Calpe, 2001) T. I pág. 207, armonizar es hacer que no discuerden o se rechacen dos o más partes de un todo, o dos o más cosas que deben concurrir al mismo fin. Armonización, a su vez, es el sustantivo que denota la acción y efecto de armonizar. Considero que los significados transcritos explican adecuadamente el objetivo de integración, en un sistema o conjunto coherente, de las dos disciplinas jurídicas señaladas.

Aclaro, por último, que no son sinónimos el Derecho Internacional Público en general, por un lado, y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de otro. Permítaseme, para no desviar la línea de análisis, decir que este último coincide con el primero, pero sólo en parte porque lo suplementa en su objetivo específico, es decir, la protección y defensa de los derechos que fluyen de la dignidad de la persona³.

I. Aporte del nuevo constitucionalismo

El Derecho Constitucional es la disciplina que, en las últimas décadas, ha tenido las transformaciones más profundas del sistema jurídico. Correctamente, entonces, puede hablarse de un nuevo constitucionalismo⁴. Ya destacué su incisión recíproca con el Derecho Internacional Público y ahora deseo apuntar otros rasgos en idéntica dirección.

Desde luego, la aplicación directa e inmediata de la Carta Fundamental como fuente suprema del ordenamiento jurídico. Luego, la articulación de valores y principios superiores, abiertos a las oportunidades hermenéuticas y, cada día, más lejanas a la crítica de ser conceptos indeterminados o vaguedades gloriosas. Agrego la identificación nítida con el personalismo en cuanto parámetro supremo con el cual evaluar el ordenamiento positivo, ceñido a una antropología humanista⁵. Prosigo aludiendo a la creciente complejidad de la estructura de gobierno, pero para servir la axiología ya destacada y reconociendo la autonomía de la Sociedad Civil en su contribución a la realización del bien común. La idea misma del origen, objetivo, cambio e implementación de la Constitución, no más anclada sólo a la arquitectura trazada desde Sieyes⁶,

3. Revisense las obras de Miguel Carbonell (editor): *Neoconstitucionalismo* (s) (Madrid, Ed. Trotta, 2005) y *Teoría del Neoconstitucionalismo Ensayos Escogidos* (Madrid, Ed. Trotta, 2007).

4. Peter Häberle: *El Estado Constitucional* (Lima, Ed. P. Universidad Católica del Perú – UNAM, 2003) págs. 169 ss.

5. Cuya reelaboración y complementación, ya clásica, hizo R. Carré de Malberg: *Teoría General del Estado* (1922) (México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., 1998) págs. 1161 ss.

6. Véase Christophe Swinarki: “Perspectivas del Derecho Internacional Humanitario”, en Jeannette Irigoien Barrenne (editora): *Nuevas Dimensiones en la Protección del Individuo* (Santiago, Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, 1991) págs. 151 ss.; Cecilia Medina Quiroga: “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Cecilia Medina Quiroga (editora): *Manual de Enseñanza de los Derechos Humanos* (Santiago, Imp. La Unión, 1990) págs. 11 ss.; y Daniel O’Donnell: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, Jurisprudencia y Doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano* (Santiago de Chile, Salesianos Impresores, 2007) págs. 27 ss.

pues se halla modificada y enriquecida por la participación ciudadana en la democracia semirepresentativa, particularmente mediante referendos; la supremacía que se irradia al régimen normativo entero, ganando en vigencia efectiva; la judicatura creativa del Derecho y no modulante de las palabras del legislador; la ley sometida al espíritu, la letra y los procedimientos fijados en el Código político; la Justicia Constitucional, en la cima institucional del Estado, leal a su misión garantista del respeto de la Constitución; y el seguimiento de esa jurisprudencia, sea o no a través de precedentes, en sentido tradicional⁷. En la línea resumida cabe ubicar, finalmente, las técnicas desarrolladas por el nuevo constitucionalismo, especialmente con el propósito de progresar hacia la sumisión del Poder al Derecho, interno e internacionalmente concebido.

En esa perspectiva renovada la primera fuente de la relación armónica que buscamos ha de hallarse en el objetivo humanista que es común a los valores, principios y disposiciones del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Trátase de una integración cuya secuela es instaurar un patrimonio jurídico, supremo y común, para la persona como ciudadano del mundo. Es el constitucionalismo global, quiero decir, interno de los Estados, internacional y supraestatalmente concebido⁸.

Consecuentemente, tendría que existir coincidencia unánime entre jueces, juristas, legisladores y funcionarios en la consecución de tal finalidad humanista. En términos más concretos, agrego que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de la Corte Suprema y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos habría de reflejar criterios de interpretación pacíficos tales como el *pro homine*, el de progresividad de los derechos, retroalimentación optimizadora, consonancia entre los atributos inalienables, interdicción de la regresividad y el de hermenéutica dinámica, finalista y evolutiva⁹.

En búsqueda de la relación armónica que anhelamos, han sido concebidas cuatro alternativas como elementos de una matriz que las agota:

7. Luigi Ferrajoli: *Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil* (Madrid, Ed. Trotta, 1999) págs. 15 ss. Véase también Miguel Carbonell y Pedro Salazar (editores): *Garantismo. Estudios sobre el Pensamiento Jurídico de Luigi Ferrajoli* (Madrid, Ed. Trotta, 2005).

8. Revisese Humberto Nogueira Alcalá: *I Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales* (Santiago de Chile, Ed. Librotecnia, 2007) págs. 195 ss.

9. Consúltese José Luis Caballero Ochoa: "El Derecho Internacional en la Integración Constitucional. Elementos para una Hermenéutica de los Derechos Fundamentales", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* N° 6 (2006) págs. 79 ss.

- Asignar rango supra-constitucional a los tratados pertinentes;
- Igualarlos con la normativa constitucional en vigor;
- Reconocer a esas convenciones la jerarquía de cuerpos de disposiciones supralegales; y
- Nivelar los tratados en cuestión con las leyes puras y simples.

En relación con lo expuesto agrego una tercera serie de técnicas. Me refiero a que, la premisa humanista ya propugnada, implica una serie de consecuencias, de las cuales destaco el imperativo de homologar la jerarquía de los ordenamientos jurídicos involucrados, igualando el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional referido; supuesta tal isonomía, asume la necesidad de aplicar, directa e inmediatamente, aquel Derecho Internacional en las decisiones judiciales y políticas internas; y, por último, presupone la exigencia de comprenderlo, interpretarlo y llevarlo a la práctica con la finalidad ya puntualizada, reflejo de lo cual tiene que ser la jurisprudencia y el cumplimiento leal de lo resuelto en ella¹⁰.

II. Constitucionalismo y política

Fluye de lo razonado que son variadas, ciertas y asociadas las vías prácticas a través de las cuales podemos concertar, en el ámbito interno de nuestros Estados, la aplicación del Bloque Constitucional, por un lado, con los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos, de otro. Una sistematización de tales vías es la siguiente:

- Incorporación a las Cartas Fundamentales de cláusulas abiertas a favor de la protección y promoción de los derechos aludidos;
- Aplicación, directa e inmediata, de la Constitución en la materia, sin necesidad de esperar la regulación legislativa y, aún mediando ésta, prescindiendo de ella, o bien, pronunciando su inaplicabilidad inter partes o la inconstitucionalidad *erga omnes* cuando vulnera la Carta Fundamental;
- Constitucionalización progresiva de los instrumentos internacionales y su subsecuente aplicación directa;

10. Allan R. Brewer-Carías: “La Aplicación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en el Orden Interno. Estudio de Derecho Constitucional Comparado Latinoamericano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* N° 6 (2006) págs. 29 ss.

- Finalmente, inserción en las Constituciones de reglas de interpretación, armónicas con las contempladas en los tratados respectivos.

El esquema resumido es claro, pese a lo cual, en Chile al menos, no se ha llegado a consenso en las categorías primera y segunda, o sea, en las principales. ¿Por qué nos hallamos detenidos?. Respondo reiterando la referencia a los problemas políticos no resueltos, derivados de la violación de derechos humanos durante el autoritarismo castrense. La indagación, sin embargo, tiene que retroceder históricamente más, llegando a la mayor crisis institucional de Chile en su ya casi bicentenaria trayectoria republicana¹¹. Me refiero a la destrucción de la democracia, fraguada desde fines de la década de 1960 y culminada en septiembre de 1973. Entonces, también fue quebrantada la dignidad humana, aunque en términos incomparables con lo que ocurrió después.

Consecuente con lo dicho, creo que la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos dentro de las fronteras estatales, así como el respeto de la jurisprudencia respectiva de la Corte Interamericana, son viables únicamente cuando predomina un ambiente de libertad e igualdad en orden, paz y justicia. Ese supuesto político es, exactamente, el cuestionable en Chile, al menos en ligamen con la memoria histórica de 1970 a 1990. Hemos intentado la reconciliación política, después la solución judicial interna de las violaciones de los derechos humanos, pasando a la Comisión y a la Corte Interamericana en tercer término, para culminar, en la actualidad, en un proceso que podría ser calificado como intento de solución judicial de cuestiones políticas. Lamentablemente, la secuela de ese proceso termina siendo negativa por el desgaste de energías, sin que se arribe a desenlace definitivo¹². La tesis de cierta doctrina, que va abriéndose paso en la jurisprudencia, vuelve aún más problemático el consenso que buscamos al plantear la sumisión de la jurisdicción interna a la internacional, incluyendo la Justicia Constitucional, con base en tesis interpretativas para eludir la reforma de la Carta Política¹³.

11. Claudio Nash Rojas: "Los Derechos Fundamentales. El Desafío para el Constitucionalismo Chileno del Siglo XXI", *III Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Montevideo, Honrad Adenauer Stiftung, 2006) págs. 1305 ss.

12. Humberto Nogueira Alcalá: "Los Desafíos de la Sentencia de la Corte Interamericana en el Caso Almonacid Arellano", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay* N° 2 (2007) págs. 153 ss.

13. Véase a Edgardo Boeninger Kausel: *Democracia en Chile. Lecciones para la Gobernabilidad* (Santiago, Ed. Andrés Bello, 1997) págs.151 ss.

III. ¿Horizonte despejado?

Al cabo de treinta y cuatro años de la instauración del gobierno de facto y dieciocho años de la restauración democrática, Chile carece del constitucionalismo global anhelado y no diviso el cambio que propugnamos. La jurisprudencia parece así demostrarlo, porque la Corte Suprema ha recepcionado la doctrina de los fallos de la Corte Interamericana, pero el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado aún, evitando hacerlo sin un requerimiento preciso que se lo exija.

1. Posición de la Doctrina

Aunque la situación está cambiando a favor de la relación armónica, lo cierto es que todavía nos encontramos con la realidad descrita en los párrafos que inserto a continuación, representativos de la mayoría de la doctrina preocupada del tema¹⁴:

1º La Constitución no reconoce explícitamente el rango constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos, aunque, como sabemos, algunos plantean que la reforma constitucional de agosto de 1989, que modificó el contenido del artículo 5 inciso 2º¹⁵ de la Constitución les otorga –implícitamente– ese rango normativo.

2º La doctrina especializada ha entendido que, desde la vigencia de la aludida reforma constitucional, el catálogo de derechos fundamentales asegurados a todas las personas en Chile no es taxativo, esto es, que no sólo se compone de los derechos explícitamente consignados en el artículo 19 de la Constitución, sino que se encuentra complementado por todos aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana recogidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes¹⁶. En otras Cartas Fundamentales una afirmación de esta naturaleza es sólo

14. Consúltense Marisol Peña Torres: “La Aplicación de los Derechos Humanos en el Tribunal Constitucional Chileno”, fuente inédita de la cual extraigo las citas siguientes.

15. La reforma verificada por Ley Nº 18.825 agregó una frase, a continuación de aquella que señalaba que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” del siguiente tenor: “es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

16. Véase, por ejemplo, José Luis Cea Egaña: *II Derecho Constitucional Chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004), pág. 49 y Angela Vivanco Martínez: *II Curso de Derecho Constitucional* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006) pág. 239.

un tema de interpretación doctrinal, pues la propia Constitución se ha pronunciado al respecto. Así ocurre, por ejemplo, en la Carta de Colombia, cuyo artículo 94 precisa: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no deben entenderse como negación de otros que siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”

3º No existe tampoco en Chile una norma constitucional explícita que obligue a interpretar las disposiciones sobre derechos fundamentales de conformidad con los parámetros que derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El contraste, en esta materia, con otras Constituciones es evidente. En el caso de la Constitución de España, su artículo 10 N° 2 indica que “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Lo anterior no significa desconocer, a mi juicio, el criterio hermenéutico implícito que se desprende del artículo 5 inciso 2º de nuestra Carta Fundamental, pues me parece que la intención del Poder Constituyente de 1989 ha sido, claramente, establecer un límite para la actuación de los órganos del Estado derivado de la necesidad de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, consagrados tanto en tratados internacionales como en la propia Constitución”.

2. Una Sentencia Decisiva

Cuanto acaba de ser expuesto con el carácter de doctrina predominante, se halla corroborado en los considerandos 28º, 29º, 30º, 31º, 35º, 45º y 50º de la sentencia del Tribunal Constitucional dictada el 8 de abril de 2002 (rol N° 346), acogiendo el requerimiento deducido por más de la cuarta parte de la Cámara de Diputados, para que declarara inconstitucional el Estatuto de Roma, a la sazón en trámite de aprobación en el Congreso Nacional. De ese fallo relevante, cuya tesis el expositor aclara que no comparte¹⁷, reproduzco los considerandos mencionados:

17. La posición del autor en el punto se halla en su libro *I Derecho Constitucional Chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002) págs. 224 ss.

Que, de un examen exhaustivo del Estatuto de la Corte Penal Internacional, es evidente que es la propia Corte la que resuelve sobre su competencia para conocer de las materias entregadas a su conocimiento y, como aparece con claridad de las disposiciones transcritas e indicadas del Estatuto de Roma, la Corte Penal Internacional ejerce su jurisdicción en algunas materias de su competencia corrigiendo o sustituyendo la de los Estados Partes;

(...)

Que, los tribunales internacionales establecidos en tratados ratificados por Chile, como por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de San José de Costa Rica, y el Estatuto de la Corte Penal Internacional de Justicia de la Haya, no tienen una supervigilancia correctiva o sustitutiva de las resoluciones de los tribunales nacionales;

(...)

Que, la naturaleza jurídica de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional atentaría por ello contra el principio de “soberanía nacional”, establecido en el artículo 5° del Capítulo I, de nuestra Constitución Política;

Que, como la función jurisdiccional es expresión del ejercicio de la soberanía, sólo la pueden cumplir las autoridades que la Constitución establece. El mandato de su artículo 5° inciso primero no admite dudas sobre el particular, sea que las autoridades jurisdiccionales a que alude se encuentren dentro o fuera del “Poder Judicial”. De esta manera, a la Corte Penal Internacional el Tratado, precisamente, le otorga jurisdicción para eventualmente conocer de conflictos ocurridos dentro del territorio de la República, y que deberían ser de competencia de algún tribunal nacional. Este específico reconocimiento de potestad jurisdiccional para ser ejercida por una autoridad no establecida por nuestra Carta, entra en frontal colisión con la norma recordada, por lo que hace evidente su inconciliabilidad;

(...)

Que de las disposiciones invocadas, debe concluirse que todo conflicto en cuya solución exista un interés público comprometido queda necesaria-

mente sometido al conocimiento y decisión de los tribunales establecidos por la ley chilena.

Por el contrario, si estamos en presencia de derechos disponibles, podrá prorrogarse la competencia entre tribunales nacionales e incluso, como se ha hecho, a tribunales internacionales o de otros países.

Las materias cuyo conocimiento se entrega a la Corte Penal Internacional, por su naturaleza, son improrrogables por lo cual, para que Chile reconozca la jurisdicción de tribunales supranacionales, deberá incorporar una nueva preceptiva constitucional a su sistema interno”.

3. Abriendo el Surco

La sentencia del Tribunal Constitucional antes transcrita se ha erigido en una valla insalvable no sólo para la aprobación del Estatuto de Roma sino que, en dimensión más amplia, a los fines de decepcionar, fluidamente, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En pugna con la tesis sostenida en esa sentencia, en los últimos años las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema ha dictado fallos que, en términos categóricos, se fundamentan en varias de las técnicas del neoconstitucionalismo ya mencionadas. A continuación, presento una selección de tales fallos¹⁸:

“Que el Derecho Internacional Humanitario se encuentra esencialmente contenido en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, sobre Tratamiento a los Prisioneros de Guerra y a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra, ratificados por Chile en decreto supremo N° 732, y publicados en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, en la actualidad ratificados por prácticamente todos los países del mundo;

(...)

Que la “universalidad” del principio de imparcialidad, predicada en el Preámbulo de la Convención de 1968, es demostrativa del carácter pura-

18. Reproducidos íntegramente en Humberto Nogueira Alcalá, *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, cit., fuente de la cual se extraen los acápite insertados en el presente texto. Consúltese también Gerardo Bernal Rojas: “La Imprescriptibilidad de la Acción Penal en Procesos por Violaciones a los Derechos Humanos”, *XII Revista Ius et Praxis* (Talca, Facultad de Derecho de la Universidad de Talca, 2007) págs. 245 ss.

mente declarativo que el instrumento internacional asigna a esa institución, el que se refuerza a partir de la simple lectura de su artículo I, en cuanto precisa que los crímenes de guerra (letra a) y de lesa humanidad (letra b) “Son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”.

En otras palabras, la Convención no se limitó a enunciar esta regla, si no que a afirmarla, mediante su positivación, ya que ella operaba a la fecha como derecho consuetudinario internacional. Así, por lo demás, se evidencia en los trabajos preparatorios de la Convención, como queda de manifiesto en los Informes de la Comisión de Derecho Internacional y en la Resolución 3 (XXII), aprobada por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas por Resolución 1.158 (XLI), de 5 de agosto de 1966 y Resolución (XXIII) de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1967.

(...)

Que, además de los informes de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, relacionados en la reflexión 15 “precedente, la Corte Interamericana ha tenido oportunidad de pronunciarse en el sentido de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, en numerosas sentencias, como verbigracia en los casos Velásquez Rodríguez (sent. de 29.07.88 Serie C.⁹⁴); Godínez Cruz (sent. De 20-0189, Serie C. N° 5) y Blake (sent. de 24.01.88 Serie C. N° 36), y muy especialmente, en la reciente “Almonacid Arellano y otros versus Chile” de 26.09.2006, donde explícitamente se califica el homicidio perpetrado por agentes del Estado en la persona de don Luis Alfredo Almonacid Arellano, como un crimen de lesa humanidad, agregando que la prohibición de cometer esta clase de ilícitos “es una norma de *ius cogens* y la penalización de estos crímenes es obligatoria, conforme al derecho internacional general” (Consid. 99°).

(...)

Que la Corte Permanente de Justicia Internacional ha dictaminado que es un principio de Derecho de Gentes generalmente reconocido que, en las relaciones entre potencias contratantes, las disposiciones del derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un tratado, y que un Estado no puede invocar su propia Constitución, para sustraerse a las obligaciones que impone el Derecho Internacional a los tratados vigentes.

Que, como lo ha señalado esta misma Corte Suprema en reiteradas sentencias, de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, “valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos” (S.C.S., 30.01.996).

Que la jurisprudencia y doctrina nacionales, desde muy antiguo, han reconocido, la prevalencia del Derecho internacional, en el supuesto de contradecir éste el derecho interno¹⁹.

(...)

Que, en esta perspectiva, la llamada ley de amnistía puede ser claramente incardinada como un acto de autoexoneración de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos, pues se dictó con posterioridad a ellos, por quienes detentaban el poder durante y después de los hechos, garantizando de esta manera, la impunidad de sus responsables, conculcando así el artículo 148 del IV Convenio de Ginebra;

Que, por ende, el Decreto Ley N° 2.191, de mil novecientos setenta y ocho, deber ser interpretado en un sentido conforme con los Convenios de Ginebra, por lo que es inexecutable respecto a las contravenciones graves contra los derechos esenciales determinados en ellos y cometidos en nuestro país durante su vigencia;

Que, desde otro punto de vista y atendida la naturaleza de los hechos pesquisados, con arreglo a los antecedentes reunidos hasta estas alturas de la indagación, hacen procedente concluir que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica ha dado en denominar delitos contra la humanidad;

(...)

Que se denominan crímenes de lesa humanidad aquellos injustos que no sólo contravienen los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las

19. Considerandos 6°, 16°, 19°, 21°, 22° y 23° de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 13 de diciembre de 2006 (rol N° 559-04), denominado “Caso Molco”, reproducido en págs. 145 ss. de la fuente citada en la nota precedente.

leyes penales, sino que, al mismo tiempo, suponen una negación de la personalidad moral del hombre, que se manifiesta, como caso extremo, cuando se mira al individuo como una cosa. De suerte tal que para la configuración de este ilícito existe una íntima conexión entre los delitos de orden común y un valor agregado que se desprende de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona, porque la característica principal de esta figura es la forma cruel y bestial con que diversos hechos criminales son perpetrados, lo que se contraría de forma evidente y manifiesta con el más básico concepto de humanidad, destacándose también la presencia de ensañamiento con una especial clase de individuos, conjugando así un eminente elemento intencional, en tanto tendencia interior específica de la voluntad del agente;

(...)

Que entre las características que distinguen este tipo de transgresiones se destacan la imprescriptibilidad, la imposibilidad de amnistiarlos y de consagrar excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de graves violaciones a los derechos esenciales tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extra legales o arbitrarias y las desapariciones forzada, todas ellas prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos;

Que la indicada consagración del derecho de gentes y su aceptación permiten considerar que existía a la época del hecho criminoso de autos, un sistema de protección de derecho obligatorio para el Estado de Chile, independientemente del consentimiento expreso de las naciones vinculadas y que se conoce como reglas imperativas de derecho internacional o *ius cogens*. Tales patrones se imponen a los Estados y prohíben los crímenes de lesa humanidad, incluso durante el desarrollo de conflictos de carácter internacional o internos. Este derecho perentorio internacional implica el rechazo *in limine* por las naciones civilizadas de injustos que repugnan a la conciencia humana y que constituyen crímenes contra la humanidad.

Dichas disposiciones conforman el derecho internacional preceptivo el cual junto con el derecho internacional convencional, forman parte integrante del derecho chileno.

(...)

Que, de igual manera, el inciso segundo del artículo 5 de la Constitución, preceptúa que el ejercicio de la soberanía se encuentra limitado por “los derechos esenciales de la persona humana” siendo “deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes”, valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el Poder Constituyente derivado, lo que impide que sean desconocidos, aun en virtud de consideraciones de oportunidad en la política social o de razones perentorias de Estado para traspasar esos límites, otorgándole rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

En definitiva, los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos, y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como así mismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esa obligación no sólo deriva del mentado artículo 5º, sino también del 1º, incisos primero y cuarto, y 19, N° 26, de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales, entre éstos del artículo 1º común a los Cuatro Convenios de Ginebra, que establece el deber de los Estados Partes de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario”²⁰.

4. Evaluación

El análisis comparativo de la jurisprudencia y doctrinas transcritas permite concluir que no es sencillo forjar una relación armónica entre las tres jurisdicciones nacionales que me ocupan, dificultad que aleja la realización de cuanto implica la expresión máxima del neoconstitucionalismo, esto es, la entronización de un constitucionalismo global. Ciertamente es que esas fuentes del Derecho versan sólo acerca de casos penales, pero se torna problemático acotar las secue-

20. Considerandos 24º, 25º, 26º, 27º, 30º, 31º y 39º de la sentencia dictada por la Corte Suprema el 13 de marzo de 2007 (rol N° 3125-04), reproducida en la fuente ya indicada, págs. 160 ss.

las negativas que esos pronunciamientos tienen en el ámbito de los demás derechos esenciales, atendida la unidad de todos ellos y de su fuente única, la dignidad humana.

IV. Complementación sin suplantación

El preámbulo del Pacto de San José de Costa Rica, de 1969, proclama el carácter convencional y coadyuvante o complementario de sus principios y normas. El mismo criterio matriz se repite en el artículo 46 N° 1 letra a) de esa Convención, en cuanto a la necesidad de haberse agotado los recursos de la jurisdicción interna para considerar habilitado el acceso a la magistratura regional aludida²¹.

El sentido y alcance de los términos mencionados es claro, pues significan, en el caso del verbo *coadyuvar*, contribuir, asistir o ayudar a la consecución de un objetivo; y en cuanto al verbo *complementar*, indica algo que sirve para completar o perfeccionar el asunto de que se trata²². Lo expuesto queda corroborado con la idea de agotamiento del orden jurídico interno sin haber tenido acceso a la jurisdicción, supuesto que allana el ejercicio de sus atribuciones por tribunales supra o internacionales en calidad de suplemento del sistema interno²³.

Obviamente, la interpretación de esos principios y normas por la Comisión y la Corte Interamericanas tiene que ser efectuada con sujeción al postulado mencionado y aplicando los estándares de hermenéutica contemplados en el Pacto y en los países suscriptores de él.

Ese carácter supletorio, esencial en la manifestación del consentimiento de las partes que suscribieron la Convención de Costa Rica, ha guiado la imple-

21. El artículo 31 número 2 del reglamento de la Corte repite idéntico criterio.

22. Diccionario cit., T. I págs. 572 y 605.

23. Ilustro esa deducción con la sustitución de los artículos 39 a 45 de la Constitución chilena de 1980, hecha mediante la reforma de 2005, reemplazando el texto y espíritu de los principios y disposiciones relativos a los estados de excepción, concebidos con rasgos autoritarios, por otros congruentes con el humanismo presente en el Pacto de San José de Costa Rica. Revítese, al respecto, Francisco Zúñiga Urbina (editor): *Reforma Constitucional de 2005* (Santiago, Ed. Lexis Nexis, 2005); y Humberto Nogueira Alcalá: *Reforma de la Constitución de 1980* (Santiago, Imp. Librotecnia, 2006). En el punto preciso comentado véase Emilio Pfeffer Urquiaga: *Historia Fidedigna de la Reforma Constitucional de 2005* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2006) págs. 355 ss.

mentación de sus preceptos. Dicha característica, demostrativa de la aplicación de los criterios de interpretación realizados al iniciar esta conferencia, debe ser destacada pues, de manera mediata y legítima, va inspirando al Poder Constituyente, a legisladores y jueces, en fin, a la doctrina para propugnar la aprobación de reformas de los ordenamientos internos respectivos. Consiguientemente, aunque de modo más lento, el cambio realizado ha generado modificaciones que aproximan tales ordenamientos al ideal de un Derecho mejor, sustantiva y procesalmente entendido²⁴. Se cumplen así aquellos principios de interpretación en una vertiente múltiple: reformas constitucionales y legales, criterios hermenéuticos y aplicación efectiva de los valores, parámetros y disposiciones favorables a la protección y promoción de la dignidad humana y los derechos que fluyen de ella, articulados en los tratados internacionales pertinentes²⁵.

Lamentablemente, tal tendencia, afín con la índole complementaria del Pacto, ha comenzado a ser sustituida por la contraria. La más reciente decisión de la Comisión y de la Corte²⁶ así lo demuestran, suscitando el aplauso de quienes anhelan subordinar los ordenamientos internos a la normativa interamericana, a la vez que la crítica de quienes descubren designios ideológicos en esa orientación. En la realidad, dicha inversión de parámetro va convirtiendo al Pacto en un proceso con tercera instancia, revisora de los hechos y el Derecho aplicado intraestatalmente, criterio ignorado al ser aprobado y opuesto a la índole subsidiaria de sus principios y disposiciones, concordadas cuando fue ratificado y puesto en vigencia. Más delicado aún: dicha inversión de parámetro insinúa ahora una cuarta instancia, configurada por el anuncio de requerimientos deducidos ante el Tribunal Constitucional alegando que, mientras esta Magistratura no se pronuncie al respecto, entonces tampoco puede reputarse cumplida la condición de hallarse extenuado el acceso a la jurisdicción interna, con respeto del proceso justo; y si el Tribunal no acoge el requerimiento, se irá a la Comisión y a la Corte de Costa Rica a fin que imponga su criterio.

24. Cecilia Medina Quiroga y Jorge Mesa Figueroa (editores): *Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El Derecho Nacional y las Obligaciones Internacionales de Chile en Materia de Derechos Humanos* (Santiago de Chile, Imprenta Alfabeta, 1996).

25. Allan R. Brewer-Carías, cit., págs. 30 y 75 ss.

26. Consúltese, en general, la jurisprudencia comentada en Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (editores): *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2006* pág. 167; y Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (editores): *Anuario de Derechos Humanos 2006* págs. 139 ss. Véase también Corte Interamericana de Derechos Humanos: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de siglo: 1979-2004* (San José de Costa Rica, Editorama, 2005).

La vía recorrida para cambiar el sistema se halla en las excepciones a la regla general que exige el agotamiento de la jurisdicción nacional. Efectivamente, no es indispensable cumplir ese supuesto exhaustivo cuando tampoco existe en la legislación interna del Estado en cuestión el proceso justo o debido para la protección de los derechos conculcados; o en la hipótesis que no se haya permitido al presunto lesionado en sus atributos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna; o que ese sujeto haya sido impedido de agotarlos; o, por último, que exista retardo injustificado en la decisión de los arbitrios mencionados²⁷.

La amplitud de esas causales, pese a la hermenéutica restrictiva que merecen por su índole de excepciones al principio del agotamiento, ha posibilitado la presentación y acogida de acciones protectoras de los derechos humanos, en particular a propósito de lesiones de índole penal. Pero tal acogida no ha sido sin secuelas, de las cuales destaco el nudo parlamentario que impide aprobar en Chile el Tratado de Roma²⁸ y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas²⁹.

V. Reacción con tensión

El problema se agrava al considerar que la nueva línea jurisprudencial y el apoyo a ella de un sector de la doctrina afirman estar respetando la característica comentada pero, a la vez, acudiendo a criterios de hermenéutica que amplían y profundizan el rasgo prioritario que se critica. Me refiero a que, con base en el *ius cogens*, previsto en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados³⁰; en el concepto de crímenes de lesa humanidad, tipificado en la

27. Las sentencias recaídas en los casos “La Última Tentación de Cristo”, de 5 de febrero de 2001 (Serie C Nº 73) y “Palamara”, de 18 de junio de 2005 (Serie C Nº 97) pueden, en opinión del autor, reputarse argumentadas razonablemente y no susceptibles de reproches sustanciales. Distinto es el caso “Almonacid Arellano y Otros”, decidida el 26 de septiembre de 2006, cuya sentencia aparece reproducida en la Revista citada en supra nota 6 págs. 217 ss.; y en Humberto Nogueira, *Derechos Fundamentales*, cit., pp. 144 ss. Véase, igualmente, José Zalaquett Daher: “El Caso Almonacid. La Noción de una Obligación Imperativa de Derecho Internacional de Enjuiciar Ciertos Crímenes”, *Anuario de Derechos Humanos* (2007) págs. 183-194.

28. Revítese Edmundo Vargas Carreño: *Derecho Internacional Público de acuerdo a las Normas y Prácticas que rigen en el Siglo XXI* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2007) págs. 573 ss.

29. El Tribunal Constitucional, en sentencia fechada el 5 de septiembre de 2003 (rol Nº 383.09-003), declaró inconstitucional, por motivos de forma, el proyecto de acuerdo que aprobaba la Convención aludida.

30. Según el precepto citado, “(...) una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”

Convención que creó la Corte Penal Internacional³¹ no ratificada todavía por una minoría de países, entre ellos Chile; y en secuelas tales como la imprescriptibilidad de esos crímenes, la prohibición de amnistiarlos y la desestimación de la cosa juzgada en el orden interno, se han reabierto las polémicas, incluso en los tribunales³², acerca de los hechos ocurridos en varios países de América Latina durante las dictaduras concluidas veinte o más años atrás. La denominada memoria histórica, catalizadora de divisiones apaciguadas por consenso, reaparece con sus nocivas secuelas³³. Ilustro lo recién expuesto remitiéndome a las sentencias de la Corte Suprema reproducidas en el párrafo III de este texto.

El asunto ha comenzado a derivar en una reacción inesperada, cual es que los otrora Estados o sujetos denunciados a la Comisión y afectados por las resoluciones de la Corte comienzan, ante la reapertura de los procesos con fundamento en las alegaciones aludidas, a recurrir en contra de los jueces nacionales alegando que les han denegado justicia.

La pugna, probablemente, llegue al Tribunal Constitucional, requiriendo que declare inaplicable y, después, inconstitucional con efectos *erga omnes*, las disposiciones legales invocadas por la Corte Suprema para pronunciar la prescripción en los litigios mencionados. Será ese también el momento de precisar el mérito constitucional del artículo 54 N° 1 inciso 5 de la Constitución incorporado por la reforma de 2005³⁴. No emite el autor aquí ninguna opinión al respecto para no incurrir en causal de implicancia que le impida servir después su ministerio³⁵.

Se va alejando, entonces, la reconciliación con paz y renunciamentos, que nuestros países requieren para lograr el desarrollo humano sostenido. En su

31. Gustavo Gallón et al.: “Una Revisión Crítica del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Pasado, Presente y Futuro”, *Anuario de Derechos Humanos* (2007) págs. 53-82.

32. La Sala Penal de la Corte Suprema dictó, según lo informado en “*El Mercurio*” de Santiago (14 de noviembre de 2007), sentencia aplicando la prescripción, con lo cual absolvió a un coronel ® procesado por violación de derechos humanos durante el régimen militar. Ese fallo contradice, sin embargo, otros pronunciados por la misma Sala en los meses anteriores, explicándose la diferencia por el cambio de uno de los cinco Ministros que la integró en los pronunciamientos precedentes y no en el recién citado.

33. Tal es el caso del proyecto de ley, en sus trámites parlamentarios finales, que crea el Instituto Chileno de Derechos Humanos, habilitándolo para deducir acciones civiles y penales en la jurisdicción interna e interamericana.

34. Dice la norma citada que “Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”.

35. Artículo 19 de la ley N° 17.997, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

lugar, reanudamos las acusaciones recíprocas, esta vez ante organismos internacionales y regionales. En tal clima de antagonismos se torna difícil forjar una relación armónica entre el Derecho Constitucional con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, porque esa integración asume una voluntad política de entendimiento, deponiendo demandas y querellas debido a la convicción, modesta y francamente asumida, que ninguno de los antiguos contendientes puede presumirse exento de culpa en la destrucción de la democracia, ni eximido del deber de restaurarla, desarrollarla y defenderla.

VI. Una dificultad concreta

La armonización planteada se enfrenta con otro obstáculo. Me refiero al cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana. Es un nuevo escollo delicado, porque en Chile no ha ocurrido lo que en la mayoría de los países de América Latina, o sea, que esa valla fue removida legislando para tal efecto. Entre nosotros, por el contrario, subsiste el antiguo régimen del *exequatur*³⁶, engorroso y prolongado³⁷. Pese a ello, mi país ha honrado tales fallos, disponiendo cumplirlos en el orden interno³⁸.

Sin embargo, el obstáculo aludido ha sido paulatinamente desplazado, siguiendo un camino que torna inútil afrontarlo. Me refiero a la recepción, por los jueces chilenos, de la doctrina sustentada en los fallos de la Corte Interamericana³⁹. He aquí, entonces, otro ejemplo del impacto de esa jurisprudencia en el orden interno, aunque repitiendo la polémica causada por las sentencias dictadas en Costa Rica. Hoy, por consiguiente, nos hallamos envueltos en un debate arduo en torno del secuestro permanente y otros problemas, contemplando cómo se erige, según lo ya advertido, un Instituto estatal encargado de sostener indefinidamente esa tesis.

Repito lo ya dicho: en su origen y evolución el problema fue y sigue siendo político, razón que induce a descartar nada más que salidas judiciales. Es la

36. Artículos 242 a 251 del Código de Procedimiento Civil de 1893 y sus reformas.

37. Id., artículos 245.

38. Mediante decreto supremo (Ministerio de Relaciones Exteriores) dictado para cada uno de los fallos referidos.

39. Consúltese la jurisprudencia insertada en el capítulo III. 3 de esta conferencia.

ausencia de consenso político, por ende, la que explica el desvío del conflicto a los tribunales. En Chile, al menos, en estrados rara vez se ha decidido y con acierto, el rumbo del Estado, menos en situaciones de crisis.

VII. Oportunidades

La relación armónica que me ocupa proporciona vías y traza objetivos para modernizar y perfeccionar los ordenamientos jurídicos internos, sobre la base de asumir que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, convencional y no convencionalmente entendido, es expresivo de concepciones, valores, principios y preceptos más modernos, cuya hermenéutica tiene carácter finalista y que están focalizados en el respeto y fomento de la dignidad humana.

De esa premisa se siguen consecuencias importantes. Menciono, por ejemplo, la aplicación de estándares de hermenéutica axiológicos, que rebasan el criterio decimonónico del formalismo positivista. Grande será el progreso de nuestra jurisprudencia cuando se generalice la interpretación aludida por los jueces y tribunales nacionales. Lo mismo cabe sostener en punto a los principios del Derecho Internacional Público y a la igualación del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Sin pretender generalizar entre países con trayectoria y perspectiva disímiles, no dudo que la tarea pendiente es la que me ha sido planteada como tema de esta conferencia, quiero decir, la integración armónica entre jurisdicciones determinantes para el futuro de la democracia humanista con la que soñamos. Falta recorrer un camino largo y tortuoso, pero nada es fácil en la búsqueda de dignificar a la persona, especialmente en sistemas jurídicos que se van abriendo a tal esfuerzo con tropiezos y sacrificios, tras prolongado período de dictadura y autoritarismo.

Epílogo

Salvo un libro⁴⁰ y algunas monografías, el tema de los derechos humanos estuvo ausente de la doctrina chilena hasta 1973. La jurisprudencia del Tribunal

40. Jorge Iván Hibner Gallo: *Los Derechos Humanos* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1956).

Constitucional y de los Tribunales Superiores, incluida la Corte Suprema, no se refería al asunto. Las decisiones de la Comisión y de la Corte Interamericana eran desconocidas en Chile. Esa era la situación al momento de la insurrección militar que derribó el régimen del Presidente Salvador Allende y su coalición, la Unidad Popular.

Sólo privada, incluso clandestinamente, la cruenta irrupción armada que se prolongó casi diecisiete años, hizo asumir conciencia del grave olvido o negligencia en que habíamos vivido. Fue necesario improvisar las defensas judiciales ante tribunales militares y, en los demás casos, frente a jueces carentes del coraje requerido. Obviamente, comenzaron las denuncias a Naciones Unidas y los órganos de la OEA ya nombrados, aunque no siempre con éxito. Chile estaba, en otras palabras, atrasado al menos veinte años en el proceso de incorporación de la legislación, jurisprudencia y doctrina que ya existían en los tratados internacionales, en torno de la dignidad humana y de los derechos esenciales que fluyen de ella.

La recuperación del tiempo perdido ha sido rápida y, en general, exitosa. Restaurada la democracia en marzo de 1990, un hito fue el informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación⁴¹, incentivo vigoroso para que los tribunales ordinarios comenzaran a ejercer la jurisdicción que habían descuidado. A esa Comisión la siguió la Corporación de Reparación y la Comisión sobre Prisión Política y tortura⁴².

Pero emprendieron esa nueva ruta con vacilación al comienzo y en los últimos años con sesgo ideológico, asumiendo la labor de resolver cuánto los dirigentes y partidos políticos no habían querido o podido superar. Quienes impusieron su criterio a los jueces en la dictadura, pasaron ahora a ser investigados y condenados por magistrados que se adaptaron a la nueva correlación política.

En la actualidad, vivimos esa etapa del proceso, con más de mil casos pendientes por detenidos desaparecidos, y otros miles de procesos incoados por víctimas de torturas y exilio.

41. Patricio Aylwin Azócar: "La Comisión Chilena sobre Verdad y Reconciliación", *XII Revista Ius Et Praxis* (2007) págs. 425 ss.

42. Consúltese el informe de dicha Comisión en la *Revista Estudios Públicos* N° 97 (2005). Una relación de las declaraciones y opiniones suscitadas por el actual informe se halla en la misma *Revista* N° 98 (2005).

El Estado ha desembolsado casi mil quinientos millones de dólares en reparaciones a familiares fallecidos por la violencia castrense, como asimismo, para compensar a los deudos de cientos de uniformados muertos en atentados terroristas.

En Marzo de 1991, el ex Presidente Patricio Aylwin presentó el informe de la Comisión antes nombrada, incentivando a los jueces a dispensar justicia en la medida de lo posible. Sin embargo, esta determinación prudente, porque nadie relevante podía ni puede hoy reputarse eximido de la tragedia vivida desde septiembre de 1973, no es ya el criterio rector en la sanción de las violaciones de los derechos humanos perpetrados en el régimen militar. Ahora se exige radicalizar la intervención judicial, en la línea de las sentencias pronunciadas por la Corte Interamericana y cuya doctrina pasó a ser seguida por la Corte Suprema. El asunto está sin desenlace definitivo y, tal vez, nunca llegue a obtenerlo. Ya expresé que se quiere institucionalizar, con un órgano del Estado especializado, la prosecución de las responsabilidades y sanciones correspondientes, sin amnistía, prescripción ni cosa juzgada, por tratarse de secuestros permanentes o de crímenes de lesa humanidad.

Paradójicamente, de ese ímpetu resulta que se ha alejado la ratificación por Chile del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional y, con sujeción a la jurisprudencia reproducida en las páginas anteriores, advertimos división en la Corte Suprema. Será al Tribunal Constitucional el que, probablemente, tendrá que pronunciarse en el asunto, en tiempos críticos y que, por definición, no son los más adecuados para garantizar el respeto a la Carta Fundamental y de los tratados internacionales de Derechos Humanos que son parte de ella. ¡Pero, sin duda, el Tribunal enfrentará el asunto y espero que lo asuma con éxito!

EL CONTROL ESTATAL SOBRE LAS COMUNIDADES
AUTÓNOMAS: LA REFORMA ESTATUTARIA Y EL SUPUESTO
DE CONTROL EXTRAORDINARIO DEL ARTÍCULO 155 CE. LA
FISCALIZACIÓN SUBSIDIARIA DEL TRIBUNAL CONSTITU-
CIONAL*

Esther González Hernández

Profesora de Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO

- I. *Introducción.*
- II. *Las fórmulas de control estatal sobre la actividad de las Comunidades Autónomas. El papel protagonista del Tribunal Constitucional.*
- III. *Cortes Generales, Tribunal Constitucional y reforma de los Estatutos de Autonomías: control político y control jurisdiccional.*
- IV. *El Tribunal Constitucional y los controles extraordinarios sobre las Comunidades Autónomas. El supuesto del artículo 155 de la Constitución Española de 1978.*
 - A. *La singular naturaleza de los controles extraordinarios. ¿Posibilidades de suspensión estatutaria?.*
 - B. *La suspensión del Estatuto de Nuria y la sentencia de 5 de marzo de 1936 del Tribunal de Garantías Constitucionales.*
 - C. *El Tribunal Constitucional y el artículo 155 de la Constitución Española.*

Bibliografía.

* La presente investigación es el resultado de la labor desarrollada dentro del Proyecto de investigación ¿Reforma constitucional y reforma de los Estatutos?, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (Núm. de referencia: SEJ2006-15337-C02-01), del que es Investigador principal: Pedro González-Trevijano, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos.

I. Introducción

Uno de los principales problemas con el que se enfrentan los Estados en los que coexisten diferentes niveles de decisión política, es el aseguramiento de mecanismos institucionales de reconducción de la diversidad a la unidad. La presencia de diferentes entidades político-territoriales sobre un mismo espacio supone la necesidad de prever fórmulas de integración, que pueden ser de dos tipos: de tipo positivo a través de la instauración de procedimientos cooperativos y de colaboración o coordinación entre las diferentes entidades territoriales; y, en segundo lugar, de tipo negativo, pues no siempre, es factible la interacción positiva en términos de colaboración o cooperación. Dicho de otro modo, puede suceder (quizás con más frecuencia de lo deseable) que las relaciones entre el Estado y entes territoriales autónomos se desarrollen en términos de confrontación o vigilancia de la actuación de aquéllos, a pesar de haberles reconocido previamente autonomía política.

El caso español no es ninguna excepción, y también necesita de mecanismos con los que el Estado pueda fiscalizar la actividad de las Comunidades Autónomas. En definitiva, el Poder central requiere de instrumentos de vigilancia, de control, de intervención, de supervisión, de fiscalización o de inspección (llámese como se desee) de la actividad de aquéllas.

Ahora bien, lo expuesto hasta aquí, no puede suponer, en modo alguno la negación del principio de autonomía¹. Ya lo afirmaba el Tribunal Constitucional en su sentencia 4/1981: “Ante todo resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto autonomía no es soberanía –y aun este poder tiene sus límites–, dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso, el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el artículo 2 de la Constitución [...] Y debe hacerse notar que la misma contempla la necesidad –como una consecuencia del principio de unidad y de la supremacía del interés de la Nación– de que el Estado quede colocado en una posición de superioridad (...) que permite afirmar (..) que el principio de autonomía es compatible con la existencia de un control de legalidad sobre el ejercicio de las competencias, si bien entendemos que no se ajusta a tal principio la previsión de controles genéricos e indeterminados que sitúen a las

1. Molas, I., *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2005 (3ª ed.), pág. 193.

Entidades locales en una posición de subordinación o dependencia cuasi-jerárquica de la Administración del Estado”.

De aquí, la importancia de reflexionar sobre el sistema constitucional de “fiscalización” de la actividad de las Comunidades Autónomas, y más concretamente del papel que se reserva al Tribunal Constitucional que, como se tendrá ocasión de comprobar, jugará un papel protagonista. Qué duda cabe de que una de las características esenciales de nuestro sistema de descentralización territorial, es la de su conflictividad. Dicha “conflictividad entre Estado y Comunidades Autónomas ha sido un elemento sin duda definidor del Estado de las Autonomías: o, al menos, la expresión jurídica de esos conflictos (traducidos en procesos ante el Tribunal Constitucional) ha sido cuantitativamente muy superior a la que se ha producido en otros ordenamientos europeos, como la República Federal de Alemania o Italia”².

Ahora bien, dicha conflictividad ha sido, hasta cierto punto, positiva, pues ha supuesto un progreso imparable del sistema, gracias a una dilatada jurisprudencia. En definitiva, nuestro sistema autonómico ha sido capaz de resolver los conflictos por la intervención del Tribunal Constitucional, sin que, hasta el momento, su autoridad se haya puesto en cuestión. A pesar de la indudable significación política de muchos de los recursos que se le han planteado, sus decisiones han sido aceptadas por las partes en conflicto, y se ha reconocido la calidad técnica de la argumentación de sus sentencias³. Esperemos que ello siga siendo así, pues nos encontramos, sin lugar a dudas, en momentos de cierta incertidumbre sobre los derroteros por los que discurrirá el sistema autonómico español. Por un lado, por los recursos de inconstitucionalidad contra la reforma del Estatuto catalán, pendientes de resolución por el Tribunal Constitucional. Por otro, por la reiterada intención del Lehendakari del País Vasco de convocatoria de consultas referendarias, sin contar con la preceptiva autorización gubernamental.

He aquí la razón de la conveniencia de analizar nuestro modelo de reforma estatutaria, y el por qué de reservar una ulterior (aunque potestativa) intervención del

2. López Guera, L., Espín, E., García Morillo, J., Pérez Tremps, P. y Satrustegui, M., *Derecho Constitucional. Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado*, vol. II, Tirant lo blanch, Madrid, 1995, pág. 383.

3. Solozabal Echavarría, J. J., “Las reformas estatutarias y sus límites”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 21 (enero-abril), 2004, pág. 110.

Tribunal Constitucional. No puede dejarse a un lado, que en el tema de la reforma estatutaria prima el principio dispositivo, es decir, que el procedimiento para reformar un Estatuto de Autonomía se inicia en los Parlamentos autonómicos, sobre los que no hay ninguna posibilidad de control. Pero es que, además, no se puede ignorar que finalizados los procedimientos parlamentarios (primero en el Parlamento autonómico y después en las Cortes Generales) subsiste la labor de adecuación de éste a la Constitución, función atribuida naturalmente al Supremo Órgano de Interpretación de nuestra Carta Magna. Y he aquí también la razón de que se discuta nuevamente sobre uno de los preceptos más desconocidos de nuestra Norma fundamental, el artículo 155, que permitiría al Gobierno ejercer un control extraordinario y excepcional de la Comunidad Autónoma, que no cumplierse con sus obligaciones constitucionales, o atentase gravemente contra el “interés general de España”.

II. Las fórmulas de control estatal sobre la actividad de las Comunidades Autónomas. El papel protagonista del Tribunal Constitucional

Merece, siquiera como punto de partida de estas breves reflexiones, dedicar un minuto de atención a los diferentes tipos de control estatal sobre la actividad de las Comunidades Autónomas, para, en un momento posterior, referirnos a la incidencia del Tribunal Constitucional en los dos supuestos seleccionados. Un estudio individual de cada una de las fórmulas de control estatal sobre las Comunidades Autónomas excede con mucho del propósito de estas escasas páginas. De ahí que, como ya hemos expuesto, hayamos seleccionado los dos supuestos que, a día de hoy, han adquirido una mayor significación para la actividad presente (y previsiblemente futura) de nuestro Tribunal Constitucional.

En primer lugar es obligado señalar que los instrumentos de control a los que nos venimos refiriendo, encuentran su correspondiente traducción en el texto de nuestra Constitución, aunque de un modo ciertamente asistemático. Conviene, en consecuencia, apuntar dos premisas básicas. En primer lugar, que en el sistema autonómico diseñado por la Constitución de 1978 no es posible identificar una institución general de control del Estado sobre las Comunidades Autónomas, sino una pluralidad de mecanismos e instrumentos de control de carácter muy disperso⁴. Y en segundo término, que con carácter general, el artí-

4. Tolivar Alas, L., *El control del Estado sobre las Comunidades Autónomas*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1981, pág. 24.

culo 153 de la Constitución española de 1978 sería el precepto en el que se contienen las fórmulas ordinarias de control sobre las Comunidades Autónomas. No obstante, este precepto no contempla muchos de los instrumentos de control. Y ello, entre otros motivos, porque el sistema constitucional de controles del Estado sobre aquéllas es singularmente complejo.

Sea como fuere, y a pesar de las varias (y variadas) clasificaciones que pueblan nuestra doctrina⁵, es un dato común a todas ellas el de reservar un significativo lugar a los controles del tipo jurisdiccional, donde se encuadra, con carácter preferente, la actividad desarrollada por el Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo la clasificación de Sosa Wagner⁶, diferenciaba entre un control jurisdiccional y otro de tipo administrativo. O Alberti Rovira⁷, que hace hincapié en la distinción entre controles jurisdiccionales o extrajurisdiccionales, permitiendo, los primeros, que el Estado inste a los Tribunales de Justicia, y concretamente al Tribunal Constitucional, la anulación de las normas o actos de las Comunidades Autónomas que no se ajusten a la Constitución. Mientras que, en los controles extrajurisdiccionales se trataría de la intervención directa del Estado en la Comunidad Autónoma de carácter reactivo y a posteriori. Por ejemplo, el artículo 155 CE, la Alta Inspección de las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas, el control gubernamental de las competencias delegadas a que se refiere el artículo 150.2 CE, las leyes de armonización, el control económico y presupuestario del Tribunal de Cuentas, la comunicación o autorización de las Cortes Generales en los convenios de cooperación y acuerdos de colaboración, el control de las Cortes Generales de las leyes marco que deleguen competencias legislativas, etc.

Por tanto, parece incuestionable la significativa importancia de los controles de tipo jurisdiccional en el conjunto de fórmulas de control sobre las Comunidades Autónomas. El propio Sosa Wagner apuntaba que la actual

5. Una exposición más detallada de estas clasificaciones en González Hernández, E., “El modelo de “fiscalización-control” del Estado sobre las Comunidades Autónomas. Futuro y propuestas de *lege ferenda*”, en Álvarez Conde, E. (coord.), *El futuro del Modelo de Estado*, Instituto de Derecho Público/Instituto Madrileño de Administración Pública/Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2007, págs. 465 a 488.

6. Sosa Wagner, F., “El control de las Comunidades Autónomas por el Estado en la Constitución”, *Documentación Administrativa*, núm. 182, 1979, pág. 150. Debe señalarse, no obstante, que se trata de una clasificación elaborada pocos meses después de la promulgación de la Constitución de 1978, y cuando el modelo de supervisión sobre las Comunidades Autónomas estaba prácticamente en pañales.

7. Alberti Rovira, E., “Control del Estado sobre las Comunidades Autónomas”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. I, Civitas, Madrid, 1995, págs. 1674 y 1675.

Constitución de 1978 sigue el camino judicialista en esta materia. Únicamente se atribuyen competencias al Gobierno, y ello previo dictamen del Consejo de Estado, cuando se trata del ejercicio de funciones delegadas. Lo demás va a parar al Tribunal Constitucional, cuando se requiera constatar la constitucionalidad de las disposiciones normativas con fuerza de ley; a la Jurisdicción Contencioso-administrativa para las normas reglamentarias de la Administración autonómica; o al Tribunal de Cuentas en el caso del control económico y presupuestario⁸. En definitiva, la forma habitual de control de la actuación de las Comunidades Autónomas es el recurso a los tribunales.

Sea como fuere subsiste una última clasificación, que diferencia entre controles ordinarios y los de naturaleza extraordinaria. Los controles de tipo ordinario “se refieren a la actividad normal de las Comunidades Autónomas”, esto es, a supuestos que aunque no se produzcan con regularidad no suponen situaciones de excepcionalidad manifiesta. Así, serían controles ordinarios:

- El control de constitucionalidad de la legislación autonómica, a través del recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.
- La interposición de conflictos de competencias ante el mismo Órgano.
- El control mediante el recurso de amparo por violación de derechos y libertades.
- El control gubernamental de las funciones delegadas del artículo 153 CE.
- El control por la jurisdicción contencioso-administrativa.
- El control económico-presupuestario y contable del Tribunal de Cuentas.
- El control ejercido por las Cortes Generales en la aprobación y reforma de los Estatutos de Autonomía.
- El control a que se refiere el artículo 150 CE.
- La figura del delegado del Gobierno del artículo 154 CE.
- La Alta inspección.

Por su parte, en los controles los extraordinarios se conceden al Estado facultades directas para actuar cuando se den las condiciones que cada Texto

8. Sosca Wagner, op. cit., pág. 158.

9. Gil-Robles Y Gil-Delgado, J. M^a., “El control extraordinario de las Comunidades Autónomas”, *Comentario a las Leyes Políticas*, t. IX, Edersa, Madrid, 1988, pág. 412; Gil-Robles y Gil-Delgado, J. M^a. y Gil-Robles Casanueva, L., “Artículo 153. El control de la actividad de las Comunidades Autónomas por órganos del Estado”, en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. XI (arts. 143 a 158), Cortes Generales/Edersa, Madrid, 1999, pág. 435 y 436 y Balaguer Callejón, F. (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, vol. I., Tecnos, Madrid, 2005, pág. 312.

constitucional señale¹⁰ que, por regla general, suele coincidir con situaciones de naturaleza excepcional o extrema¹¹, a modo de “derecho de crisis” (así lo califica el profesor González-Trevijano)¹², “frente a tan serias deslealtades constitucionales”, o en caso de “circunstancias graves” en que se hubiesen agotado todos los recursos y garantías que brinda el ordenamiento en vigor¹³.

Pues bien, sobre la permanente conexión entre el sistema de controles sobre las Comunidades Autónomas y las competencias asignadas al Tribunal Constitucional es esencial realizar dos importantes matizaciones. La primera que el propio Tribunal Constitucional ha contribuido de manera extraordinaria a la determinación de los límites y de la naturaleza de esta actividad de supervisión estatal. Y en segundo lugar el significativo protagonismo de las facultades de fiscalización reconocidas al Tribunal Constitucional dentro del conjunto de las fórmulas de control sobre las Comunidades Autónomas.

Comenzando por la primera cuestión, el derecho del Estado a fiscalizar la actividad de las Comunidades Autónomas fue tempranamente reconocido. Por ejemplo en las SSTC 6/1982, 44/1982, la 32/1983 ó la 95/1984 Así en la STC 6/1982 se comentaba el supuesto de inspección del sistema educativo a que se refiere el artículo 27.8 CE, o en la sentencia 95/1984 donde se analizaba la Alta Inspección que los Estatutos reconocen al Estado en materias como la educación, la sanidad, la legislación laboral o la Seguridad Social. Pero, sin duda, la decisión que se dedica a un comentario más extenso de esta cuestión es la STC 76/1983, en cuyo Fundamento jurídico 12 se señala que el artículo 7 de la LOAPA “*tiene como finalidad articular un mecanismo de vigilancia y control de las Comunidades Autónomas en un supuesto concreto: aquel en que corresponde a éstas la ejecución de la legislación del Estado. [...] El apartado 2 reconoce al Gobierno, en su párrafo primero, un poder de vigilancia y la facultad de formular requerimientos en el supuesto definido en el apartado anterior, y, en el párrafo segundo, un poder de control a través del mecanismo previsto en el art. 155 de la Constitución. [...] al fijar el contenido y alcance de dicha función es preciso tener presente que la autonomía exige en principio, a su vez, que las actuaciones de la Administración*

10. Alberti Rovira, op. cit., págs. 1674 y 1675.

11. Bacigalupo Ságesse, M., <http://www.congreso.es/constitución/constitución/indice/sinopsis-pr.jsp?art>. (fecha de consulta: 15 de mayo de 2008).

12. González-Trevijano, P., “El artículo 155 o la última ratio”, *Gaceta de los Negocios*, 8 de noviembre de 2003, pág. 39.

13. Santaolalla, F., *Derecho parlamentario español*, Espasa-Calpe, Madrid, 1990, pág. 375.

autonómica no sean controladas por la Administración del Estado, no pudiendo impugnarse la validez o eficacia de dichas actuaciones sino a través de los mecanismos constitucionalmente previstos. Por ello el poder de vigilancia no puede colocar a las Comunidades Autónomas en una situación de dependencia jerárquica respecto de la Administración del Estado, pues, como ha tenido ocasión de señalar este Tribunal, tal situación no resulta compatible con el principio de autonomía y con la esfera competencial que de éste deriva [...] Así concretada la potestad de vigilancia, (...) el requerimiento constituye un trámite previo posible –y en ocasiones necesario– siempre que el Gobierno tenga reconocida alguna facultad de reacción ante órganos jurisdiccionales”.

De esta sentencia es posible deducir, por tanto, la constitucionalidad de los controles sobre la actividad de las Comunidades Autónomas, porque autonomía y control son perfectamente compatibles¹⁴. Que, además, no se trata de un control genérico e indeterminado, menos aún un poder que ponga a las Comunidades Autónomas en una situación de dependencia jerárquica. Y, por último, que el ejercicio de este tipo de control puede terminar activando otros controles previstos en la Constitución, como los de tipo jurisdiccional, pues en la mayoría de los casos, el Estado no puede corregir automáticamente las actuaciones que controla sino que, más bien, debe instar a los Tribunales de Justicia, y muy especialmente al Tribunal Constitucional, para que proceda a su corrección¹⁵. La cuestión, en definitiva, se plantea en términos del adecuado equilibrio entre los controles judiciales y los de tipo político, y no en una preferencia, de tipo excluyente, por aquéllos. Naturalmente, que el Tribunal Constitucional no es el único sujeto llamado a jugar un papel decisivo y monopolístico en el arreglo de las controversias propias de Estados descentralizados. Aunque, también es verdad, que la introducción de este sujeto en el juego de controles sobre las Comunidades Autónomas está llamada a tener una importante función “pacificadora” de una realidad, ya suficientemente tensa.

Por tanto, la jurisprudencia constitucional “ha ceñido la supervisión estatal a aquel procedimiento de verificación o fiscalización que puede llevar, en su caso, a instar la actuación de los controles constitucionales establecidos en relación con las Comunidades Autónomas”¹⁶. Y esto precisamente conecta este comenta-

14. Torres del Moral, A., *Principios de Derecho Constitucional español*, Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho. UCM, Madrid, 3ª ed. 1992, pág. 360.

15. Alberti Rovira, op. cit., pág. 1674.

16. Fernández Farreres, G., *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Justel, Madrid, 2005, pág. 381.

rio con la segunda matización a la que nos referíamos, porque es posible afirmar, a *priori*, una marcada tendencia al control de tipo judicial o jurisdiccional, y más concretamente, del control ejercido por el Tribunal Constitucional. No puede olvidarse como el artículo 153 CE señala expresamente que “el control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá:

- a) Por el Tribunal Constitucional el relativo a la constitucionalidad de sus disposiciones normativas con fuerza de ley.
- b) Por el Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado, el del ejercicio de funciones delegadas a que se refiere el apartado 2 del artículo 150.
- c) Por la jurisdicción contencioso-administrativa, el de la Administración autónoma y sus normas reglamentarias.
- d) Por el Tribunal de Cuentas, el económico-presupuestario”.

Así, el Tribunal Constitucional ejerce tres importantísimas funciones de control de las Comunidades Autónomas, como son la resolución de recursos de inconstitucionalidad de la legislación autonómica, de los conflictos de competencias contra disposiciones, actos o resoluciones que invadan los diferentes ámbitos competenciales de las Comunidades Autónomas o del Estado y de los recursos de amparo por violación de derechos fundamentales derivados de la actuación de las Comunidades Autónomas. Pero incluso, en supuestos donde el control del Tribunal Constitucional no se percibe, *prima facie*, a la postre, termina resultando un elemento imprescindible para la buena marcha del sistema de controles constitucionales sobre la Comunidades Autónomas. Así, por ejemplo, el caso del artículo 150.1 CE en el que corresponde el control, en primer lugar, a las Cortes Generales, subsiste, después, el control de constitucionalidad atribuido al Tribunal Constitucional. Pero igual ocurre en el caso de las leyes de transferencia, donde es posible un ulterior control de constitucionalidad, y en las leyes de armonización. De hecho contamos con la STC 76/1983, de 5 de agosto sobre la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA).

III. Cortes Generales, Tribunal Constitucional y reforma de los Estatutos de Autonomía: control político y control jurisdiccional

Como ya exponíamos en las páginas precedentes, obligado es referirnos a los controles (tanto políticos como jurisdiccionales) que nuestro ordenamiento jurí-

dico-constitucional prevé en la elaboración y reforma de los Estatutos de Autonomía, pues es uno de los de mayor significación en los tiempos que corren. Así, para la aprobación de los Estatutos de Autonomía, tanto los de régimen ordinario, esto es los del artículo 146 CE y que se aplican a los territorios que accedieron a la autonomía por la vía de los artículos 143, 144 y Disposición Transitoria 1ª CE, como para la aprobación de los de Régimen especial (artículo 151, Disposición Transitoria 2ª CE), los proyectos deberán ser remitidos a las Cortes Generales.

Conviene recordar que en los Estatutos de régimen ordinario, éste era elaborado por la Asamblea de miembros de la Diputación u órgano interinsular de las provincias afectadas, junto con los diputados y senadores elegidos por ellas, y debía ser remitido a las Cortes Generales para su ulterior tramitación legislativa. E, igualmente, en los Estatutos de régimen especial, en los que, a pesar de que éste era elaborado por una Asamblea integrada por los diputados y senadores de las provincias afectadas, a convocatoria del Gobierno y órgano autonómico preexistente, una vez aprobado el proyecto por la mayoría absoluta de los miembros de dicha Asamblea debía ser remitido a la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados. A éste, por tanto, correspondía el examen del texto que le remitiesen, con el concurso y la asistencia de una delegación de la Asamblea redactora. Posteriormente, tras la celebración del preceptivo referéndum obligatorio, si el proyecto había sido aprobado en cada provincia, era nuevamente elevado a las Cortes Generales que lo ratificaban en sendos Plenos de las Cámaras, sin posibilidad alguna de enmienda.

Estamos ante un esquema muy similar al que inauguró la Constitución de 1931, pues la Constitución de la II República también imponía la participación del Legislativo central en el proceso de redacción de los correspondientes Estatutos, ex artículo 12 del Texto constitucional de 1931. Así, la propuesta correspondía a la mayoría de los Ayuntamientos, o de aquellos municipios que comprendiesen las dos terceras partes del censo electoral de la región. A esto le seguía la aceptación plebiscitaria por idénticos dos tercios de los electores y, después, la aprobación en las Cortes. Sin embargo, en materia de reforma estatutaria los constituyentes de 1931 incluyeron mayores prevenciones respecto de las posibilidades de actuación de las Regiones autónomas. La Constitución de 1931, excluía toda intervención de las Asambleas de las Regiones autónomas en dicho procedimiento. La reforma del Estatuto estaba en manos únicamente del Estado,

pues no reconocía iniciativa autonómica y, según los Estatutos catalán y vasco, era necesario, entre otros requisitos, el voto favorable de los dos tercios de las Cortes. Por tanto, en la II República es posible afirmar un más estricto control sobre el devenir de las autonomías regionales.

No obstante, a día de hoy, quizás haya perdido cierto interés el control estatal sobre la redacción inicial de los Estatutos de Autonomía, y resulta más interesante analizar el control político y jurisdiccional sobre las reformas estatutarias.

La inspección de lo modificado por las Comunidades Autónomas es absolutamente necesaria como fórmula de control político, que supone la necesidad ineludible de que en su elaboración intervengan las Cortes Generales; intervención perfectamente congruente con la relevancia, que las normas estatutarias tienen para la configuración definitiva del Estado español. Así, aunque nos encontremos ante un tipo de control esencialmente político, la intervención de las Cortes Generales en la tramitación de la reforma estatutaria debería ser entendida como primer estadio de “cierto control de constitucionalidad” (si se me permite la expresión) de las disposiciones estatutarias. Es decir, que las Cortes Generales deberán ratificar, en un primer momento, la adecuación constitucional de las disposiciones que se pretendan cambiar o adicionar. Estaríamos, en definitiva, ante un primer “control político” de la constitucionalidad estatutaria. Pues, una vez aprobado por sus respectivos Parlamentos, las propuestas deberán ser remitidas a la Mesa del Congreso, que lo examina, y decide sobre su admisión, pudiendo inadmitirla “cuando la contradicción a Derecho o la inconstitucionalidad de la proposición sean palmarias y evidentes”, según admite la STC 205/1990, de 13 de diciembre. Y en idéntico sentido, la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados de 16 de marzo de 1993, cuyo apartado 2 señala que: “la Mesa de la Cámara procederá al examen del texto y de la documentación remitida al objeto de comprobar el cumplimiento de los requisitos constitucionales y estatutarios establecidos”. Cuando menos, según esta Resolución, la Mesa del Congreso de los Diputados analizará *prima facie* la constitucionalidad formal de la propuesta.

Y esto es precisamente lo que explica que el trámite se inicie con una votación de la totalidad de la reforma estatutaria en la que no se exigen mayorías cualificadas, y que posteriormente se admita que las Cortes Generales puedan modificar los preceptos que entiendan exceden del ámbito competencial que la

Constitución les reserva en el trámite de presentación de enmiendas, tanto en el Congreso como en el Senado. Que la propuesta de reforma estatutaria haya sido elaborada por el Parlamento autonómico correspondiente no significa que ésta pueda imponer su voluntad a las Cortes Generales, porque no existe otra fuente de legitimidad para todos los poderes del Estado que la que reside en el pueblo español, según artículo 1.2 de nuestra Constitución¹⁷.

Y ello porque al ser los Estatutos de autonomía normas de desarrollo constitucional y con ello configuradoras también del Estatuto autonómico, el consenso, entre Gobierno y oposición en su aprobación, así como en el caso de su reforma debe ser entendido como un elemento del mantenimiento del consenso constitucional¹⁸. No obstante, el procedimiento de reforma estatutaria presenta alguna peculiaridad que favorece la quiebra de dicho consenso, porque no es necesario el acuerdo entre el Gobierno y la oposición. Basta con la mayoría gubernamental en el Congreso (salvo en gobiernos de minoría), para tener la mayoría absoluta que se requiere para la aprobación de la ley orgánica de reforma estatutaria.

No obstante, hay que mencionar algunas excepciones en relación con los Estatutos del artículo 151 CE (País Vasco, Cataluña, Galicia y Andalucía), pues la Comisión constitucional del Congreso sólo dispone de un plazo de dos meses para examinar la propuesta, y podrá solicitar la presencia del Gobierno y de expertos, como se hizo en 2006. Por su parte, en el Senado, la Comisión General de Comunidades Autónomas sólo dispondrá de un mes para el examen de la propuesta. Pero, además, y esto sí que tiene una especial significación en relación con el control ejercido por las Cortes Generales, en los Estatutos de Cataluña, País Vasco, Galicia y Andalucía, se regulan dos diferentes procedimientos de reforma, en función de a qué contenidos afecten. Así, en el artículo 222 del Estatuto catalán, en el 249 del andaluz, en el 47 del País Vasco y en el 57 del gallego se prevé un procedimiento simplificado que será aplicable, cuando la reforma se refiera a la simple alteración de la organización de poderes del territorio autónomo. Ahora bien el artículo 222 del Estatuto catalán va un poco más allá y lo aplica a la reforma de los Títulos I y II del Estatuto sobre “Derechos,

17. Álvarez Conde, E., *Reforma constitucional y reformas estatutarias*, Iustel, Madrid, 2007, págs. 238 y 236.

18. Monreal, A., “Estado de la Autonomías, reformas estatutarias y mutación constitucional”, en *El futuro del modelo de Estado*, coord. E. Álvarez Conde, IMAP/URJC/IDP, Madrid, 2007, pág. 274.

deberes y principios rectores” y las Instituciones autonómicas. Pues bien, al margen de la “sospecha” de inconstitucionalidad que pesa sobre este artículo, lo cierto es que el procedimiento simplificado que se regula en estos preceptos establece la intervención de las Cortes Generales a modo de mera consulta, seguido de la convocatoria autorizada de referéndum sobre la propuesta de Estatuto si en el plazo de treinta días de elevar la consultar a las Cortes Generales éstas no se declarasen afectadas por la reforma y, cerrando el procedimiento, su posterior aprobación por las Cortes Generales mediante Ley Orgánica.

Cierto es, que la modalidad de control de las Cámaras sobre este tipo de reformas constitucionales aparece considerablemente rebajada. Aunque también es verdad, que si las Cortes se considerasen afectadas la propuesta será remitida al procedimiento ordinario para su tramitación. Así, además de suponer una rebaja en la participación de los órganos centrales, señala el Dictamen núm. 269 del *Consell Consultiu de la Generalitat* sobre el proyecto de nuevo *Estatut* para Cataluña que “la potestad estatutaria para determinar el procedimiento de reforma es limitada, pues en ningún caso podrá regularse de manera tal que lo prive, precisamente de ese carácter de bilateralidad que le es imprescindible. Y eso significa que la intervención de las Cortes Generales sólo de forma excepcionalísima podrá limitarse a un voto de ratificación”. De lo contrario, se estaría menguando injustificadamente el derecho estatal de supervisión de la actividad de las Comunidades Autónomas, reafirmado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en varias ocasiones¹⁹. De este modo, dependiendo del cauce de participación por el que se aprueben los Estatutos las Cortes Generales tendrán más o menos margen de intervención sobre el contenido de la propuesta de reforma. Ahora bien, cuando analicen dicha reforma las Cortes no están facultadas para disminuir el contenido de los preceptos estatutarios en relación con su participación. A las Cortes, en todo caso, les estaría vedado un absoluto vaciamiento de su intervención en el proceso de reforma, pues su presencia no es un mero acto obligado sino que un importantísimo instrumento de control²⁰.

La participación de las Cámaras tiene, sin duda, un carácter constitutivo, pues los Estatutos de Autonomía son normas estatales. De ahí la lógica de que las

19. Entre otras, aunque referidas a la variada tipología de controles estatales prevista por nuestro ordenamiento jurídico constitucional: SSTC 6/1982, 25/1983, 42/1983, 57/1983, 76/1983 y 95/1984.

20. Aguado Renedo, C., *El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, págs. 400 y 401.

Cortes Generales participen en su redacción y posible modificación. La intervención de las Cortes Generales es lo que incorpora la voluntad estatal a su proceso de redacción. El control que ejercen las Cortes Generales sobre la aprobación y, sobre todo, sobre su reforma es uno de las fórmulas de control político más importantes de los establecidos por la Constitución española de 1978. Esto es, un instrumento de control²¹, llamado o dirigido a reconocer el mismo grado de intervención del Estado y de las Autonomías en el procedimiento de reforma, que el existente en el procedimiento de elaboración ante las Cortes Generales²².

Posteriormente, el proceso ante el Tribunal Constitucional, de requerirse, será absolutamente vital para evitar que los Estatutos perpetúen normas manifiestamente inconstitucionales. He aquí el argumento fundamental para justificar la intervención a *posteriori* del Tribunal Constitucional, vía recurso de inconstitucionalidad, que no es otro que el de recalcar la permanente conexión del Estatuto de Autonomía con la Constitución²³. Es decir, que los Estatutos de Autonomía, al no ser manifestaciones del poder constituyente originario, deben ser, en todo momento, reflejo palmario de su escrupuloso respeto y conformidad con el Texto constitucional, alejando así cualquier atisbo de contradicción, ya sea expresa o tácita. Es más, hasta 1985 podían ser objeto de control previo de constitucionalidad; posibilidad ésta que fue nuevamente discutida con ocasión de la tramitación parlamentaria de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, como consecuencia de una enmienda del Partido Popular, finalmente rechazada. En definitiva, ni siquiera su condición de norma integrante del “bloque de constitucionalidad” le libra del pleno acatamiento de nuestra Norma fundamental.

Todo lo dicho, naturalmente, es absolutamente predicable de su constitucionalidad material. Pero también puede afirmarse de su constitucionalidad formal. Así, también, en su elaboración, aprobación y reforma deben respetarse las prescripciones constitucionales, en tanto que leyes orgánicas aprobadas por las Cortes Generales. No obstante, en lo relativo a su constitucionalidad material es en donde el Tribunal Constitucional desplegará el máximo de su función constitucional, porque la reforma de los Estatutos de Autonomía no puede servir, en

21. Cascajo Castro, J. L., “La reforma del Estatuto”, en *Primeras Jornadas de Estudio del Estatuto de Autonomía del País Vasco*, t. III, Zamudio, Vizcaya, 1983, pág. 1693.

22. Jiménez Asensio, “La reforma del Estatuto de Autonomía del País Vasco”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 46/47, 1985, págs. 510 y 511.

23. Solozabal Echavarría, op. cit., pág. 111.

ningún caso, para ampliar los contenidos estatutarios en modo que superen los límites que les vienen impuestos constitucionalmente. Las normas estatutarias no podrán sobrepasar su respectivo ámbito competencial, ni tampoco podrán regular materias propias de una ley orgánica estatal, ni podrán realizar delimitaciones competenciales de materias reservadas a la ley estatal, ni parece muy correcto que reproduzcan normas que ya están reguladas en la Constitución española de 1978. Tampoco pueden contener mandatos al legislador estatal, ni normas sobre participación en las organizaciones estatales, ni abusivas remisiones normativas a la legislación del Estado²⁴.

Y es precisamente en este nuevo contenido de las reformas estatutarias ya aprobadas donde, previsiblemente, el Tribunal Constitucional centrará el grueso de su interpretación en relación con los recursos de interpuestos contra ellos²⁵, pues dicha deducción se atribuye a cualquier poder constituido, como las Cortes Generales o el poder estatuyente, sino que corresponde primordialmente al ámbito funcional reservado al Tribunal Constitucional²⁶.

Los estatutos de Autonomía, de exceder la reserva estatutaria a que se refiere el artículo 147 CE dejan de interpretar la Constitución para quebrantarla o usurparla²⁷, sin que ello signifique que no puedan disponer de un contenido adicional, como el de las materias conexas a la delimitación de competencias. Pero

24. Álvarez Conde, op. cit., pág. 294.

25. Por lo que respecta a la reciente actividad del Tribunal Constitucional en relación con los recursos planteados contra las últimas reformas estatutarias contamos ya con algunas decisiones de este Alto Tribunal. Así las SSTC 247/2007, de 12 de diciembre y 249/2007, de 13 de diciembre, en que se recurrieran el art. 20 de la Ley Orgánica 1/2006 de 10 de abril, que daba nueva redacción al art. 17.1, párrafo 1º, segundo inciso del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, sobre las competencias de “ordenación del territorio, urbanismo y vivienda”, “ordenación de recursos hídricos”, “pesca fluvial”, “agricultura y ganadería” y “ordenación del medio ambiente”, que a juicio del Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, incidían en su ámbito competencial. Un comentario más detallado a ambas decisiones en González Hernández, E., “Crónica de la jurisprudencia constitucional española (año 2007)”, Palestra del Tribunal Constitucional. *Revista mensual de Jurisprudencia* (Perú), núm. 12, (diciembre), 2007, págs. 611 y ss. Por otra parte, interesantes comentarios al proceso de reformas estatutarias, además de los ya señalados, y a título meramente ejemplificativo, las siguientes obras: Sánz Pérez, Á., *La reforma de los Estatutos de Autonomía* (con especial referencia a los Estatutos de Autonomía de Cataluña y de la Comunidad Valenciana), Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006; Viver pi i Sunyer, C., *La reforma de los Estatutos de Autonomía con especial referencia al caso de Cataluña*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005; VV.AA., *La reforma de los Estatutos de Autonomía. Actas del IV Congreso Nacional de la Asociación de Constitucionalistas de España* (4º Congreso Nacional celebrado en Jaén), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

26. Álvarez Conde, op. cit., pág. 277.

27. *Ibidem*.

esto no les supone un cheque en blanco para regular cualquier materia que entiendan “afecta a los intereses para cuya satisfacción se crea constitucionalmente la autonomía territorial”, en palabras del Informe sobre la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña del Consejo General del Poder Judicial de 25 de enero de 2006. En ningún caso, los Estatutos de Autonomía podrán usurpar funciones o competencias que no sean de su titularidad, ni atribuirse el monopolio exclusivo de su delimitación.

En definitiva, según STC 99/1986, de 11 de julio el único parámetro para enjuiciar la validez constitucional de una disposición incluida en un Estatuto de Autonomía es la propia Constitución. De modo que sobre los Estatutos de Autonomía no cabe más que admitir la vigencia de dos tipos de control, compatibles y necesarios cada uno en su parcela: el control político ejercido por las Cortes Generales y el judicial (o jurisdiccional) en manos del Tribunal Constitucional.

IV. El Tribunal Constitucional y los controles extraordinarios sobre las Comunidades Autónomas. El supuesto del artículo 155 de la Constitución española de 1978

A. La singular naturaleza de los controles extraordinarios ¿Posibilidades de suspensión estatutaria?

Por lo que se refiere a los controles extraordinarios son una forma de control *in extremis*²⁸, que se espera nunca sean necesarios pero, que, indudablemente, debe estar previstos en los Textos constitucionales por lo que pudiera pasar. Estamos, en palabras de Rodríguez Oliver, “ante una última *ratio* justificante de la intervención estatal, que pertenece al plano de los recursos finales que el Estado puede ejercitar para asegurar su propia permanencia, la de la Constitución y la de los supremos valores que ésta proclama”²⁹. Pero, quizás sea aún más expresivo Cruz Villalón, que en su comentario de este precepto deja cierto regusto agri dulce respecto del mismo. Dice que estamos ante una “cláusula de “plenos poderes” que, en todo caso, ha tratado de excluirse en las relaciones Estado-ciudadanos, cláusula cuya gravedad estriba no solo en la absoluta indeterminación de las medidas adoptables sino sobre todo en la absoluta dis-

28. González-Trevijano, op. cit., pág. 39.

29. Rodríguez Oliver, J. M^a., “Los ámbitos exentos del control del Tribunal Constitucional español”, en VV.AA., *El Tribunal Constitucional*, vol. III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, pág. 2320.

crecionalidad otorgada a los órganos del Estado a la hora de aplicar la oportunidad de su aplicación. El artículo 155 es, seguramente, el exponente más expresivo, y desafortunado, de esta concepción de la unidad del Estado, latente en la formulación del artículo 2 (de la Constitución) como algo anterior, previo y, por tanto, superior a la misma Constitución y al ordenamiento jurídico en su conjunto. En definitiva, cabría afirmar que, por lo que hace a nuestra Constitución, “soberano es quien decide acerca del artículo 155”; pero estas manifestaciones son más un síntoma de ruina que no un instrumento de salvación del Estado³⁰. De aquí que su naturaleza jurídica sea singularmente compleja; mientras que su significación política es particularmente amplia.

Sea como fuere, en los controles extraordinarios suele prevalecer la idea de preservación del interés general. En definitiva, este precepto disciplina un *instituto jurídico de protección de la Constitución* y del interés general de España, es decir que estatuye una categoría jurídica de protección de la Constitución *tout court*³¹. En consecuencia, se pondrá en marcha de forma excepcionalísima³²; condiciones o requisitos que deben ser de naturaleza excepcional o extrema³³. Por tanto, es una forma de control *in extremis*³⁴, muy frecuente en los Textos constitucionales que prevén fórmulas de descentralización territorial, a modo de “norma de garantía de la recta distribución vertical o territorial” del mismo³⁵. Como recuerda Tolivar Alas, “en el caso de modelos descentralizados, las técnicas de intervención que se reservan los órganos estatales, revisten un mayor grado de interés al poner de manifiesto las cautelas y temores existentes con respecto a unas autonomías que, por otro lado, son paradójicamente asumidas en una Constitución como principio rector de la organización propia del Estado”³⁶.

30. Cruz Villalón, P., “La protección extraordinaria del Estado en la Constitución española de 1978”, en A. Pedriero y E. García de Enterría (dirs.), *Estudio sistemático de la Constitución española*, Cívitas, Madrid, 1980, págs. 685 y 686.

31. García Torres, J., “El artículo 155 de la Constitución española y el principio constitucional de autonomía”, en VV.AA., *Organización territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, vol. II, Instituto de Estudio Fiscales, Madrid, 1984, pág. 1219.

32. Alberti Rovira, op. cit., págs. 1674 y 1675.

33. Bacigalupo Ságesse, op. cit. De la misma opinión Rodríguez Oliver, op. cit., pág. 2321: “Nos encontramos en circunstancias en que el Estado “arrolla” por encima de las barreras que existen en situaciones de normalidad y rompen los planteamientos que solo tienen razón de ser cuando la conducta de los órganos autonómicos se adapta a lo que les es lícito”. En contra de su naturaleza excepcional García Torres, op. cit., págs. 1224 y 1225, pues “la infrecuencia del empleo de hecho de un instituto jurídico nada dice, por lo demás, acerca de su carácter jurídico-normal o jurídico-excepcional”.

34. González-Trevijano, op. cit., pág. 39.

35. García Torres, op. cit., pág. 1224.

36. Tolivar Alas, op. cit., pág. 40.

Karl Loewenstein ya prestó atención a esta singular parcela del moderno Derecho Constitucional: “Cuando las instituciones de control operan *dentro* de la organización de un solo detentador del poder, son designados como controles *intraorgánicos*. Cuando, por otra parte, funciona entre diversos detentadores del poder que cooperan en la gestión estatal, se les designa como controles *interorganos*”³⁷. Estos son controles de tipo horizontal. Aunque también es posible establecer otro tipo de los controles: los verticales “que funciona en una línea ascendente y descendente entre la totalidad de los detentadores de poder instituidos y la comunidad como tal o alguno de sus componentes”³⁸.

Los controles extraordinarios siempre son controles verticales de carácter residual, que se manifiestan *a posteriori*, y, que, en principio, no parecen permitir supuestos de subrogación del Estado en el lugar de los entes territoriales autónomos. Más bien tratarían, por tanto, de compeler a las regiones o Comunidades autónomas a que utilizasen sus competencias del modo correcto³⁹, estableciendo como garante dicha adecuación al Gobierno.

Ahora bien, la cuestión no es tan clara en la doctrina. Si Rodríguez Oliver parece excluir esta posibilidad de subrogación o sustitución por el Gobierno de la Comunidad Autónoma⁴⁰, otros autores no lo ven con malos ojos en determinadas circunstancias. Así, García Torres parece admitir que, en los supuestos más graves, cesen temporalmente en el ejercicio de sus funciones ciertos órganos autonómicos, esto es, admite la “asunción temporal por órganos estatales (incluso el Gobierno o delegados suyos) de las funciones de los órganos de la Comunidad autónoma a título fiducial”⁴¹. Y esto es precisamente lo que se hizo con ocasión de la sublevación catalanista de octubre de 1934 por parte del Gobierno republicano.

Es más, en esta línea interpretativa, pero avanzando un paso más, Virgala Foruria apunta que la doctrina que niega la posibilidad de la subrogación-disolución está pensando en medidas mínimas, no traumáticas y pensadas para supuestos de incumplimiento puntual, pero sin percatarse de la posibilidad de

37. Loewenstein, K., *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1986, pág. 232.

38. *Ibidem*, pág. 353.

39. Gil-Robles, J. M^a., *Control y autonomías*, Civitas, Madrid, 1986, pág. 102.

40. Rodríguez Oliver, op. cit., pág. 2321.

41. García Torres, op. cit., págs. 1283 y 1284. Matiza, no obstante, de que supuesto es el “máximo” de la medida compulsiva. Es decir, que no debería aplicarse sino cuando sea absolutamente imprescindible.

que la Comunidad Autónoma se negase a cumplir las instrucciones emanadas del Gobierno⁴². Ciertamente, que es un supuesto de muy difícil realización, pero en estos últimos días no hemos estado tan lejos con ocasión de la convocatoria de referéndum sobre el futuro político de Euskadi del Lehendakari Juan José Ibarretxe, de no ser porque éste parece haber abandonado su propósito (aunque sea de modo temporal) y acatar así la decisión del Tribunal Constitucional⁴³.

Imaginemos que el *Lehendakari* no hubiese desistido de su propósito inicial. La situación por anómala, es impredecible *a priori*, pero desde luego colocaría al Ejecutivo central en una posición singularmente delicada, porque difícilmente podría negarse que dicha Comunidad Autónoma, cuándo menos, se ha situado en una posición de abierta contradicción con los principios inspiradores de nuestro marco constitucional. Que no se olvide que el artículo 2 CE proclama “La indisoluble unidad de la nación española”. Como recuerda Virgala Foruria “La situación cambia radicalmente cuando de lo que se trata es de medidas “para la protección del mencionado interés general” debido a que los órganos rectores de una Comunidad Autónoma han incumplido gravemente sus obligaciones constitucionales con el objetivo de romper el marco constitucional. La doctrina se ha desentendido de este supuesto no distinguiéndolo del primero, del mero incumplimiento de obligaciones. Sin embargo, en este segundo caso las medidas pueden ser mucho más drásticas ya que lo que se requiere es encauzar la situación en un Comunidad Autónoma en abierta rebeldía contra la Constitución”⁴⁴. Y añade “Se olvida que la coacción estatal si llega a utilizarse algún día será para reconducir la actuación de una Comunidad Autónoma cuyos órganos máximos han estado dispuestos a romper el marco constitucional, por lo que en ese caso difícilmente la situación puede solucionarse con la sustitución en actividades concretas si no con la sustitución total de esos órganos por un tiempo determinado”⁴⁵.

En cualquier caso parece difícil establecer una solución con carácter previo, pues la realidad política puede superar cualquier circunstancia de las imagina-

42. Virgala Foruria, E., “La coacción estatal del artículo 155 de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73 (enero-abril), 2005, pág. 99.

43. Consultar sentencia de 12 de septiembre de 2008 por la que se declara inconstitucional la Ley del Parlamento vasco 9/2008, al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalidad política, que resolvía recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno (URL: www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/stc2008/STC2008-05707.html). Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2008)

44. Virgala Foruria, op. cit., pág. 102.

45. *Ibidem*, pág. 103.

bles en el “laboratorio” del constitucionalista, dado que “nos encontramos ante una esfera tan radicalmente política que la función del Derecho se limita prácticamente a prever y hacer posible la adopción de decisiones esencialmente políticas”⁴⁶.

Ahora bien, superado, en la medida de lo posible, este primer estadio de la discusión, es decir, admitida en hipótesis una eventual disolución y sustitución temporal (y por el lapso de tiempo más breve posible) de los órganos (los que sean estrictamente imprescindibles) de la Comunidad Autónoma, queda por determinar el supuesto de la suspensión del Estatuto de la Comunidad Autónoma rebelde.

Sí parece más claro, a juzgar del parecer prácticamente unánime de la doctrina, que en ningún caso sería admisible la suspensión del Estatuto y, por ende, de la autonomía reconocida a dicha Comunidad en el artículo 2 de nuestra Carta Magna. A este respecto, García Torres señala de modo tajante que “desde luego es inadmisibles la disolución de la comunidad autónoma (...) por los órganos estatales”, porque, además de suponer una evidente lesión no exigible y desproporcionada del principio de autonomía, la compulsión del artículo 155 debe ser entendida como una compulsión sobre la Comunidad Autónoma, lo que presupone que dicha Autonomía siga subsistiendo en cuanto objeto de compulsión⁴⁷. Quedaría descartada toda suspensión estatutaria, pues ello no es más que la negación de la autonomía en sí misma. El Estatuto deberá continuar vigente. En ningún caso podría decretarse la supresión o suspensión indefinida del régimen autonómico, *id est*, la suspensión indefinida de su Estatuto, a modo de *Liquidation* alemana o *Direct Rule* del Ulster, pues ello significaría la ruptura definitiva del modelo constitucional de distribución territorial del poder político y derogaría el derecho a la autonomía de ese territorio consagrado en el artículo 2 CE⁴⁸.

Resulta curioso, no obstante, la ambivalencia de este precepto. Claro es que la suspensión de la autonomía es una medida tan drástica que hay que afirmar su absoluta inaplicabilidad, entre otros motivos porque ella, en sí misma, conculcaría varios preceptos de nuestro Texto constitucional, ya lo hemos dicho, los artículos 2 y 137, entre otros. Sin embargo, resulta curioso que en relación con el artículo en cuestión, el 155 CE, se entremezclan, alían y fusionan dos actitu-

46. Rodríguez Oliver, op. cit., pág. 2321.

47. García Torres, op. cit., pág. 1283.

48. Virgala Foruria, op. cit., pág. 103.

des no muy coherentes, pues, por un lado se proclama que estamos ante el supuesto más grave contra la propia Constitución, y, por otro, se la sitúa de marco de referencia, cuando, acaso, para restablecerla sea necesario suspender temporalmente la aplicabilidad de alguno de sus preceptos. Esta fue, sin ir más lejos, la solución que adoptaron las Cortes republicanas en 1934, que negó el reconocimiento de la autonomía a la Región catalana y la sustitución de sus órganos de Gobierno por tiempo indeterminado. En este sentido, quizás habría que tener en cuenta las palabras de García Torres, para el que, si bien este precepto incluye dos actitudes no muy coherentes: el reconocimiento de que estamos ante la mayor amenaza contra el principio constitucional de autonomía y la renuncia a profundizar en él, cierto esfuerzo interpretativo posibilitaría la introducción del artículo 155 en el sistema jurídico-constitucional, y lo haría compatible con la preservación del principio constitucional de autonomía, poniéndole incluso al servicio del mismo⁴⁹. Lo que el artículo 155 pretende, es decir estaría pensado para que el comportamiento de las Comunidades Autónomas se atenga, precisamente, al círculo de su autonomía, esto es, que se mantenga dentro de los límites de la misma; límites que han sido fijados estatutaria y constitucionalmente⁵⁰. En definitiva, para reducir la autonomía a los lindes constitucionales y no para dejarla en suspenso *sine die*. No se puede reconducir la autonomía a sus justos límites, si éstos han saltado por los aires con la suspensión y/o supresión de la norma jurídica que la regula, esto es, del Estatuto de Autonomía.

Precisamente por todo lo expuesto hasta ahora, parece más que necesario un control subsidiario y a *posteriori* del Tribunal Constitucional, porque, a pesar de que las Comunidades Autónomas se comporten de tal modo que no cumplan con las funciones que la Constitución les impone, o transformen su misión en algo que desborda el interés nacional, no se prevé en este precepto una subrogación absoluta e ilimitada del Gobierno en el papel de las Comunidades Autónomas, como tampoco suspender la vigencia y la aplicabilidad de su Norma estatutaria. Si éstas circunstancias, u otras, se produjesen entraría en juego la labor correctora del Tribunal Constitucional. Pues, por mucho que la competencia se atribuya al Ejecutivo con autorización del Senado, el parámetro de control es el de su constitucionalidad, esto es, que se pondrá en marcha de comprobarse que una o varias Comunidades Autónomas no cumplen con las obligaciones que les impone la Constitución, o actuare de forma que atentase gravemente contra el interés

49. García Torres, op. cit., pág. 1219.

50. *Ibidem*, pág. 1222.

general. Pero si el Gobierno ejecutase o el Senado autorizase medidas manifiestamente contrarias a los principios inspiradores de nuestro marco constitucional, ello sería naturalmente inadmisibles. No puede descartarse ninguna medida a *priori*, salvo la de la suspensión del Estatuto, pero en todo caso debe primar la prudencia, el principio de adecuación de las medidas al fin pretendido y los estándares de mínima intervención y menor tiempo posible. La disolución, llegado el caso, del Parlamento autonómico no puede suponer que éste deje de desarrollar las funciones que constitucional o estatutariamente le vienen asignadas. Es decir, la disolución del Parlamento podrá decretarse para la convocatoria inmediata de nuevas elecciones autonómicas, pero no para que dicha Comunidad Autónoma carezca de dicho órgano de forma indefinida, porque entonces deja de ser precisamente una Comunidad Autónoma.

Si Senado autorizase (en su caso) y Gobierno ejecutase (en su caso) una medida de ese tipo, ésta sería previsiblemente declarada inconstitucional. Que fue precisamente lo que ocurrió con la Sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de 5 de marzo de 1936. En una palabra, el control constitucional del máximo Órgano de interpretación constitucional siempre subsiste.

B. La suspensión del Estatuto de Nuria y la sentencia de 5 de marzo de 1936 del Tribunal de Garantías Constitucionales

Hemos hecho referencia en el epígrafe anterior en varias ocasiones a la suspensión del Estatuto de Nuria entre 1934 y 1936, con ocasión de la sublevación de la Generalidad catalana de 6 de octubre de 1934. Merece, por tanto, que expliquemos, siquiera brevemente, las consecuencias jurídicas de tal decisión, desde la óptica del control de constitucionalidad de la misma.

Sabido es por todos, que el 6 de octubre de 1934 a las ocho de la tarde, Companys, presidente de la Generalidad, proclamó el Estado Catalán desde el balcón del Palacio de la Generalidad, con la siguiente declaración: “(...) En esta hora solemne en nombre del pueblo y del Parlamento, el Gobierno que presido asume todas las facultades del poder en Cataluña, y proclama el Estado Catalán de la República Federal Española...”.

A estas palabras le siguió la declaración inmediata del “estado de Guerra” en el territorio de la Región autónoma de Barcelona, y la rendición de Companys y su detención junto con el resto de los Consejeros, a excepción del de

Gobernación. Al margen de otras medidas de carácter urgente, y después de arduas sesiones parlamentarias, las Cortes Republicanas aprobaron la Ley de 2 de enero de 1935, de suspensión del Estatuto de Cataluña⁵¹. Lo que suponía el final de la autonomía, que la Constitución de 1931 reconocía a la Región autónoma de Cataluña. Así, decía el artículo 1 de la Ley de 2 de enero de 1935: “*Quedan en suspenso las facultades concedidas por el Estatuto de Cataluña al Parlamento de la Generalidad hasta que las Cortes, a propuesta del Gobierno y después de levantada la suspensión de garantías constitucionales, acuerde el restablecimiento gradual del régimen autonómico*”.

La suspensión de la autonomía catalana se prolongó hasta febrero de 1936, en que se aprobó el Decreto-Ley de 26 de febrero, por el que se autorizaba al Parlamento de Cataluña a reanudar su actividad y, por tanto, a designar un Gobierno para la Generalidad⁵². Pero lo realmente relevante es que, poco después, el 5 de marzo de 1936, el Tribunal de Garantías Constitucionales declaró la inconstitucionalidad de la Ley de 2 de enero de 1935. Y esto sí que es realmente significativo, porque señaló el límite insalvable a cualquier supuesto de control extraordinario sobre las Regiones Autónomas.

En esta sentencia, que resolvía el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente en funciones del Parlamento de Cataluña contra la referida Ley, se afirmaba la inconstitucionalidad de la medida en cuestión, por haber introducido un régimen intermedio entre la autonomía y el Derecho común que violaba los preceptos constitucionales que la garantizaban⁵³. Según la literalidad de la sentencia: “Los sucesos ocurridos el 6 de octubre de 1934, quebrantando seriamente los supuestos en que se apoya el régimen autonómico y perturbando la relación normal entre los órganos del Poder que la Constitución ha establecido en interés de la misma autonomía (...) entendió (*se refiere al Gobierno* –EGH–) que cabía armonizar el respeto al principio autonómico con las exigencias impuestas por el interés nacional, creando una figura no prevista en el texto constitucional; la virtual suspensión del Estatuto, aunque con el propósito de continuar amparándolo (...) Estas razones, como en general las de tipo político,

51. *Gaceta de Madrid* de 3 de enero de 1935.

52. El Decreto del la Presidencia del Consejo de Ministros decía lacónicamente en su artículo 1: “Se autoriza al Parlamento catalán para reanudar sus funciones al efecto de designar el Gobierno de la Generalidad” (*Gaceta de Madrid* de 28 de febrero de 1936, núm. 59).

53. Hernández Lafuente, A., *Autonomía e integración en la Segunda República*, Ed. Encuentro, Madrid, 1980, pág. 347.

incluso las que se inspiran en apreciaciones de necesidad, no pueden servir de base para una decisión de este Tribunal si son contradictorias con los preceptos constitucionales. No cabe distinguir donde la Constitución no distingue, ni pueden aceptarse alegaciones que ella no autorice. La suspensión del régimen autonómico, establecida en la ley, podría convertirse en medio de derogar prácticamente el Estatuto”. A juicio del Tribunal, “Si bien los Estatutos de Autonomía previstos en la Constitución no son leyes de categoría constitucional, lo es el principio de autonomía de que nace (...) e impone al Estado la obligación de reconocerlos y ampararlos como parte integrante de su ordenamiento jurídico”⁵⁴. Por tanto, el Tribunal de Garantías Constitucionales, desde el momento en que constató el reconocimiento constitucional de la autonomía de las regiones, excluyó toda posibilidad de disolución, incluso de suspensión temporal, de los órganos de la Región autónoma de Cataluña.

Al respecto Alcalá-Zamora opinaba que “hubiera sido mejor que el propio artículo 12 terminara previendo, con carácter general, para todos los Estatutos, el *quorum* de aprobación, el de suspensión, el de modificación y el de derogación”⁵⁵. Pero no fue así. La Segunda República no dejó perfectamente cerrado el sistema de controles sobre las Regiones autónomas en supuestos en que pudiese peligrar la integridad territorial de España como fue la sublevación del 6 de octubre de 1934. De ahí los gravísimos problemas de constitucionalidad de la Ley de 2 de enero de 1935, que establecía la suspensión *sine die* de la autonomía catalana. No obstante, el propio Alcalá-Zamora, consideraba que las Cortes que votaron la Ley de 2 de enero de 1935 tuvieron su disculpa: “Una vez más, no hubo tampoco exceso de competencia en las Cortes ordinarias, porque, al fin y al cabo, después de haber votado la Constitución y la ley de responsabilidades del Presidente de la República, las Constituyentes eran al mismo tiempo Cortes ordinarias, no podían erigirse en superiores irreformables de las que les sucedieran, y las elegidas en

54. La sentencia se acompañó de un voto particular, suscrito por seis miembros del Tribunal, que sustancialmente discrepaba de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley de 2 de enero de 1935 porque ésta exclusivamente: “estableció un estado transitorio de derecho ante el estado de hecho creado por la rebelión armada de los principales órganos de la Generalidad, que vinieron a vulnerar el propio ordenamiento jurídico-administrativo autónomo fundamentado en el acatamiento de la Constitución de la República”. El texto íntegro de la sentencia en *Gaceta de Madrid* de 12 de junio de 1935, núm. 163, págs. 2123 a 2131 y Bassols Coma, M., *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1980.

55. Alcalá-Zamora, N., *Los defectos de la Constitución de 1931 y tres años de experiencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, pág. 69.

1933 se encontraron frente al hecho imprevisto y gravísimo, que mostraba la realidad, y sin una norma constitucional que pudiese regularlo”⁵⁶.

El porqué de la significativa ausencia de una norma que amparase acciones coactivas contra las regiones autónomas hay que buscarlo quizá en el momento histórico de promulgación de la Constitución de 1931. A principios del siglo pasado aún no eran muy frecuentes este tipo de controles. Así a pesar de que la Constitución de 1931 sucumbiese a la sugestión que sobre ella ejercieron textos como el alemán de Weimar, el austriaco federal y el checoslovaco, y aun el mejicano o el uruguayo⁵⁷, ni en la Constitución de la República Federal austriaca de 1920⁵⁸, ni en la Constitución mejicana de 1917, ni siquiera en la venerable Constitución de Weimar de 11 de agosto de 1919⁵⁹ se puede determinar un claro ejemplo de control extraordinario. No obstante, esta última parece permitir veladas facultades coercitivas al Presidente de la República: “Si un Estado no cumpliera con sus obligaciones conforme a lo dispuesto en la Constitución o en un Ley del *Reich*, el Presidente del *Reich* puede hacérselas cumplir mediante las fuerzas armadas” (art. 48). Podríamos encontrarnos ante un venerable antecedente de una fórmula de control extraordinario y coercitivo, lamentablemente relegado al olvido por la Constitución que guió los pasos de la II República.

Sea como fuere, a día de hoy, el Derecho Constitucional continúa resistiéndose a admitir supuestos de suspensión estatutaria, y apuesta por preceptos como el artículo 155 de la Constitución española de 29 de diciembre de 1978.

C. El Tribunal Constitucional y el artículo 155 de la Constitución española

Si el problema durante la II República estuvo en que la Constitución de 1931 no incluía un precepto semejante al artículo 155, nuestra Carta Magna de 1978 sí autoriza al Estado a poner en práctica determinadas medidas correctoras de la inconstitucional o perniciosa actividad autonómica. Así, lo que se discute, es si a pesar del marcado carácter judicial de nuestro sistema de controles sobre las Comunidades Autónomas, sería posible admitir que determinados temas queda-

56. *Ibidem*, pág. 84.

57. Merino Merchán, J. F., *Regímenes históricos españoles*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 201.

58. Texto integro en Pérez Serrano, N. y González Posada, C., *Constituciones de Europa y América. Selección de Textos vigentes. Traducción y notas*. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1927, págs. 133 a 182.

59. Texto integro en <http://constitucion.rediris.es/principal/constituciones-weimar.htm>.

sen exentos del control del Tribunal Constitucional, sobre todo cuando se trata de actuaciones ligadas a la soberanía, que, a la postre, son conductas esencialmente políticas⁶⁰.

La cuestión de fondo no es otra que, aplicadas las prescripciones contenidas en el artículo 155 CE, subsistiría la posibilidad de un control jurisdiccional de las medidas emprendidas. Éste ha sido un aspecto ampliamente debatido, en el que las posturas oscilan desde la negativa rotunda hasta la afirmación categórica de esta posibilidad de revisión por el Tribunal Constitucional, pasando por una opción más equilibrada que prefiere realizar un análisis detallado de cada una de las medidas, concluyendo la viabilidad de este tipo de control solamente en algunos supuestos muy concretos.

En apoyo de los partidarios del control extraordinario sobre las Comunidades Autónomas como supuesto típico de ámbito exento de control por el Tribunal Constitucional, estaría el dato de que en los debates constituyentes se propuso la expresa inclusión de un precepto constitucional al respecto, pero finalmente no fue aceptada la intervención a *posteriori* de nuestro Supremo Intérprete constitucional. Así, el diputado don Francisco Letamendi por el Grupo parlamentario mixto, propuso la enmienda número 64 al Anteproyecto constitucional en que se pedía la intervención previa del Tribunal Constitucional, es decir, que éste declarase la constitucionalidad de la actuación de la Comunidad Autónoma, con carácter previo a que el Gobierno se decidiese a poner en práctica las medidas que le autoriza el Senado. Decía literalmente esta enmienda: “Si un territorio autónomo no cumpliera las obligaciones que la Constitución le impone respecto del Estado, el Gobierno con la aprobación de los dos tercios de los miembros del Senado, podrá interponer recurso de anticonstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Si el fallo del Tribunal estimara la anticonstitucionalidad el Gobierno podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a los poderes del territorio autónomo al cumplimiento de dichas obligaciones”⁶¹.

Junto a ésta, también se presentó, a cargo del Grupo parlamentario vasco, la enmienda número 678 al Anteproyecto en que se planteaba la posibilidad de recurrir ante el Tribunal Constitucional la autorización del Senado⁶². Y por últi-

60. Rodríguez Oliver, op. cit., págs. 2291 y 2292.

61. Constitución Española, Trabajos parlamentarios, t. I, Cortes Generales, Madrid, 1989, págs. 165 y 166.

62. *Ibidem*, pág. 389.

mo las enmiendas número 313, al Anteproyecto por el Grupo parlamentario de *Socialistes Catalunya*; y la número 805 en el Senado por el de *Entesa dels Catalans*, en que se solicitaba la contemplación expresa de recurso ante el Tribunal Constitucional frente a la decisión del Ejecutivo de iniciar el procedimiento del artículo 155 de la Constitución⁶³. Sin embargo, la Comisión Mixta Congreso-Senado eliminó esta propuesta del texto definitivo de Constitución.

Si en su momento, ninguna de estas enmiendas fue aceptada, habría que entender que el constituyente desechó esta posibilidad. Sin embargo, ello parece discutible por varios motivos. En primer lugar, porque la actuación del Gobierno está sometida, en todo caso, a ciertos límites. Primeramente, a que haya sido autorizado por el Senado. Pero también está limitado por la Constitución. Y la determinación de cuando se ha traspasado este límite insalvable corresponde, naturalmente, al Tribunal Constitucional.

La solución estaría en reconocer que, aunque estos supuestos posean una indudable dimensión política, el parámetro de control de la actuación de la “traviesa” Comunidad Autónoma no es otro que el de la constitucionalidad de su actuación. E igual ocurre con las medidas que tome el Gobierno, que, en ningún caso, pueden ir en contra de lo preceptuado por nuestra Norma fundamental. Ya lo dice su artículo 9 CE, que impone a todos los poderes públicos la obligación de respetar la Constitución. El propio artículo 155 CE lo afirma respecto de las Comunidades Autónomas al referirse al incumplimiento de sus “obligaciones constitucionales”. La determinación de dicha constitucionalidad es un aspecto reservado naturalmente a la competencia del Tribunal Constitucional, a tenor del artículo 1.1 LOTC.

Además, el Senado sólo podrá autorizar este tipo de medidas cuando se constate indubitadamente tal necesidad. En caso contrario carecerá del respaldo constitucional para validar tal invasión en el ámbito de autogobierno reconocido a una Comunidad Autónoma⁶⁴. Y también podrá enjuiciar el Tribunal Constitucional si se han aplicado las formalidades que impone el artículo 155 CE. Esto es el requerimiento previo del Gobierno y la autorización del Senado siguiendo los trámites de los artículos 56 m) y 189 del Reglamento del Senado.

63. *Ibidem* (t. III), pág. 3006.

64. Calafell Ferrá, V., “La compulsión o coerción estatal (Estudio del artículo 155 de la Constitución española)”, *Revista de Derecho Político*, núms. 48 y 49, 2000, pág. 137.

El carácter excepcional de este tipo de control sobre las Comunidades Autónomas exige analizar, caso por caso, las posibles reacciones procesales que pudiera emplear una Comunidad Autónoma en defensa de su posición y, sobre todo, en defensa de la autonomía que le reconoce nuestra Carta Magna. Para ello resulta imprescindible desgajar las diferentes fases en que se subdivide el procedimiento descrito en el artículo 155 CE. Así, primeramente tiene lugar el requerimiento gubernamental que, de resultar infructuoso, permite al Gobierno solicitar del Senado la preceptiva autorización de las medidas que considere necesarias. Y, en último lugar, la concreta ejecución de dichas medidas.

Respecto del *requerimiento previo del Gobierno* parece difícil aceptar la posibilidad de plantear un conflicto positivo de competencias, pues resulta ciertamente complicada la impugnación de un acto, que puede no tener ningún efecto jurídico, ni suponer la puesta en marcha de un procedimiento jurídico expreso.

Por otra parte, contra la *petición gubernamental de autorización al Senado*, tampoco parece posible plantear dicho conflicto de competencias. No se puede constatar una efectiva invasión de competencias por la mera solicitud de una autorización que ni ha sido concedida, ni mucho menos, puesta en práctica. Debe tenerse presente, que el Senado puede rechazar la solicitud, o recortar sustancialmente los medios propuestos por el Gobierno, pues el artículo 189 RS señala que el escrito que el Gobierno presente al Senado deberá contener el alcance de las medidas propuestas y una relación detallada de los medios o instrumentos que se pretendan poner en práctica.

En relación con el *acto de autorización del Senado*, éste si sería recurrible por la vía del recurso de inconstitucionalidad si se le considerase, naturalmente, un acto con fuerza de ley. Sin embargo, esta es una cuestión discutible, incluso en lo que se refiere a su consideración como norma en sentido material, pues su finalidad no es otra que la de autorizar al Gobierno que adopte las medidas pertinentes, agotando en ello su misión. Se trataría, más bien, de un “acto no legislativo” del Senado, pues, ni siquiera el artículo 189 RS exige que el escrito que le presente el Gobierno tenga forma articulada de ley.

En consecuencia, sería más factible su impugnación por la vía del conflicto positivo de competencias, pues la decisión del Senado, muy probablemente, estará condicionando el ámbito competencial reconocido a la Comunidad Autónoma

de que se trate. No obstante, también es defendible la postura contraria, al considerar que dicha autorización ni siquiera podría ser considerada una norma en sentido material, como ya hemos dicho, pues se agota en la misma autorización en que consiste⁶⁵, no desplegando más consecuencias en el ordenamiento jurídico. Esta posibilidad de plantear el conflicto de competencias podría encontrar incluso otro tipo de limitaciones en relación con su naturaleza jurídica. Sería necesario entender que el conflicto de competencias no es, estrictamente, la sola reclamación de la titularidad de una competencia, sino que, como recuerda la STC 11/1984, de 2 de febrero, en su Fundamento jurídico 2º, “basta con que se entienda que una disposición, resolución o acto emanados de otro ente no respeta el orden de competencias establecido por la Constitución, los Estatutos de Autonomía o las leyes orgánicas correspondientes y, en el caso de las Comunidades Autónomas, además, que tal disposición, resolución o acto afecten a su propio ámbito de autonomía (...) condicionando o configurando de forma que juzga inadecuada las competencias que, en virtud de esa autonomía ostenta”. Aunque, naturalmente, esta rebaja en la admisibilidad de los conflictos de competencias no debe ser de tal intensidad como para recurrir a él ante cualquier diferencia de opinión entre el Estado Central y las Comunidades Autónomas⁶⁶.

Y, por último, en relación con las *medidas adoptadas por el Gobierno*, nuevamente se apuesta por el conflicto positivo de competencias, a tenor de la literalidad del artículo 63 LOTC que dice: “Cuando el órgano ejecutivo superior de una Comunidad Autónoma considerase que una disposición, resolución o acto emanado de la autoridad de otra Comunidad o del Estado no respeta el orden de competencias establecido en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía o en las Leyes correspondientes y siempre que afecte a su propio ámbito...” podrá plantear el preceptivo conflicto positivo de competencias, previa satisfacción del requisito del requerimiento. Así, podría suceder que el Gobierno estuviese usando la vía del artículo 155 CE como pretexto formal para invadir el ámbito de competencias de una Comunidad Autónoma. Y en estas circunstancias estaría justificada la interposición de dicho conflicto competencial⁶⁷.

Naturalmente ni qué decir tiene, que si estas medidas supusiesen la vulneración de derechos fundamentales siempre subsistiría la vía del recurso de ampa-

65. *Ibidem*, pág. 143.

66. *Ibidem*, pág. 141.

67. Rodríguez Oliver, *op. cit.*, pág. 2325.

ro. Y, que, en este procedimiento o en el caso del conflicto de competencias, a la larga, el Tribunal Constitucional podría verse constreñido o empujado a decidir sobre la constitucionalidad o no de la decisión del Gobierno de utilizar el artículo 155 y, por ende, de la preceptiva autorización del Senado.

Como conclusión, en relación con la actividad de control sobre las Comunidades Autónomas llevada a cabo por el Tribunal Constitucional no puede olvidarse que el sistema autonómico ha sido capaz de resolver los conflictos competenciales gracias a la decisiva intervención de este Órgano y, a pesar de las dificultades intrínsecas a esta labor, su trabajo ha sido encomiable y ha gozado, por lo general, de la aceptación por todas las partes, quizás por la calidad técnica de sus decisiones y por la mesurada ponderación de las mismas. Un nuevo argumento, al menos, hasta el día de hoy, para no recelar de la actividad de supervisión del Tribunal Constitucional sobre las Comunidades Autónomas.

Bibliografía

Aguado Renedo, C., *El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

Alberti Rovira, E., “Control del Estado sobre las Comunidades Autónomas”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. I, Cívitas, Madrid, 1995.

Alcalá-Zamora, N., *Los defectos de la Constitución de 1931 y tres años de experiencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1981.

Álvarez Conde, E., *Reforma constitucional y reformas estatutarias*, Justel, Madrid, 2007.

Bacigalupo Ságesse, M., <http://www.congreso.es/constitución/constitución/indice/sinopsis-pr.jsp?art>. (fecha de consulta: 15 de mayo de 2008).

Balaguer Callejón, F. (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2005.

Bassols Coma, M., *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1980.

Calafell Ferrá, V., “La compulsión o coerción estatal (Estudio del artículo 155 de la Constitución española)”, *Revista de Derecho Político*, 2000, nos 48 y 49.

Cascajo Castro, J. L., “La reforma del Estatuto”, en *Primeras Jornadas de Estudio del Estatuto de Autonomía del País Vasco*, t. III, Zamudio, Vizcaya, 1983.

Constitución Española, Trabajos parlamentarios, t. I y III, Cortes Generales, Madrid, 1989.

Cruz Villalón, P., “La protección extraordinaria del Estado en la Constitución española de 1978”, en A. Pedrieri y E. García de Enterría (dirs.), *Estudio sistemático de la Constitución española*, Cívitas, Madrid, 1980.

Fernández Farreres, G., *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Iustel, Madrid, 2005.

Gaceta de Madrid, 12 de junio de 1935, núm. 163.

Gaceta de Madrid de 3 de enero de 1935.

García Torres, J., “El artículo 155 de la Constitución española y el principio constitucional de autonomía”, en VV.AA., *Organización territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, vol. II, Instituto de Estudio Fiscales, Madrid, 1984.

Gil-Robles y Gil-Delgado, J. M^a., “El control extraordinario de las Comunidades Autónomas”, *Comentario a las Leyes Políticas*, t. IX, Edersa, Madrid, 1988.

Gil-Robles y Gil-Delgado, J. M^a. y Gil-Robles Casanueva, L., “Artículo 153. El control de la actividad de las Comunidades Autónomas por órganos del Estado”, en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. XI (arts. 143 a 158), Cortes Generales/Edersa, Madrid, 1999.

Gil-Robles, J. M^a., Control y autonomías, Civitas, Madrid, 1986.

González Hernández, E., “Crónica de la jurisprudencia constitucional española (año 2007)”, Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de Jurisprudencia (Perú), nº 12, (diciembre), 2007.

González Hernández, E., “El modelo de “fiscalización-control” del Estado sobre las Comunidades Autónomas. Futuro y propuestas de lege ferenda”, en Álvarez Conde, E. (coord.), El futuro del Modelo de Estado, Instituto de Derecho Público/Instituto Madrileño de Administración Pública/Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2007.

González-Trevijano, P., “El artículo 155 o la última ratio”, Gaceta de los Negocios, 8 de noviembre de 2003.

Hernández Lafuente, A., Autonomía e integración en la Segunda República, Ed. Encuentro, Madrid, 1980.

<http://constitucion.rediris.es/principal/constituciones-weimar.htm>.

Jiménez Asensio, “La reforma del Estatuto de Autonomía del País Vasco”, Revista de Estudios Políticos, nº 46/47, 1985.

Loewenstein, K., Teoría de la Constitución, Ariel, Barcelona, 1986.

López Guera, L., Espín, E., García Morillo, J., Pérez Tremps, P. y Satrustegui, M., Derecho Constitucional. Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado, vol. II, Tirant lo blanch, Madrid, 1995.

Merino Merchán, J. F., Regímenes históricos españoles, Tecnos, Madrid, 1988.

Molas, I., Derecho Constitucional, Tecnos, Madrid, 2005 (3^a ed.).

Monreal, A., “Estado de la Autonomías, reformas estatutarias y mutación constitucional”, en El futuro del modelo de Estado, coord. E. Álvarez Conde, IMAP/URJC/IDP, Madrid, 2007.

Pérez Serrano, N. y González Posada, C., *Constituciones de Europa y América. Selección de Textos vigentes. Traducción y notas.* Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1927.

Rodríguez Oliver, J. M^a., “Los ámbitos exentos del control del Tribunal Constitucional español”, en VV.AA., *El Tribunal Constitucional*, vol. III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981.

Santaolalla, F., *Derecho parlamentario español*, Espasa-Calpe, Madrid, 1990.

Sáiz Pérez, Á., *La reforma de los Estatutos de Autonomía (con especial referencia a los Estatutos de Autonomía de Cataluña y de la Comunidad Valenciana)*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

Solozabal Echavarría, J. J., “Las reformas estatutarias y sus límites”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 21 (enero-abril), 2004.

Sosa Wagner, F., “El control de las Comunidades Autónomas por el Estado en la Constitución”, *Documentación Administrativa*, nº 182, 1979.

Tolivar Alas, L., *El control del Estado sobre las Comunidades Autónomas*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1981.

Torres del Moral, A., *Principios de Derecho Constitucional español*, Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho.UCM, Madrid, 3^a ed. 1992.

Virgala Foruria, E., “La coacción estatal del artículo 155 de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 73 (enero-abril), 2005.

Viver Pi i Sunyer, C., *La reforma de los Estatutos de Autonomía con especial referencia al caso de Cataluña*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005; VV.AA., *La reforma de los Estatutos de Autonomía. Actas del IV Congreso Nacional de la Asociación de Constitucionalistas de España (4º Congreso Nacional celebrado en Jaén)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/stc2008/STC2008-05707.html
(Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2008).

LA REGULACIÓN DEL FACTOR RELIGIOSO EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA-LA MANCHA*

José María Martí Sánchez

Profesor Titular de Derecho Eclesiástico
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO

- I. *Entidades religiosas en Castilla-La Mancha.*
- II. *Legislación autonómica sobre el factor religioso.*
 1. *Educación y enseñanza religiosa.*
 2. *Sanidad y servicios funerarios.*
 - a) *La regulación jurídica de los cementerios.*
 - b) *Libertad de conciencia en el derecho sanitario.*
 - c) *La asistencia religiosa en centros hospitalarios.*
 3. *Asistencia religiosa en centros públicos y asistencia social.*
 4. *Medios de comunicación.*
 5. *Urbanismo y lugares de culto.*
 6. *Patrimonio histórico-artístico.*
- III. *Conclusión: el derecho eclesiástico en la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha.*

* Trabajo cerrado el 15 de junio de 2007 en el marco del Proyecto de Investigación SEJ2005-02221 (2005-2007).

I. Entidades religiosas en Castilla-La Mancha

Comenzamos con las *entidades católicas*. Aunque la localización de las entidades que facilitamos se atiene a la división administrativa del Estado, conviene recordar respecto a la estructura orgánica de la Iglesia que la *Archidiócesis de Toledo* tiene unos límites que desbordan los administrativos de la provincia¹. En cuanto a sus diócesis sufragáneas –Albacete, de reciente erección², Ciudad Real³, Cuenca y Sigüenza-Guadalajara– su jurisdicción se corresponde con los límites provinciales⁴.

Según los datos del *Registro de Entidades Religiosas* (septiembre de 2006) las *Inscripciones católicas* (excluidas las fundaciones) de la Comunidad Autónoma son 610 descollando las 197 de Toledo⁵. En las otras provincias las inscripciones son: 87 en Albacete, 187 en Ciudad Real, 66 en Cuenca y 73 en Guadalajara⁶.

En cuanto a las *fundaciones católicas* inscritas en la comunidad autónoma son dignas de reseña las 11 de Toledo (4 en la capital y entre ellas está la Fundación «Radio Santa M^a») y las 4 de Guadalajara (dos en la capital).

1. Toledo tiene dos arciprestazgos que son de Extremadura (uno de ellos, el célebre santuario de Guadalupe). En general, información muy actualizada, más de los Obispos que de las Diócesis. <http://www.catholic-hierarchy.org/>

2. La Diócesis de Albacete fue creada por la Bula Apostólica “*Inter Praecipua*” del 2 de Noviembre de 1949, como sufragánea de la Archidiócesis de Valencia, con territorios que hasta ese momento habían pertenecido a las Diócesis de Cartagena (la gran mayoría de las Parroquias), Cuenca (7 Parroquias) y Orihuela (1 Parroquia). Todo el territorio pertenecía a la provincia civil de Albacete, aunque no toda la provincia civil de Albacete era Diócesis de Albacete en aquel momento inicial. El día 25 de Julio de 1966 se anexionó a la Diócesis la parte de la provincia civil que aun pertenecía a la Archidiócesis de Toledo, coincidiendo desde entonces provincia civil y Diócesis. Por Decreto de la Congregación para los Obispos de fecha 28 de Julio de 1994 fue segregada de la Provincia Eclesiástica de Valencia y agregada a la de Toledo, Archidiócesis que incorporaba así todas las provincias civiles que corresponden a su división autonómica civil. Este Decreto fue ejecutado el 30 de Octubre de 1994 en la Catedral de Albacete.

3. Su historia está vinculada a las Ordenes Militares. De la Diócesis de Ciudad Real puedes encontrar una breve historia en: <http://www.diocesisciudadreal.es/seccion.aspx?id=8>

4. La coincidencia con los límites provinciales de las diócesis de Albacete, Ciudad Real, Cuenca y Sigüenza responde a una tendencia operante después del concordato de 1953, pero no es así en todas.

5. De estas, 70 entidades inscritas en la capital y 20 en Talavera de la Reina.

6. Por su parte, Albacete (capital) cuenta con 37 y, en su provincia, también destacan las 11 de Hellín (aunque en la página web del Registro sólo se especifican 9). En Guadalajara hay que destacar las 31 inscripciones de la capital y las 11 de Sigüenza. En Ciudad Real sobresalen las 30 de la capital y las 13 de Alcázar de San Juan, Campo de Criptana y Daimiel. Por su parte, Puertollano cuenta con 12 entidades inscritas. Mientras que Cuenca (capital) cuenta con 25 inscripciones.

Respecto a las *confesiones minoritarias* su presencia en la región es, hasta el momento, escasa: 57 entidades. Excepcionalmente han alcanzado cierta notoriedad, por su arraigo en el tiempo, las comunidades protestantes en la capital de Albacete. Así se refleja en la distribución provincial de las entidades religiosas minoritarias⁷. El total de entidades inscritas en Ciudad Real es 19 y también predomina el Protestantismo⁸. Cuenca, la menos poblada de las provincias autonómicas, únicamente cuenta con tres entidades inscritas⁹. Por lo que respecta a Guadalajara, hay 8 entidades en el Registro de Entidades Religiosas¹⁰.

Toledo es la provincia donde, quizá por la mayor presencia de inmigrantes, se asienta un mayor número de entidades inscritas (16), sobre todo islámicas¹¹.

II. Legislación autonómica sobre el factor religioso

Corresponde en este momento el estudio de las materias autonómicas específicas sobre Derecho eclesiástico. Éstas lo pueden ser bien por disciplinar directamente asuntos relacionados con el factor religioso, o bien por su conexión con los compromisos establecidos en los Acuerdos firmados por la confesiones religiosas. Pero, previamente al análisis de asuntos particularizados relacionados con iniciativas de fomento de los poderes públicos, existe la preocupación por preservar la esfera de autonomía del individuo, en temas de religión y conciencia, así como de garantizar la igualdad de trato en todos los ámbitos evitando discriminaciones fundadas en opciones personales.

7. En Albacete están inscritas 11 entidades de las cuales dos, evangélicas, pertenecen a Almansa y 8 a Albacete capital. De éstas 7 son evangélicas y una islámica. En Tobarra figura la Comunidad Islámica de Albacete.

8. Así cuenta con tres comunidades en Valdepeñas. Dos tienen su sede en Alcázar de San Juan, la capital, Ciudad Real, y Tomelloso. Con una de las distintas ramas protestantes, están: Bolaños de Calatrava, Campo de Criptana, La Poblachela, Manzanares, Moral de Calatrava, Pedro Muñoz, Puertollano, Santa Cruz de Mudela. En esta provincia, además, existen inscritas dos comunidades islámicas, una en Fuente del Fresno y otra en Puerto Lápice.

9. Una ortodoxa en Huete, y dos evangélicas en Alconchel de la Estrella y Cuenca capital.

10. En Azuqueca de Henares residen una comunidad islámica y dos evangélicas. La ciudad de Guadalajara tiene tres comunidades evangélicas y una mezquita.

11. Toledo capital cuenta con dos comunidades, una tienen: Almorox, Huerta de Valdecarabanos, Illescas, La Puebla de Montalbán, Mocejón, Portillo, San Pablo de los Montes, Sonseca y Yuncos. Por otra parte, existen tres comunidades evangélicas distribuidas en: Toledo capital, Quintanar de la Orden y Villanueva de Alcardete.

Este cometido viene así instado en el Estatuto: «corresponde a los poderes públicos regionales promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social de la Región» (art. 4.2). Y siendo un compromiso general, por el que han de velar los poderes públicos, es a la institución del Defensor del Pueblo¹² a la que se le encomienda de modo particular. Dentro de su función tuitiva la ley enfatiza la erradicación de desigualdades por razón de “género”¹³.

En este momento habría que hacer mención no sólo de la ley del Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha, sino también de su actuación concreta, reflejada en las memorias anuales presentadas en las Cortes autonómicas¹⁴, sobre los diversos asuntos de que se ocupa¹⁵. A través de estos datos podemos obtener, desde 2002, el pulso del funcionamiento, o efectividad, de los derechos en Castilla-La Mancha así como la orientación política institucional. De este modo, por ejemplo, en el Informe de 2006, se recogen actuaciones de control de la actividad de la Administración pública sobre símbolos religiosos¹⁶. No podemos, sin embargo, completar estos datos con otros aportados por Comisiones de investigación de las Cortes de Castilla-La Mancha, pues, no se han producido en materias relacionadas con el Derecho eclesiástico.

12. Ley 16/2001, de 20 de diciembre, del Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha. Prepararon la puesta en marcha de la institución la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, y la Ley 36/1985, de 6 de noviembre, para regular las relaciones con las figuras similares existentes en otras Comunidades Autónomas.

13. Dice el Preámbulo de la ley: “es preciso insistir sobre la erradicación de las todavía persistentes desigualdades, por razón de género, de diversidad cultural y social, así como de orientación sexual. Con el fin de contribuir a ello, la Ley quiere contemplar de forma específica el que una de las [dos] Adjuntías esté dedicada a la defensa de la igualdad de género”. Asimismo, cfr. art. 8.1 y 10.2. A este asunto se reserva lugar destacado en los informes anuales de la institución.

14. “1. El Defensor o Defensora del Pueblo de Castilla-La Mancha dará cuenta, anualmente, a las Cortes Regionales, de la gestión realizada y del resultado de la misma, en un Informe que presentará en el período ordinario de sesiones. 2. Cuando la gravedad o urgencia de los hechos lo aconsejen podrá presentar un informe extraordinario, que dirigirá a la Diputación Permanente de las Cortes Regionales si éstas no estuviesen reunidas. 3. Los informes anuales y, en su caso, los extraordinarios serán publicados obligatoriamente en el «Boletín Oficial de las Cortes de Castilla-La Mancha»” (art. 32).

15. El art. 10.3 de su ley establece como oficinas específicas: a) Oficina de los Derechos de la Mujer.

b) Oficina de los Derechos del Menor; c) Oficina de los Derechos del Inmigrante; d) Oficina de Defensa del Usuario del Sistema Sanitario de Castilla-La Mancha; e) Oficina del Derecho a la Educación; f) Oficina de Asuntos Generales.

16. Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha, *Informe anual 2006*, págs. 133-134.

1. Educación y enseñanza religiosa¹⁷

Es ésta una de las cuestiones de más peso dentro del Derecho eclesiástico, pues nos pone en contacto con las raíces de la libertad religiosa y de conciencia¹⁸. Son dos los factores que han contribuido a potenciar los contenidos autonómicos en la materia. De una parte las transferencias y de otra las previsiones generales de la Ley Orgánica 2/2006, de Educación¹⁹. El artículo 37.1 del Estatuto, en su última redacción de 1997, apoyado en las leyes de transferencias de 1999, amplía unas competencias inicialmente concebidas como residuales²⁰. Hoy se le otorga a la Comunidad de Castilla-La Mancha “la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades”. En este contexto se han aprobado todo tipo de disposiciones sobre la estructura administrativa educativa en la Comunidad autónoma. El Consejo Escolar de Castilla-La Mancha es el órgano, para la consulta y asesoramiento del Gobierno regional²¹, en la programación general de la enseñanza en los niveles anteriores a la Universidad, donde se estructura la participación de la sociedad castellano-manchega²². Esta labor la realiza a través de su informe anual de situación del sistema educativo regional²³, y los dictámenes a las normas del ramo²⁴.

Con carácter previo conviene enmarcar la *política autonómica*. La Ley 3/2007, de 8 de marzo, de Participación Social en la Educación en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, señala, como segundo objetivo de la programación general de la enseñanza, “definir y desarrollar un modelo educativo de Castilla-La Mancha que, basado en los principios de calidad y equidad, fomen-

17. Con carácter general, cfr. Díaz Revorio, F.J., *Los derechos fundamentales del ámbito educativo en el ordenamiento estatal y autonómico de Castilla-La Mancha*, Toledo, 2002. Con amplia bibliografía.

18. Como detalle que revela su trascendencia recordemos que el apoyo de la Iglesia católica a la Revolución belga de 1830 y su separación de Holanda estuvo condicionada a que quedase garantizada la libertad de enseñanza. Cfr. De Groof, J, “*New Challenges for Freedom of Education. Competitvity in Education*”, en AA. VV., *Libertad, igualdad y pluralismo en educación*, Comunidad de Madrid. Consejería de Educación, Madrid, 2003, pág. 49.

19. Particularmente arts. 1 i), como principio legal, y, más concretamente sobre la distribución competencial, art. 6.

20. Para la Universidades –la de Castilla-la Mancha y, parcialmente, para la de Alcalá de Henares–, en el párrafo 2º, sobre infraestructuras educativas.

21. Cfr. Decreto 123/2000, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de funcionamiento del Consejo Escolar de Castilla-La Mancha (*DOCM*, núm. 68 de 14 julio de 2000).

22. Art. 9 de la Ley 3/2007, de 8 de marzo, de Participación Social en la Educación en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (*DOCM*, núm. 60, de 20 de marzo de 2007), págs. 6880-6886.

23. Cfr. arts. 14 de la Ley 3/2007.

te la conciencia de identidad regional, la apertura a otras culturas y la comunicación con éstas...” (art. 2.b)²⁵.

En la preocupación allí apuntada por la cohesión social²⁶, así como en la Ley Orgánica de Educación²⁷, se firmó el Acuerdo por la Convivencia en los Centros Escolares de 31 de agosto de 2006. A la iniciativa de la Presidencia de la Junta de Comunidades²⁸ se unieron diversos representantes sociales²⁹. Entre las muchas medidas del acuerdo está la creación de un Observatorio Regional y la elaboración, por cada centro, de la Carta por la Convivencia. Asimismo, y en conexión con disposiciones anteriores³⁰, se potencia, para la resolución de los conflictos, la mediación y el arbitraje. También se prevé la elaboración del Plan de Convivencia, como elemento fundamental del proyecto educativo del centro y adaptado a su ambiente y características. Esto queda precisado en el Decreto 3/2008, de 8 de enero, de la convivencia escolar en Castilla-La Mancha que insiste, con sabor intervencionista, en los valores para la convivencia.

En un futuro está prevista la promulgación de una Ley de Educación para Castilla-La Mancha, disposición llamada a tener gran resonancia en el sistema de Derecho eclesiástico.

24. Cfr. arts. 12-13 de la Ley 3/2007.

25. Asimismo, cfr. art. 17.5 de la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor. En la misma dirección, sobre el principio de la programación de promocionar la “identidad de Castilla-La Mancha” (art. 13 de la Ley 3/2000, de 26 de mayo, de Creación del Ente Público de Radio-Televisión de Castilla-La Mancha). Y, para la adjudicación de las concesiones de servicio público de radiodifusión sonora y de televisión por ondas terrestres, se tendrán en cuenta, entre otros criterios, “el fomento de los valores culturales de la Comunidad” (art. 11.1.h de la Ley 10/2007, de 29 de marzo, de Medios Audiovisuales de Castilla-La Mancha, *DOCM*, núm. 82, de 19 de abril de 2007, págs. 9653 y ss.).

26. Art. 2.e de la Ley de Participación en la Educación.

27. “Para la sociedad, la educación es el medio de transmitir y, al mismo tiempo, de renovar la cultura y el acervo de conocimientos y valores que la sustentan, de extraer las máximas posibilidades de sus fuentes de riqueza, de fomentar la convivencia democrática y el respeto a las diferencias individuales, de promover la solidaridad y evitar la discriminación, con el objetivo fundamental de lograr la necesaria cohesión social” (Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2006). Esta expresión se repite a lo largo del Preámbulo y en artículos como el 2.1.e.

28. Con el respaldo de una Resolución de las Cortes regionales de 27 de abril de 2006, adoptada con el apoyo de todos los Grupos Parlamentarios.

29. Cfr. Nota de Prensa de 31 de agosto de 2006, en: www.jccm.es/Presidencia/actualidad/notapt.phtml?cod=19385 (consultada el 15 de septiembre de 2006).

30. Cfr. Orden de 12 de julio de 2005, de la Consejería de Educación y Ciencia, por la que se prorrogan y adaptan, para el curso 2005/2006, las instrucciones sobre organización y funcionamiento de los institutos de Educación Secundaria en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (*DOCM*, 150 de 28 de julio de 2005, pág. 14641), que atribuyen funciones de mediación al tutor de cada curso –“desarrollar con el alumnado programas relativos a la mediación y mejora de la convivencia”(punto 9)– y

Vamos ahora a referirnos a los aspectos más específicos de fricción entre la normativa autonómica, y la libertad de enseñanza y de conciencia. De entrada, hay que destacar que no se ha propiciado la creación de centros de promoción social –ni la firma de nuevos conciertos– en el ámbito autonómico. Por el contrario, son muchos los centros de titularidad pública abiertos en este periodo.

Otra de las medidas que más incide *de facto* en la libertad de elección de centro es el régimen establecido para la *admisión de alumnos*. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha 533/2004, de 10 de noviembre de 2004, anuló parcialmente la normativa entonces vigente³¹ y la creación de los nuevos órganos encargados de la admisión de alumnos de los colegios concertados (Consejos de Escolarización)³². Éstos, so capa de eficiencia, podían cercenar o amenazar derechos fundamentales³³. Por la repercusión que tuvo la sentencia³⁴, a pesar de haber sido casada por el Tribunal Supremo (sentencia de 28 de mayo de 2007), merece un sucinto comentario.

La sentencia casada afirma que: “la LODE atribuye al titular del centro la competencia para gestionar la admisión de alumnos. Por otro lado, la LOCE no altera en nada el planteamiento de la cuestión [...]. Podemos concluir, por tanto,

apuesta por el departamento de orientación, como órganos asesores del profesorado.

31. Decreto 22/2004, de 2 de marzo, de Admisión de Alumnado en los Centros Docentes no Universitarios Sostenidos con Fondos Públicos en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (*DOCM*, 5 de marzo de 2004).

32. Orden de 12 de marzo de 2004, de la Consejería de Educación de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, de Desarrollo del Proceso de Admisión del Alumnado en los Centros Docentes Sostenidos con Fondos Públicos que Imparten Enseñanzas de Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, y, de otro lado, la Orden de la misma fecha, por la que se Regula el Procedimiento de Admisión del Alumnado en Ciclos Formativos de Formación Profesional Específica de Grado Medio y Grado Superior en los Centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (ambas publicadas en el *DOCM*, de 17 de marzo de 2004).

33. El Tribunal Superior puso de manifiesto la relación entre libertad de enseñanza y medidas de apariencia inocua que buscan la eficiencia administrativa. Este era el peligro de las comisiones de admisión de alumnos en cuya creación Castilla-La Mancha fue pionera: vaciar la libertad de los padres a elegir centro educativo, para sus hijos, y de los centros a supervisar el proceso de selección en las admisiones. En general, cfr. F.L. Peligero Escucero, «La libertad en la educación», en *Congreso católicos y vida pública. Llamados a la libertad* (noviembre 2005), volumen I, CEU Ediciones, Madrid, 2006, pág. 857, y A. Fernández Miranda, «El artículo 27 de la Constitución española», en AA. VV., *Educación y democracia II Encuentros sobre educación en El Escorial (UCM)*, Comunidad de Madrid. Consejería de Educación, Madrid, 2004, pág. 89.

34. Recibió duras críticas del Consejero de Educación de la Juntad de Comunidades, que llegó a hablar de «una sentencia panfletaria», y de otros cargos y agentes sociales en *ABC*, 18 de noviembre de

que cuando el Decreto impugnado atribuye la titularidad para la admisión de alumnos (siempre con sujeción a los criterios de admisión establecidos normativamente) a la Administración, a través de los Consejos de Escolarización, y la detrae del propio titular del centro (con el control del Consejo Escolar), está vulnerando lo establecido por la LODE a este respecto” (Fundamento de Derecho 6º *in fine*)³⁵.

En cuanto a la *educación diferenciada*, desde un plano estrictamente jurídico positivo y dentro del ámbito del proceso de protección de los derechos fundamentales, se afirma “que hasta ahora en nuestro Ordenamiento jurídico no existe una prohibición general de la enseñanza o educación diferenciada”. Tampoco a nivel internacional donde cita la Convención de la UNESCO de 15 diciembre 1960 para la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza, (art. 2 apartado a). “Es más en los textos legales de nivel orgánico que desarrollan el derecho fundamental a la educación a la hora de definir los criterios y principios que deben regir en el procesos de admisión de alumnos en Centros públicos o financiados con fondos públicos no se introduce ninguna prohibición por razón del sexo” (Fundamento de Derecho, 11º)³⁶.

La Junta de Comunidades, pese al fallo, mantuvo el Decreto en vigor³⁷, siendo finalmente ratificado por sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de

2004, pág. 25.

35. Y añade que: “No se trata simplemente de un exceso en el desarrollo de la normativa estatal por parte del titular de la potestad reglamentaria de desarrollo que deba ser corregido en su caso con la ilegalidad del reglamento (ya sea por vulneración de una norma de rango superior –principio de jerarquía–, ya por exceso respecto de la normativa estatal que se desarrolla –principio de competencia–); se trata de que la contravención entra de ello en la configuración del contenido del derecho fundamental efectuada por el legislador orgánico, único competente para ello, desbordando el ámbito o delimitación marcado de manera patente, hasta el extremo de que dicha invasión y exceso normativo se convierte no sólo en una infracción de legalidad ordinaria sino por medio de ella en una vulneración de un derecho constitucional susceptible de amparo, y, en particular, del artículo 27 de la Constitución Española, en la parte en que establece que «Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales »” (Fundamento de Derecho 8º).

36. “De lo anterior se sigue que la normativa autonómica al añadir entre dichos criterios el sexo ha incurrido en un exceso competencial y vulnerado los textos legales antes expuestos [...]. ”Ya hemos dicho con anterioridad que una clara extralimitación del Reglamento en la configuración legal del derecho fundamental puede transgredir su contenido y en este caso la solución a la controversia ha de venir por la misma línea argumental” (Fundamento de Derecho 11º). El Tribunal Supremo, por el contrario, interpretó que el Decreto de admisión de alumnos garantizaba la libertad e igualdad al elegir centro.

37. Cfr. la Nota de Prensa de la Junta de Comunidades de 14 de junio de 2007 (en www.educa.jccm.es, (consulta de 15-06-2007). Actualmente regulan la materia: Decreto 2/2007, de 16 de enero, de Admisión del Alumnado en los Centros docentes públicos y privados concertados no uni-

2007, que casa la del tribunal de instancia, afirmando que la facultad de decidir sobre la admisión de alumnos no forma parte del contenido esencial del derecho constitucional de dirección del centro (FJ 7). Si esto es así no se entiende cómo pueda ser preservado un carácter propio o proyecto educativo definido en la oferta de un centro en cuya gestión participan, por ley, todos los miembros de la comunidad educativa. Asimismo, una sentencia del Tribunal Supremo posterior, la 3867/2008, de 11 de julio³⁸, ratificó la posibilidad de retirar el concierto a centros de educación diferenciada.

Dentro del desarrollo previsto por la Ley Orgánica 2/2006³⁹ y de las concreciones curriculares, nos fijamos en las disposiciones aprobadas. De ellas nos interesan los elementos conectados con la *formación de la conciencia*.

La *Educación de la Ciudadanía* mantiene la configuración dada por las Cortes y el Ministerio. En consecuencia, reproduce el enfoque y las expresiones más conflictivas (por incidir en el campo moral o tratar de moldear los juicios morales o percepciones sociales sobre lo *afectivo-sexual*, expresión que también hallamos en el desarrollo autonómico)⁴⁰. El hecho de que, en las competencias

versitarios de Castilla-La Mancha, (DOCM 19 de enero de 2007); Orden de 22 de enero de 2007, Consejería de Educación y Ciencia, de Desarrollo del Proceso de Admisión del Alumnado en los centros docentes públicos y privados concertados que imparten enseñanzas del segundo ciclo de Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato en Castilla-La Mancha (DOCM de 31 de enero); Orden de 28 de febrero de 2007, por la que se Regula el Proceso de Admisión del Alumnado en Ciclos Formativos de Formación Profesional en centros públicos y privados concertados de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (DOCM de 14 de marzo de 2007), y Resolución de 1 de febrero de 2007, de la Dirección General de Formación Profesional, por la que se publica la convocatoria de admisión de alumnado para el curso 2007/2008 en centros docentes públicos y privados concertados que imparten las enseñanzas de Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria, y se especifican los plazos para determinados procedimientos establecidos en la Orden de 22 de enero de 2007, de la Consejería de Educación y Ciencia, de desarrollo del proceso de admisión del alumnado (DOCM, de 1 de febrero).

38. Una postura distinta fue sostenida por la sentencia del Tribunal Supremo 4300/2006, de 26 de junio. Un comentario en «Una sentencia de 2006 decía lo contrario. El TS dice ahora que las CCAA podrán negar ayudas a los colegios que separen por sexo», en Libertad Digital, 13 junio 2008. Sobre este asunto, cfr. R. Salomone, «Por qué vuelve a interesar la educación diferenciada», *Aceprensa y Analisisdigital.com*, 9 Julio 2008.

39. En esta cuestión, la distribución competencial entre organización central del Estado y la autonómica especifica que, los contenidos básicos de las enseñanzas mínimas serán fijados por la primera en una proporción del «55 por ciento de los horarios escolares para las Comunidades Autónomas que tengan lengua cooficial y el 65 por ciento para aquéllas que no la tengan» (art. 6.3).

40. En los Objetivos de Educación para la ciudadanía se estipula: «rechazando las situaciones de injusticia y las discriminaciones existentes por razón de [...] orientación afectivo-sexual...» (Punto 4, Anexo II, del Decreto 69/2007, que establece y ordena el Currículum de Educación Secundaria, pag. 14854 de la publica-

que se han de alcanzar al final de la etapa, tanto en Educación Primaria⁴¹ cuanto en Secundaria Obligatoria⁴² y Bachillerato⁴³, la comunidad autónoma haya incluido la “competencia emocional” refuerza el riesgo de intromisión en la intimidad personal⁴⁴. Concretamente, en la *Educación para la ciudadanía y los derechos humanos*, los Criterios de evaluación (3º y 1º) alimentan estos equívocos, en cuanto que se fijan, a tales efectos, en el *emotivismo* –respeto, comprensión, empatía⁴⁵– olvidando la objetividad de la acción y su aptitud para construir o no sociedad.

Una de las claves de la Educación para la ciudadanía es la *discriminación*. Pero no ha parecido suficiente y ha dado pie a que, en *Educación primaria*, se incluya un contenido *transversal* –común a las programaciones didácticas de las áreas– de «educación en actitudes y valores de no discriminación, de convivencia...»⁴⁶. Motivo que justifica que el Consejo de Estado pidiese, a la hora de dictaminar sobre los Reales Decretos ministeriales de Educación primaria y secundaria obligatoria, una clarificación entre los conceptos de *desigualdad* y *discriminación*⁴⁷. Quizá la falta de precisión en aquel momento, ha permitido que se

ción oficial). A lo mismo se apunta en el área de Educación para la ciudadanía y los derechos humanos, de segundo de Educación Secundaria, cuando se definen sus objetivos (núm. 4) o en los de la Educación ético-cívica (núm. 4). Cfr. Anexo II (Materias) del Decreto 69/2007 de la Educación Secundaria Obligatoria (DOCM, n. 116, de 1 de junio de 2007, pág. 14819). Asimismo, se insiste en la idea cuando se presenta, en el Anexo III, el Ámbito científico-social, en el Objetivo 7º, en *ibidem*. Un primer comentario a la legislación autonómica sobre Educación para la Ciudadanía, correspondiente al nivel de Educación Secundaria Obligatoria, en: http://www.profesionalesetica.com/descargas/downloads/download_249_1.pdf (consulta 11-06-2007).

41. Anexo I *ab initio* del Decreto 68/2007, por el que se establece y ordena el currículo de Educación Primaria en la Comunidad de Castilla-la Mancha, de 29 de mayo, (DOCM, núm. 116, de 1 de junio, págs. 14759 y ss.).

42. Anexo I *ab initio* del Decreto 69/2007.

43. Anexo I del Decreto 85/2008, de 17 de junio, (DOCM, núm. 128, de 20 de junio de 2008) por el que se establece y ordena el currículo del bachillerato en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

44. También aparece en el Anexo I del Decreto 67/2007, de 29 de mayo, por el que se establece y ordena el currículo del segundo ciclo de Educación Primaria.

45. Cfr. Áreas para la comprensión y relación con el mundo, Áreas de la Educación Primaria, Anexo II, Decreto 68/2007 de Educación Primaria.

46. Art. 7.6 y párrafo 3º del Anexo II, “Áreas de la Educación Primaria”, del Decreto 68/2007 de Educación Primaria.

47. Respecto al Anexo II del Real Decreto 1513/2006, por el que se establecen las Enseñanzas Mínimas de la Educación Primaria, que establecen los objetivos, contenidos y criterios de evaluación de cada una de las diferentes áreas y el modo en que deben contribuir al desarrollo de las competencias básicas, el Consejo de Estado propuso la incorporación de «el aprendizaje de la diferencia entre los conceptos de desigualdad y discriminación» (Dictamen del Consejo de Estado 2234/2006). Sugerencia que afectaría principalmente a la redacción definitiva del Real Decreto 1631/2006 que estableció las Enseñanzas Mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria, a la hora de afrontar los

oscurezca el alcance de contenidos importantes de la nueva materia⁴⁸. Además, en el amplio listado de supuestos de discriminación, se ha desbordado el marco constitucional⁴⁹ y de protección de minorías en el Derecho internacional⁵⁰.

En cuanto a criterios organizativos, en Primaria, la *Educación para la ciudadanía y los derechos humanos* se impartirá en quinto curso⁵¹ y su carga lectiva –fijada en el Real Decreto de contenidos mínimos en un total 50 horas– será de dos horas semanales⁵². Su impartición corresponderá al tutor⁵³.

En *Secundaria Obligatoria* es cuando la Educación para la ciudadanía alcanza su mayor densidad y contenido polémico. Según las concreciones de la Administración castellano-manchega⁵⁴, se imparte *Educación para la ciudadanía y derechos humanos*, correspondiente a uno de los tres primeros años de la etapa, en el 2º Curso, y Educación ético-cívica, en cuarto curso, ambas materias con una carga docente de dos horas semanales⁵⁵. En cuarto curso también la

contenidos de la Educación ético-cívica, de cuarto curso, y su primer y sexto bloque (Anexo II).

48. Cfr. Garcimartín Montero, C., “Neutralidad y escuela pública: a propósito de la educación para la ciudadanía”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado (Iustel.com)*, 14 de mayo 2007, pág. 6.

49. Recordemos que el motivo de discriminación “por orientación afectivo-sexual” no figura en la Constitución (art. 14). El Consejo de Estado 1513/2006, Dictamen 2234/2006. Asimismo la consideración se reprodujo en el Dictamen 2521/2006, al tratar de Educación Secundaria Obligatoria y el Anexo II de su decreto.

50. Sólo residualmente, en las listas más amplias de supuestos de discriminación, aparece la basada en la orientación sexual. Cfr. Lerner, N., “Minorías y grupos en el Derecho Internacional. Derechos y discriminación”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 9, 3ª Época, Julio 1998, págs. 206-215, particularmente.

51. Art. 7.3, y cuando se describe la composición de las áreas para la comprensión y la relación con el mundo, al detenerse en la Educación para la ciudadanía y los derechos humanos (pág. 14768 de la publicación oficial). Cfr. Anexo II del Decreto 68/2007 de Educación Primaria.

52. Cfr. Anexo IV del Decreto 68/2007 de ordenación del currículum de la etapa, y Anexo I de la Orden 12 de junio de 2007 de la Consejería de Educación y Ciencia por la que se Establece el Horario y la Distribución de las Áreas de conocimiento en la Educación Primaria en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Se reconoce un margen, en algunas materias, pero no en educación para la ciudadanía, para que cada centro establezca en número de horas semanal. Cfr. Punto tercero de la orden.

53. Cfr. art. 10.3 y la descripción general de las Áreas del nivel educativo de Primaria (párrafo 5º del Anexo II. Decreto 68/2007 de Educación Primaria).

54. Cfr. art. 7.3.a, así como el Anexo II, al perfilar el área de Educación para la ciudadanía y los derechos humanos (págs. 14853-14854 de la publicación oficial), y la Educación ético-cívica (pág. 14856 *ibidem*) del Decreto 69/2007.

55. Cfr. Anexo I, II y III de la Orden 12 de junio de 2007 de la Consejería de Educación y Ciencia por la que se Establece el Horario y la Distribución de las Materias en la Educación Secundaria Obligatoria de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (*DOCM*, 129, de 20 de junio de 2007). Desarrolla lo estipulado por el Anexo III del Real Decreto, por el que se Establecen las enseñanzas mínimas de la Educación

carga establecida es, en el *horario general*, como decimos, de dos horas⁵⁶, pero, en *el de máximos y mínimos* en el que se puede mover el claustro de profesores del centro⁵⁷, se fija una fluctuación entre una y dos horas semanales⁵⁸.

En esta etapa la materia (Educación para la ciudadanía y los derechos humanos, y Educación ético-cívica) aparece englobada las “Ciencias sociales, geografía e historia” (Anexo II del Real Decreto 1631/2006). Pues, se dice que: “El conocimiento de la sociedad, tanto en lo que se refiere a su organización y funcionamiento a lo largo del tiempo y en la actualidad, como en lo que concierne al territorio en el que se asienta y organiza, ha constituido siempre, en nuestra tradición educativa, una parte fundamental de la educación de los jóvenes [...]. La selección de objetivos y contenidos de esta materia tiene en consideración la presencia en la etapa de las materias de Educación para la ciudadanía y los derechos humanos y Educación ético-cívica que complementan el conocimiento de lo social” (*ibidem*). Esto conlleva que sean los profesores de tales materias los encargados de Educación para la ciudadanía. Ello con independencia de la flexibilidad del currículum, prevista en el Real Decreto, para la atención a la diversidad, la cualificación profesional o la educación de personas adultas. Esta iniciativa ha propiciado la aparición de *ámbitos* de materias y la posibilidad de que un solo profesor las atienda⁵⁹.

Secundaria Obligatoria, que concede 35 horas para la materia en uno de los tres primeros cursos de la etapa.

56. Cfr. Anexo I de la Orden de 12 de junio de 2007 de la Consejería de Educación y Ciencia por la que se Establece el Horario y la Distribución de las Materias en la Educación Secundaria Obligatoria de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (*DOCM*, 20 de junio de 2007). Desarrolla lo estipulado por el Anexo III del Real Decreto, por el que se establecen las enseñanzas mínimas de la Educación Secundaria Obligatoria, que concede 35 horas para la materia en el cuarto curso de la etapa. Es interesante destacar que esta es la misma carga de Religión y, sin embargo, a esta la Comunidad autónoma le ha atribuido una hora semanal.

57. Cfr. Punto Tercero de la Orden de 12 de junio de 2007 de la Consejería de Educación y Ciencia por la que Establece el Horario y la Distribución de las Materias en la Educación Secundaria Obligatoria de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha .

58. Cfr. II de la Orden de 12 de junio de 2007 de la Consejería de Educación y Ciencia por la que Establece el Horario y la Distribución de las Materias en la Educación Secundaria Obligatoria de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

59. «En este sentido, y en los cursos primero y segundo, los centros docentes podrán organizar la enseñanza en ámbitos, y adscribir al profesorado, de acuerdo con los criterios de cualificación que se establezcan, para que impartan más de una materia al mismo grupo de alumnado, tal y como recoge el artículo 26.3 de la Ley General 2/2006, de 3 de mayo, de Educación» (art. 2.6 del Decreto 69/2007, sobre el currículum de Secundaria Obligatoria). Por su parte, el art. 5.2 dice: «2. El currículum de la Educación Secundaria Obligatoria se organiza en materias. Los objetivos, contenidos y criterios de evaluación correspondientes a las materias y al plan de lectura se recogen en el anexo II. Asimismo, para aquellos centros docentes que, en el uso de su autonomía, organicen las materias en ámbitos, tendrán en

En cuanto al Bachillerato, el Decreto 85/2008, de 17 de junio, introduce entre las materias *comunes* la Filosofía y ciudadanía (art. 8). De ella dice: “Filosofía y ciudadanía. La materia de Filosofía y Ciudadanía persigue un doble objetivo: de un lado pretende ser una introducción al estudio de la Filosofía y al uso de la reflexión filosófica, y de otro, continuar profundizando y reflexionando sobre la fundamentación filosófica de la Ciudadanía”⁶⁰. Su carga horaria viene establecida por la Orden de 25 de junio de 2008 de la Consejería de Educación y Ciencia, por la que se establecen el horario y la distribución de las materias del Bachillerato en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha y es de tres horas semanales. Aquí la materia corresponderá desarrollarla al profesorado de Filosofía.

De acuerdo, a la distribución de materias en el currículum, por el calendario aprobado para la implantación de la reforma⁶¹, la aparición de las áreas y materias de Educación para la ciudadanía será gradual. Concretamente, para el *Curso 2008-2009* se implantarán estos estudios, por lo que a nosotros importa, en 2º y 4º de Secundaria Obligatoria y 1º de Bachillerato. Para el *Curso 2009-2010*, en 5º de Primaria. Es decir, que se ha empezado a impartir en septiembre de 2008 y en Educación Secundaria y Bachillerato.

En cuanto a la *enseñanza de Religión* ha de destacarse la aparición, en el Real Decreto 1631/2006, de contenidos mínimos de Secundaria Obligatoria, de la materia alternativa a la de Religión *Historia y cultura de las religiones*⁶². En las

cuenta lo establecido, con carácter orientativo, en el anexo III. A estos efectos, los centros docentes podrán determinar el número de ámbitos y las materias que los integran». El anexo III, repite, en parte lo avanzado por el Anexo II, y añade: «Ámbito científico-social. Las Ciencias sociales, geografía e historia aborda la comprensión de la comprensión, análisis e interpretación de la realidad social desde una perspectiva científica y utiliza las Matemáticas como una herramienta de primer orden para la representación del espacio [...]. A estas materias, por su contenido social, se puede la Educación para la Ciudadanía y los derechos humanos, para dar prioridad a todos los aspectos relacionados con la convivencia, los derechos personales y ciudadanos y la práctica de la democracia. También, como en el resto de los ámbitos, se incluyen las habilidades comunicativas orales y escritas en lengua castellana y, en el caso de los centros bilingües, en lengua extranjera».

60. «Continuando con la reflexión iniciada en el último curso de Educación Secundaria Obligatoria, se trata ahora de que los alumnos puedan razonar y profundizar conceptualmente, en las bases que constituyen la sociedad democrática, analizando sus orígenes a lo largo de la historia, su evolución en las sociedades modernas y la fundamentación racional y filosófica de los derechos humanos. Esta reflexión filosófica sobre la ciudadanía debe, por tanto, tener una orientación interdisciplinaria para poder describir y fundamentar adecuadamente los roles del oficio de ciudadano y las dimensiones fundamentales de la ciudadanía».

61. Cfr. Real Decreto 806/2006, de 30 de junio.

62. De ella decía el Real Decreto 1631/2006, de contenidos mínimos de Educación Secundaria Obligatoria, en Disposición adicional segunda. Enseñanzas de religión, que: «4. Quienes opten por las

demás etapas sólo está prevista una atención educativa, sin más especificaciones. La normativa autonómica, en esto y en lo demás, sigue el marco establecido por el Ministerio de Educación sin aportaciones.

La única particularidad es la suscripción de un Convenio entre la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y las Diócesis de la Provincia Eclesiástica de Toledo, de 21 de septiembre de 2001⁶³. Con el se trataba de facilitar la aplicación de la legislación general y del Convenio de 26 de febrero de 1996 sobre el profesorado de Primaria y Secundaria obligatoria. Concretamente se incluía el compromiso de dotar con los mismos medios estas enseñanzas que las restantes y que los Reglamentos Orgánicos de los centros educativos que apruebe la Administración Educativa de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha configurarían el número de horas de impartición y organización didáctica y pedagógica de la misma.

Centrándonos en la enseñanza de Religión, los Decretos 68/2007 (para Primaria), 69 (para Secundaria Obligatoria), de ordenación curricular, y 85/2008 (Bachillerato) se atienen a la dotación lectiva mínima⁶⁴. Ésta viene así fijada, en las órdenes que, en cada etapa, se ocupan de ello: la de 12 de junio de 2007, de Primaria: 1.5 horas semanales en todos los cursos; la de 12 de junio de 2007, de Secundaria Obligatoria: 1 hora para todos los cursos, excepto para 2º, en que se impartirán 2; la de 25 de junio de 2008, de Bachillerato: 1 hora semanal, respectivamente, para 1º y 2º curso.

Si cabe, en cambio, una referencia a su *profesorado*. Éste, integrado en los servicios traspasados a la Comunidad de Castilla-La Mancha, contaba económi-

enseñanzas de religión podrán elegir entre las enseñanzas de religión católica, las de aquellas otras confesiones religiosas con las que el Estado tenga suscritos Acuerdos Internacionales o de Cooperación en materia educativa, en los términos recogidos en los mismos, o la enseñanza de historia y cultura de las religiones». Después en el Anexo II del Real Decreto se desarrolla su currículum.

63. *DOCM*, 104 de 28 de septiembre de 2001.

64. Por ejemplo, para toda la etapa de Secundaria Obligatoria, en que las previsiones del ministerio marcan, para el bloque de Educación para la ciudadanía, 70 horas, esto se traduce, en la legislación autonómica, en 4 horas semanales. Y, para el mismo periodo, se le otorgan 5 horas a Religión, cuando en el Anexo III del Real Decreto 1631/2006, le corresponden 140 horas. Los decretos autonómicos se remiten, en la Disposición adicional I o II, a la Ley Orgánica 2/2006 (Disposición adicional II). Además, cada una de ellas lo hace al Real Decreto correspondiente a su etapa. Así el Decreto 67/2007, de 29 de mayo, por el que se establece y ordena el currículo del segundo ciclo de Educación Infantil, lo hace a la Disposición adicional única del Real Decreto 1630/2006, de 29 de diciembre. En Primaria se hace al 1513/2006, 7 de diciembre (Disposición adicional I); en Secundaria Obligatoria al 1631/2006, de 29 de diciembre (Disposición adicional II) y, en Bachillerato, al 1467/2007, de 2 de noviembre, que establece

camente con los medios adscritos suficientes⁶⁵. La jurisprudencia se ha pronunciado sobre diversos problemas⁶⁶. Detallamos el *conflicto* que se planteó con la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Comunidades cuando ésta presentó a los profesores de Religión el contrato para el curso 2005-06 reduciendo su duración habitual, en ocho días⁶⁷, del 9 de septiembre al 31 de agosto del año siguiente. Los profesores recurrieron la decisión ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social) que consideró correctos, con base en la legalidad vigente, sus planteamientos. Finalmente, el consejero de Educación firmó una resolución estableciendo el 1 de septiembre, como fecha de inicio de los contratos.

2. Sanidad⁶⁸ y servicios funerarios

El Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha establece en su artículo 32.3, como competencia propia de la Junta de Comunidades, el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de sanidad e higiene, promoción, prevención y restauración de la salud, en el marco de la legislación básica del Estado. Vamos a fijarnos en las disposiciones o actuaciones, relevantes para el Derecho eclesiástico, que se han producido dentro de este ámbito.

a) *La regulación jurídica de los cementerios*

El Real Decreto 331/1982, de 15 de enero, transfirió a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, las competencias que, en relación con la policía sanitaria mortuoria, se atribuyen a los órganos de la Administración del Estado. Esta competencia ha sido desarrollada por la norma básica, Decreto 721/1999, de 1 de junio, de sanidad mortuoria⁶⁹, parcialmente modificado por el

su estructura y fija sus enseñanzas mínimas (Disposición adicional III).

65. Ya el Real Decreto 1075/2002, de 21 de octubre, fijó el coste efectivo anual de 2002 correspondiente a los servicios traspasados a la Comunidad de Castilla-La Mancha por el profesorado de religión en centros públicos de Educación Infantil y Primaria, en 7.794.686,55. Tal fue la cuantía establecida por Acuerdo de la Comisión Mixta alcanzado el 24 de septiembre de 2002.

66. Entre las últimas sentencias del Tribunal Superior de Castilla-La Mancha, cfr. 407/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 29 de marzo; 1226/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 29 de septiembre; 1510/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 16 de noviembre.

67. Los mismos por los que muchos profesores de Religión habían obtenido el derecho al percibo del salario de 8 días a la finalización del contrato, si éste era por un año completo (365 días), en concepto de indemnización. Sobre el problema, cfr. Borlado Pelayo, Mª T., «Problemática actual de los profesores de Religión», en *Congreso católicos y vida pública...*, págs. 880-881.

68. A pesar de ser anterior a las últimas transferencias y no incluir la básica Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha, para centrar el tema, cfr. Puerta. F, "La sanidad", en *Derecho administrativo autonómico...*, págs. 423-464.

Decreto 175/2005, de 25 de octubre⁷⁰. Para analizarla destacamos, primero, las referencias directas al factor religioso y, a continuación, algunas normas que pueden crear problemas a las confesiones con arraigo en la sociedad (en el ámbito regional)⁷¹.

Las referencias explícitas se producen tanto cuando se habla de las instalaciones de cementerios y tanatorios, como cuando se regula la desafección de un cementerio. De las *instalaciones* se indica que “los velatorios o tanatorios podrán disponer de cuantas otras dependencias e instalaciones se consideren necesarias para la adecuada atención al público, servicios religiosos...”⁷². En cuanto a las condiciones y los trámites para que el terreno —o parte de él—, en que se asienta un cementerio, se destine a otros usos incluye ser autorizado por la Delegación Provincial de Sanidad, “sin perjuicio de lo establecido en el Derecho Canónico y en la normativa de otras Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas”⁷³. Además, se especifica que esta remisión se hace a las normas religiosas, según los pactos vigentes con las confesiones: “En materia religiosa será de aplicación la legislación vigente, resultante de los diversos convenios celebrados con la Santa Sede y demás Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas, en los casos que corresponda”⁷⁴.

En cuanto al otro problema de normas que contrastan con prácticas religiosas con cierta implantación social habría que mencionar la *inhumación* que siempre, y por motivos sanitarios que en esta materia son los prioritarios⁷⁵, exige un *féretro*⁷⁶. Incluso cuando se procede a un traslado del cadáver también

69. *DOCM*, núm. 36, 4 de junio de 1999, págs. 3762-3773.

70. *DOCM*, núm. 216, 28 de octubre de 2005, págs. 19033-19035.

71. Se explican estas peculiaridades, que sobre todo afectan al Islam, en: *La muerte. Lo que dicen las religiones*, (Gaudin, Ph., dtor.), Bilbao, 2004, y Motilla, A., “La protección de los lugares de culto islámicos”, en *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural* (Motilla, A., Ed.), Madrid, 2004, págs. 99-106.

72. Art. 8.3 del Decreto 175/2005 que, en este punto sólo completa el anterior art. 32.3 del Decreto 721/1999.

73. Art. 52 del Decreto 721/1999.

74. Disposición Adicional 6ª del Decreto 721/1999.

75. “No puede olvidarse, por otra parte, que la finalidad de la presente norma es la misma que la perseguida por los citados artículos de la Ley General de Sanidad [24-25]: evitar las actuaciones o situaciones que, directa o indirectamente, puedan tener consecuencias negativas para la salud” (Preámbulo del Decreto 721/1999). Un poco antes se explica como “La habilitación para la presente norma, de naturaleza reglamentaria, deriva directamente de los artículos citados de la Ley General de Sanidad”.

76. Con carácter general, “se prohíbe la inhumación, reinhumación y transporte de cadáveres y restos, sin el correspondiente féretro o caja de restos de las características que se indican en el presente

aquél es necesario. Por otra parte, se podría producir fricción con la moral mortuoria islámica en el caso de las *exhumaciones*. Entendemos que esta sólo vendría impuesta⁷⁷, en contra de la tradición islámica, con el mencionado cambio de destino del territorio del cementerio. Entonces, transcurridos al menos diez años desde el último enterramiento allí habido, se podría proceder a la recogida y traslado de restos, para su incineración o inhumación en otro cementerio⁷⁸. Sin embargo, aquí podría introducirse alguna matización, por la referencia a disposiciones pactadas con las confesiones en las desafecciones de cementerios, y en concreto por la normativa prevista por el Acuerdo de cooperación con el Islam⁷⁹. El mismo artículo que regula este proceso exige se le dé publicidad a la recogida de los restos, “con una antelación mínima de tres meses, mediante la publicación en el Boletín Oficial del Estado, Diario Oficial de Castilla-La Mancha, Boletín Oficial de la Provincia y en el periódico de mayor circulación de su municipio, a fin de que las familias de los inhumados puedan adoptar las medidas que su derecho les permita” (art. 54.2. del Decreto 721/1999).

Incluso existen excepciones a la normativa general que abonarían la tesis de cierta ductilidad a la hora de aplicarla, en atención a las prácticas religiosas⁸⁰. La principal relajación de la norma general se refiere a la inhumación de cadáveres fuera de los cementerios autorizados. Ésta sólo se permite en tres casos, de los cuales dos tienen connotaciones religiosas y tradicionales⁸¹. Y son las inhumaciones de: “los Arzobispos y Obispos, para la inhumación en sus respectivas Catedrales”, y “las monjas que hayan guardado perfecta y absoluta clausura, para su inhumación en las condiciones fijadas por la Real Orden de 30 de Octubre de 1835”.

b) Libertad de conciencia en el derecho sanitario

Título” (art. 84, y para reinhumaciones también art. 79, del Decreto 721/1999). La industria funeraria, por su parte, ha tratado de vencer la oposición del Islam al féretro creando cajas en que el cadáver pueda estar en contacto con la tierra, como pide su tradición.

77. En general aparece como un derecho en el Acuerdo firmado con la Comisión Islámica de España, aprobado por Ley 26/1992, de 10 de noviembre. Allí se autoriza el traslado de los cuerpos de los difuntos musulmanes a los cementerios de sus Comunidades (art. 2.5).

78. Art. 54.1 del Decreto 721/1999.

79. “Se adoptarán las medidas oportunas para la observancia de las reglas tradicionales islámicas, relativas a inhumaciones, sepulturas y ritos funerarios que se realizarán con intervención de la Comunidad Islámica local” (art. 2.5. del Acuerdo firmado con la Comisión Islámica de España).

80. De este modo, “en el itinerario de transporte de un cadáver, no se podrán establecer etapas de permanencia del mismo en lugares públicos o privados, a excepción de las que tengan por objeto la práctica de ceremonias religiosas o laicas, de acuerdo con las costumbres locales” (art. 61 del Decreto de 721/1999).

Comenzamos este apartado, por su incidencia directa en el objeto de estudio del Derecho eclesiástico, con los *comités de ética asistencial*. El Decreto 95/2006, de 17 de julio de 2006, Organiza el Comité de Ética Asistencial para el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha⁸². Con ello desarrolla la previsión del art. 6.4 de la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha. En el Preámbulo el decreto nos dice que los comités “están llamados a jugar un papel de primer orden en apoyo del profesional para la toma de la mejor decisión posible ante los conflictos éticos que surgen en la práctica clínica, garantizando al mismo tiempo la tutela de los derechos de los pacientes y usuarios”. Para esa labor su punto de arranque será el respeto a la vida, dignidad y autonomía de la persona.

El art. 2.2 nos define el comité de ética asistencial como “aquel órgano consultivo e interdisciplinar constituido para el análisis y asesoramiento en los conflictos éticos que se susciten en la práctica clínica con el objetivo de mejorar la calidad de la asistencia sanitaria en los centros dependientes del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha”. Para la óptima realización de su tarea gozará de independencia, es decir, actuará “con plena autonomía y sin dependencia funcional de ningún órgano” (art. 2.3).

En cuanto a su composición, el comité, interdisciplinar, constará de un “mínimo de diez miembros y un máximo de quince miembros, entre los que deberán figurar, al menos: a) personal licenciado sanitario; b) personal diplomado sanitario; c) un licenciado en Derecho con conocimientos en legislación sanitaria; d) una persona de reconocido prestigio, ajena al ámbito sanitario y preferentemente con formación acreditada en ética” (art. 3). Es curioso que aquí, en contra de la práctica seguida en el Derecho francés –donde se enfatiza la separación Estado-instituciones religiosas⁸³– y del dato sociológico, no se reserve un lugar a representantes de las confesiones⁸⁴. Y ello ni siquiera entre los miembros complementarios, a no ser que se incluya en el apartado de “un profesional no sanitario con amplia formación en materia de derechos huma-

81. Art. 75 del Decreto de 721/1999.

82. *DOCM*, núm. 149, 21 de julio de 2006, págs. 15981-15983.

83. Este Derecho cuenta con representantes de las confesiones más implantadas en el *Comité national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé* (Decreto del Presidente de la República n. 132, de 23 de febrero de 1983, art. 4), y en el *Conseil national sur le SIDA* (creado en 1989). Cfr. Willame, J.P., “*Etat, éthique et religion*”, en *Cahiers internationaux de Sociologie*, 88, 1990, págs. 205 y ss.

84. Máxime cuando se prevé, constitucionalmente, una cooperación entre los poderes públicos y

nos” o de los asesores que, sin voto, pueden ser designados para cometidos específicos (art. 3.2.e⁸⁵ y 3.6, respectivamente)⁸⁶. En conclusión, se ha optado por una composición que prima lo profesional y no la conexión con la sociedad, ignorando que los poderes públicos, según la Constitución, no tienen una visión global que abarque toda la vida de las personas y sus aspiraciones (art. 16.3), sino que su margen de actuación es la de gestionar la vida en común al servicio de la persona y su pleno desarrollo (art. 10.1). En este terreno de la ética, por tanto, no pueden por sí mismos, y sea cual sea la composición de sus órganos o la competencia de sus integrantes, resolver las cuestiones que se planteen.

La constitución de estos comités tendrá carácter voluntario⁸⁷. En cuanto a su labor asesora puede ser requerida cuando estén implicados en el tratamiento menores, o se rechace el tratamiento, o existan discrepancias en el proceso terapéutico. Así se deduce de la vaga descripción que de su *función* hace la ley. Ésta será prioritariamente de asesoramiento y ayuda “en la toma de decisiones en aquellas situaciones en que se planteen conflictos éticos, contribuyendo a la tutela de los derechos de los implicados en la relación asistencial” (art. 6.1). Se excluye expresamente que los comités sustituyan a aquel a quien corresponde la responsabilidad de decidir, o que adopten decisiones vinculantes (art. 6.3).

Si bien la previsión es la de que cada comité actúe en un Área de salud puede haber excepciones. Además, queda pendiente para el futuro la creación de un comité de ámbito regional para resolver cuestiones de carácter general y adoptar criterios comunes (art. 4.5).

Otro asunto que afecta al Derecho eclesiástico es el abordado por la Ley 6/2005, de 7 de julio, sobre la *Declaración de Voluntades Anticipadas* en materia de la propia salud⁸⁸. Contamos ya con algún estudio desde la óptica jurídica

estas entidades (art. 16.3).

85. A través de estos miembros opcionales se puede integrar en el comité un miembro del Comité Ético de Investigación Clínica (art. 3.2.d del Decreto) del que aquí no tratamos por considerarlo de menos incidencia en el Derecho eclesiástico. En cualquier caso existe conexión entre ambos órganos, pues, entre las funciones del Comité de Ética Asistencial se prevé que realice las funciones atribuidas a los comités éticos de investigación clínica (art. 6.3.g).

86. Es más, se prevé que la participación de sus miembros en el Comité lo sea a título voluntario e individual, sin representar a ninguna asociación o colectivo (art. 3.7).

87. En Nota de Prensa de la Junta de Comunidades (de 18 de enero de 2007) se daba a conocer que en el presente año serán cinco los comités que se creen para las áreas de Guadalajara, Cuenca, Albacete,

al que aquí remitimos⁸⁹, pues, en esta sede vamos a ceñirnos a lo que es la descripción de la normativa autonómica castellano-manchega. El objeto de la ley es el de: “regular [...] la declaración de voluntades anticipadas, como cauce del ejercicio por la persona de su derecho a decidir sobre las actuaciones sanitarias de que pueda ser objeto en el futuro en el supuesto de que, llegado el momento, no goce de la capacidad para adoptar decisiones por sí misma” (art. 1). Sobre qué se entiende por voluntad anticipada se nos dice que es: “la manifestación escrita de una persona capaz que, actuando libremente, expresa las instrucciones que deban tenerse en cuenta sobre la asistencia sanitaria que desea recibir en situaciones que le impidan expresar personalmente su voluntad, o sobre el destino de su cuerpo o sus órganos una vez producido el fallecimiento” (art. 2). Su contenido, además, podrá incorporar “la designación de un representante para que, llegado el caso, actúe como su interlocutor con el médico o equipo sanitario para que se cumplan las instrucciones contenidas en la declaración de voluntades anticipadas” (art. 4.2). Luego la ley habla de la formalización e inscripción del documento en el Registro de voluntades anticipadas que también se crea.

Por último, habría que citar dos casos, centrados en la *preservación explícita de la conciencia*, en la regulación del sistema sanitario. La Ley 5/2005, de 27 de junio, de Ordenación del Servicio Farmacéutico, recoge en su articulado la objeción de conciencia⁹⁰. Por otra parte, los Servicios Jurídicos del SESCAM elaboraron un informe, de 14 de noviembre de 2006, “sobre el derecho al reintegro de gastos de pacientes Testigos de Jehová que reclaman el importe de la atención sanitaria recibida en centros privados que realizan intervenciones quirúrgicas sin aporte de sangre o hemoderivados”. El análisis de la cuestión concluye denegando el derecho al reintegro⁹¹.

c) *La asistencia religiosa en centros hospitalarios*

Toledo y Talavera de la Reina (Toledo).

88. En *DOCLM*, núm. 141, 15 de julio de 2005.

89. Cfr. Zamarrigo Moreno, J.J., “Autonomía prospectiva: instrucciones previas / voluntades anticipadas”, en *Bioética, religión y Derecho*. (Actas del Curso de verano de la Universidad Autónoma de Madrid celebrado en Miraflores de la Sierra del 4 al 16 de julio de 2005), Madrid, 2005, págs. 51-90, y Martín Sánchez, I., “Bioética, religión y salud”, en AA. VV., *Bioética, religión y salud*, Madrid, 2005, págs. 277-285. Con un enfoque médico, cfr. Sánchez González, M.A., “Informe sobre instrucciones previas”, en *ibidem*, págs. 297-352.

90. “La Administración sanitaria garantizará el derecho a la objeción de conciencia del profesional farmacéutico. No obstante, la Consejería de Sanidad adoptará las medidas que sean necesarias para que el ejercicio de este derecho no limite ni condicione el derecho a la salud de los ciudadanos” (art. 17).

91. Cfr. *Boletín Informativo. Servicios Jurídicos del SESCAM*, núm. 23, noviembre 2006. Sobre esta

Lo único específico sobre la asistencia (católica) viene previsto en los acuerdos suscritos con las Diputaciones provinciales, por las Diócesis de Toledo, y Priorato de Ciudad Real. Por lo demás, en el territorio de la comunidad se aplican las normas nacionales. El primer reconocimiento genérico del derecho de asistencia religiosa lo encontramos en el Acuerdo de Asuntos Jurídicos con la Iglesia católica (art. IV). Luego se reitera en los suscritos con las confesiones minoritarias (art. 8) de 1992. La *Iglesia católica* organizó la asistencia hospitalaria con *concreciones sucesivas*: El Convenio –publicado como Orden– de 20 de diciembre de 1985, entre, por un lado, los Ministerios de Justicia, y de Sanidad y Consumo y, por el otro, la Conferencia Episcopal Española. Allí se prevé un servicio de asistencia religiosa en los hospitales (también militares y penitenciarios) al frente del cual se sitúa a un capellán (n. 4). En él se concretaba el número de camas asignadas al capellán, sus dependencias, y tipo de vinculación con el centro. El punto 7 ofrecía dos modalidades posibles: relación contractual laboral individual, o relación institucional, por convenio, con la diócesis del lugar.

Luego se firmó otro convenio con el Instituto Nacional de la Salud de 23 de abril de 1986 que, una vez desaparecido éste, tiene un valor residual en tanto no ha sido sustituido por normas autonómicas⁹². Como adelantábamos, según nuestros datos, este sigue siendo el marco en el que se mueven los capellanes de los hospitales dependientes del Servicio Sanitario de Castilla-La Mancha.

3. Asistencia religiosa en centros públicos y asistencia social

Completando la información del apartado anterior, con la de asistencia religiosa en otros centros públicos, constatamos una escasa normativa específica. No por ello dejar de estar presente la institución en la sociedad y dependencias públicas castellano-manchegas. Quizá el caso más relevante es el abordado en el Acuerdo entre el entonces Rector de la Universidad de Castilla-La Mancha y el Obispo de la Diócesis de Ciudad Real, en representación de los demás obispos de la Iglesia católica con territorio en la Comunidad de Castilla-La Mancha, el 6 de abril de 1989⁹³. Allí se indica que la Jerarquía eclesiástica, señalará programas y material adecuado

materia, cfr. sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 13 de febrero de 1995, que denegó el derecho de un paciente a que se le reembolsasen los gastos motivados por tratamiento distinto al propuesto por la Seguridad social y que implicaba hemotransfusiones.

92. Cfr. Instrucciones para la aplicación del convenio suscrito entre el Instituto Nacional de la Salud y la Conferencia Episcopal Española, de 4 de febrero de 1987 (no publicado oficialmente, en *Legislación eclesiástica*, M^aE. Olmos Ortega/J. Landete Casas, 19^a ed., Cizur Menor, Navarra, 2007, págs. 275 y ss.).

93. Ha sido reproducido en *Acuerdos Académicos y Pastorales entre Diócesis y Universidades*,

para la enseñanza –particularmente se prevé la enseñanza superior de Teología Católica– y atención pastoral en ese ámbito. En relación con ello se podrá crear la Capellanía Universitaria, con presencia en cada uno de los “campus”, bajo supervisión eclesiástica (punto cuarto).

4. Medios de comunicación

Este apartado se enmarca en el art. 32.9 (redactado por Ley Orgánica. 3/1997) del Estatuto. En él se dispone que la Junta de Comunidades será competente en el desarrollo legislativo y la ejecución, según la pauta marcada por la legislación básica del Estado, de la “prensa, radio, televisión y otros medios de comunicación social”. Y que, en esos términos, “podrá regular, crear y mantener los medios de comunicación social que considere necesarios para el cumplimiento de sus fines”. Son, pues, dos las cuestiones que hay que abordar: la regulación de los medios de comunicación social en Castilla-La Mancha, y la creación de una emisora de titularidad pública.

Comencemos por la normativa de los medios de comunicación social a través de la Ley 10/2007, de 29 de marzo, de Medios Audiovisuales de Castilla-La Mancha⁹⁴. El Preámbulo explica los objetivos de la ley⁹⁵. Más en concreto, la ley tiene un fin racionalizador: “La presente ley pretende acabar con la dispersión normativa existente en materia de prestación de servicios de radio y televisión, unificando en un mismo texto, y en el marco de la normativa básica del Estado, la regulación aplicable a quienes prestan tales servicios cuando operen dentro del ámbito de competencia de la Comunidad Autónoma”⁹⁶. Y estatuye unos principios rectores para quienes prestan estos servicios: “tales como la protección y la promoción de los valores consagrados en nuestra Constitución y en la norma-

Conferencia Episcopal Española. Subcomisión episcopal de Universidades, Madrid, 2004, págs. 79-83.

94. *DOCLM*, núm. 82, de 19 de abril de 2007, pág. 9653.

95. “Pretende ser un instrumento a través del cual se garantice el acceso de todos los ciudadanos y ciudadanas de nuestra Región a un nivel de cultura y educación que les permita su realización personal y social, articulando así mismo un sistema eficaz de comunicaciones que potencie los intercambios humanos, culturales y económicos entre todas y todos los castellanomanchegos” (I).

96. Preámbulo, II. Aunque la Ley del Audiovisual no incluye una disposición derogatoria detallada, reemplaza normas como los Decretos 54/2000, 21 marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Televisiones Locales por Ondas Terrestres (*DOCM*, 25 marzo), y 59/1998, 9 junio, por el que se Regula la Gestión Indirecta del Servicio de Radio Difusión Sonora en Ondas Métricas con Modulación de Frecuencia (*DOCM*, 26 junio).

97. Preámbulo, III. El art. 4, sobre principios rectores, a los que han de ajustarse quienes presten servicios de radio y televisión, enuncia algunos como “el respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, garantizando el derecho a expresar, difundir y comunicar o recibir libremen-

tiva vigente de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, la protección de la juventud y la infancia, el respeto a la veracidad y la objetividad informativa así como al pluralismo político, religioso, cultural e ideológico existente en la sociedad castellanomanchega⁹⁷. En el Título II de la ley (títulos habilitantes para la prestación de los servicios de radio y televisión) se incluye un capítulo (II) sobre especialidades a las concesiones otorgadas para la prestación de servicios públicos de radio y televisión por ondas terrestres a cargo directo de las corporaciones locales. De él nos interesan los principios básicos que ha de respetar la *programación del servicio público*. Ésta, y especialmente los servicios informativos, han de reflejar “el pluralismo político, social, ideológico, religioso y cultural de la sociedad castellanomanchega”⁹⁸.

En cuanto a la creación de una emisora de titularidad pública, la referencia está en la Ley 3/2000, de 26 de mayo, de Creación del Ente Público de Radio-Televisión de Castilla-La Mancha y la reforma introducida, en su Consejo de Administración, por la Ley 4/2002, de 4 de abril⁹⁹. La Ley de Radio-Televisión de Castilla-La Mancha carece de normas específicas sobre el factor religioso, pero no de otras más generales que le afectan muy directamente. Su exposición de motivos habla de “la importancia que la radiodifusión y la televisión tienen para la vertebración y desarrollo de la Comunidad Autónoma y para el cumplimiento de objetivos básicos que el Estatuto de Autonomía en su artículo 4 señala para la Junta de Comunidades (el acceso de todos los ciudadanos de la Región a los niveles educativos y culturales que les permitan su realización cultural y social...) obliga a la Comunidad Autónoma a caminar en ese nuevo ámbito,

te los pensamientos, ideas y opiniones, sin más limitaciones que las que establezcan las leyes orgánicas que regulen tales derechos y libertades fundamentales” (b); “el respeto al principio de igualdad ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” (c); “la garantía de una información objetiva, veraz y plural, que deberá ajustarse plenamente al criterio de independencia profesional y al respeto al pluralismo político, religioso, cultural, ideológico existente en la sociedad castellanomanchega...”. Luego se hace referencia al respeto de la Ley 25/1994, con sus posteriores modificaciones (f), al “apoyo a la integración social de las minorías y la atención a grupos sociales con necesidades específicas” (g), y a la exigencia ética (h).

98. Preámbulo, III. Asimismo, cfr. art. 24.1. El apartado 2º de este artículo insiste en que la prestación de dicho servicio público “facilite el debate democrático y la libre expresión de opiniones”(art. 24.2.c) y, lo que nos parece polémico, “la integración de la perspectiva de género” (g).

99. Artículo 1: “Se modifica el apartado 1, del artículo 5 de la Ley 3/2000, de 26 de mayo, de Creación del Ente Público de Radio-Televisión de Castilla-La Mancha, que quedará redactado del siguiente modo: «1.- El Consejo de Administración elegirá entre sus miembros un Presidente, un Vicepresidente y un Secretario. El Presidente, en caso de empate, tendrá voto de calidad»”. Otra norma, anterior, Ley 6/2001, de 24 de mayo, a efectos operativos, introdujo la precisión de una primera y segun-

como quien tiene encomendadas determinadas competencias o como posible concesionaria de servicios públicos de titularidad estatal”. Y, en ese sentido, la “ley abre la posibilidad de creación de estos medios, cuando las condiciones técnicas y financieras lo aconsejen, y refuerza la sujeción de su actuación a los principios constitucionales de pluralismo y participación social”.

Del articulado nos interesa lo dicho sobre el Consejo de Administración del ente, pues, tiene relación con el *derecho de acceso* del art. 20 de la Constitución. Aunque no hay una previsión en favor de las confesiones religiosas ni mecanismos concordados para una mejor cobertura de la información religiosa, si se le encomienda, en la regulación de aquel órgano ejecutivo, entre otras cosas¹⁰⁰: “i) Determinar semestralmente el porcentaje de horas de programación destinado a los grupos políticos, sociales y culturales más significativos, respetando el pluralismo” (art. 6).

Por lo que se refiere a la programación, sus principios recuerdan a los mencionados en la Ley del Audiovisual. Concretamente son:

- “A) El respeto a los principios que informan la Constitución Española y el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha y a los derechos y libertades que en ellos se reconocen y garantizan.
- B) La objetividad, la veracidad e imparcialidad de las informaciones.
- C) El respeto a la libertad de expresión.
- D) El respeto al pluralismo político, cultural y social.
- E) El respeto y especial atención a la infancia y a la juventud.
- F) El respeto a los principios de igualdad y de no discriminación.
- G) La separación entre informaciones y opiniones, la identificación de quie-

da convocatoria para la constitución del Consejo de Administración.

100. Así: “e) Aprobar, a propuesta del Director General, el Plan de actividades del Ente Público y el Plan de actuación de sus sociedades, fijando los principios básicos y las líneas generales de la programación, así como las Memorias Anuales correspondientes” (art. 6). Por su parte, al Director General compete, “E) Ordenar la programación de conformidad con los principios básicos aprobados por el

nes sustentan estas últimas, y su libre expresión con los límites del apartado 4 del artículo 20 de la Constitución.

H) El fomento y la promoción de la cultura e identidad de Castilla-La Mancha” (art. 13)”.

5. Urbanismo y lugares de culto

El peso del Derecho autonómico sobre esta materia y su repercusión en las manifestaciones externas de la libertad religiosa, concretamente de la libertad de culto, piden que les dispensemos alguna atención¹⁰¹.

La norma general aplicable es 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 Urbanística¹⁰². Además, para nosotros son particularmente relevantes el Decreto 242/2004, de 27 de julio que aprueba el Reglamento de Suelo Rustico y el Decreto 248/2004, de 14 de septiembre que hace lo propio con el Planeamiento urbanístico¹⁰³.

El Reglamento de *suelo rústico*, dentro de los usos y actividades que autoriza para este suelo de reserva y como usos dotacionales de titularidad pública, establece: “obras e instalaciones requeridas por las infraestructuras y servicios públicos de titularidad pública, estatal, autonómica o local siempre que precisen localizarse en el suelo rústico. En particular [...] otros equipamientos como los destinados a actividades y servicios culturales, científicos, asistenciales, religiosos, funerarios y similares” (art. 11.3.g). Asimismo, en la categoría de usos industriales, terciarios y dotacionales de titularidad privada¹⁰⁴, vuelve a autorizar el mismo tipo de equipamientos y entre ellos los religiosos, funerarios y similares (art. 11.4.c).

Más adelante, tras una lista de equipamientos colectivos, el reglamento enu-

Consejo de Administración” (art. 8).

101. Cfr. Rodríguez García, J.A., *Urbanismo y confesiones religiosas. El Derecho Urbanístico y los Principios de Laicidad y de Cooperación con las Confesiones Religiosas*, Madrid, 2003, págs. 85 y ss.

102. *DOCM*, núm. 13 de 19 de enero, págs. 681 y ss.

103. Ambos decretos se referían, inicialmente, a la Ley 2/1998 de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, hoy derogada.

104. Se entenderán incluidos en este supuesto tanto las edificaciones de nueva planta como las reformas o rehabilitaciones de edificaciones existentes que afecten a elementos estructurales o de fachada o

mera otros, “destinados a actividades y servicios culturales, científicos, asistenciales, religiosos, funerarios y similares”, de los que dice que “sólo podrán implantarse en suelo rústico de reserva cuando la ordenación territorial y urbanística no los prohíba, debiendo acreditar su necesidad de emplazamiento en suelo rústico” (art. 32.1).

De la otra disposición, sobre *planeamiento urbanístico*, es destacable que, en la clasificación de los usos, según sus características sustantivas, se incluye en el uso residencial comunitario (RC), “aquel que se establece en edificios destinados al alojamiento permanente de colectivos que no constituyan unidades familiares, tales como comunidades religiosas o laicas” (Anexo I.2.1). Y, dentro del uso dotacional cultural-deportivo (D-CU-DE), “aquel uso que comprende las actividades destinadas a la formación intelectual, cultural, religiosa o a la expansión deportiva de las personas, pudiendo tener titularidad pública o privada” (*ibidem*, 2.4).

6. Patrimonio histórico-artístico

Es ésta la materia que tiene, desde el principio de la estructuración autonómica, más peso en la legislación de Derecho eclesiástico de las distintas comunidades autónomas¹⁰⁵. En Castilla-La Mancha, el Estatuto establece, como competencia exclusiva de la Junta, “museos, bibliotecas, conservatorios y hemerotecas de interés para la Región que no sean de titularidad estatal. Patrimonio monumental, histórico, artístico y arqueológico y otros centros culturales de interés para la Región...” (art. 31.1. 15^a-16^a)¹⁰⁷.

El desarrollo se dio con la Ley 4/1990, de 30 de mayo, de Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha, ligeramente completada con la Ley 9/2007, de 29 de marzo, por la que se modifica la Ley 4/1990, de 30 de mayo, de Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha¹⁰⁸. Aunque previamente se había sustanciado, el 9 de mayo de 1986, un *Acuerdo entre la Junta de Comunidades de Castilla-La*

cubierta o que supongan un aumento de la superficie construida.

105. Cfr. Aldanondo, I., “Comunidades autónomas y patrimonio cultural de las confesiones religiosas en la doctrina española”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXII, 2006, págs. 765 y ss. En general, cfr. Díez A., “La cultura (Patrimonio Histórico, archivos y bibliotecas)”, en *Derecho administrativo autonómico...*, págs. 497-524.

106. Tuvo mucha importancia, en el desarrollo de las potestades legislativas y ejecutivas regionales, la sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991, de 31 de enero. Cfr. Aldanondo, I., “Comunidades autónomas...”, pág. 768.

107. La ley (*DOCM*, núm. 82 de 19 de abril de 2007, pág. 9653) modifica el artículo 21 de la Ley 4/1990, de Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha, incorporando en su apartado primero el supues-

*Mancha y la Iglesia Católica de la Región*¹⁰⁹. Por cuanto su contenido incide en la regulación unilateral autonómica, comentamos primero el acuerdo.

En el Preámbulo del acuerdo se reconoce, por parte de la Junta, la propiedad de los bienes del patrimonio cultural de titularidad eclesial y su importancia, y, por parte de la Iglesia, el servicio que este patrimonio presta al pueblo y las competencias de la Junta en materia cultural. En su virtud, ambas instancias expresan su voluntad de establecer una *Comisión Mixta*, paritaria, para el patrimonio cultural de la Iglesia Católica en Castilla-La Mancha.

El acuerdo lo que hace propiamente es fijar la composición de la comisión¹⁰⁹, la comisión permanente¹¹⁰ y de los cuatro grupos de estudio¹¹¹ a través de los que aquélla cumple su cometido. Además, el acuerdo especifica las competencias de todas las instancias mencionadas y su funcionamiento. La tarea que se encomienda a la comisión se refiere, genéricamente, al conocimiento de cualquier acción que afecte al patrimonio cultural de la Iglesia católica en Castilla-La Mancha y, en concreto, a¹¹²: a) la programación de actuaciones sobre los bienes pertenecientes a la Iglesia católica (archivos y bibliotecas, bienes muebles y museos, bienes inmuebles y arqueológicos...); b) condiciones de uso y disfrute por los ciudadanos de los monumentos, museos, archivos..., de titularidad eclesiástica; c) el uso de inmuebles eclesiásticos para actividades culturales; d) las peticiones de ayuda económica y técnica dirigidas a la Consejería de Educación; e) el dictamen sobre tales peticiones; f) establecer el orden de las ayudas; g) estudiar los dictámenes de las comisiones provinciales sobre patrimonio de la Iglesia; h) fijar los módulos de catalogación e inventario de Archivos, Bibliotecas, Museos y patrimonio histórico eclesiástico.

Algunas de estas previsiones, sobre archivos, bibliotecas, monumentos, etc., de titularidad eclesial, en la provincia de Cuenca, están completadas y desarrolladas por el Acuerdo Marco entre la Universidad de Castilla-La Mancha y el

to de obras en zonas, solares o edificaciones colindantes e introduciendo dos nuevos apartados –tercero y cuarto– donde se habilita a la Administración Regional a la ejecución subsidiaria por lo que se refiere a estudios arqueológicos previos.

108. *DOCM*, núm. 19, de 13 de mayo de 1986, págs. 696-697.

109. Integran la comisión: el consejero de Educación y Cultura de la Junta, el Obispo delegado de los Obispos de la Iglesia católica en Castilla-La Mancha, el Director General de Cultura de la Consejería de Educación y Cultura de Castilla-La Mancha, un subdelegado de los Obispos de la Iglesia en Castilla-La Mancha y dos grupos de cinco vocales nombrados por cada una de las partes (art. 2).

110. Cfr. art. 5.

111. Cfr. art. 6.

Obispado de Cuenca de 17 de diciembre de 2001.

El Decreto 180/2004, de 18 de mayo, de la Consejería de Cultura que Establece su Estructura y la Distribución de competencias en su seno, encomienda a la Dirección General de Patrimonio y Museos ejercer la función de: “coordinación y desarrollo del convenio «Junta de Comunidades-Iglesia Católica»” (art. 6.6).

Por su parte y al hilo de lo anterior, la Ley del Patrimonio Histórico en su objetivo de preservar y acrecentar este patrimonio¹¹³, menciona la colaboración con instituciones públicas o privadas. La colaboración se propiciará, desde un órgano consultivo, el *Consejo Regional del Patrimonio Histórico* cuya composición se detalla¹¹⁴.

Aunque incardinado en el Ministerio de Cultura, es oportuno mencionar aquí el Real Patronato de la Ciudad de Cuenca, dada su composición y cometido. Se creó¹¹⁵ para promover y coordinar las actuaciones realizadas por las distintas Administraciones orientadas a la conservación revitalización del patrimonio cultural de Cuenca. Su última remodelación¹¹⁶ mantiene, entre sus vocales, al Obispo de Cuenca.

III. Conclusión: el derecho eclesiástico en la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha

Destaca el poco desarrollo del que tradicionalmente se ha dotado a esta rama del Ordenamiento autonómico, si bien, en los últimos años, el ritmo de crecimiento legislativo y de gestión –sobre una base presupuestaria– ha aumentado

112. Cfr. art. 3.

113. Sobre su entidad y la titularidad de los bienes que lo componen, cfr. *Nueva guía de patrimonio de Castilla-La Mancha*, (Palomero, S. y Vázquez A., coords.), Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, 2007.

114. Y será según el art. 2: “siete representantes de la Federación de Municipios y Provincias de Castilla-La Mancha; los cinco Presidentes de las Comisiones Provinciales del Patrimonio Histórico; dos representantes de la Iglesia Católica en Castilla-La Mancha; dos representantes de la Universidad de Castilla-La Mancha; dos representantes de los sindicatos; un representante de cada una de las Reales Academias existentes en la Región; los cinco presidentes de las Diputaciones Provinciales o personas en quienes deleguen, dos personalidades de reconocido prestigio en el ámbito de las profesiones relacionadas con la conservación del Patrimonio Histórico, designados por la Consejería de Educación y Cultura”. Asimismo, “se podrá incorporar el Delegado del Gobierno en Castilla-La Mancha o persona en quien delegue. Actuará como presidente el Consejero de Educación y Cultura y como vicepresidente el Director General de Cultura”.

115. Real Decreto 112/2004, de 23 de enero.

exponencialmente. Es más, hoy cabe considerar el Derecho eclesiástico como un sector sólido del Derecho de Castilla-La Mancha.

La anterior apreciación es aplicable a las fuentes, donde ciertamente las pactadas siguen siendo escasas si se comparan con las existentes en otras comunidades autónomas¹¹⁷, circunstancia que puede cambiar con la inmigración¹¹⁸. Asimismo, el despliegue ha enriquecido la temática eclesiástica. Pues, desde la preocupación inicial por el patrimonio histórico-cultural, de interés común comunidad autónoma-Iglesia católica, materia que hoy habría que conectar con las actuaciones urbanísticas, hasta ahora se ha ampliado enormemente el espectro de interacción poderes públicos, sociedad y factor religioso.

Destaca, entre las medidas más recientes, –a menudo mal orientadas– las relativas a la enseñanza y, en general, a la formación-información. Sobre educación se han producido algunos desarrollos, siendo subrayable la Ley 3/2007, de Participación Social en la Educación, y los Decretos sobre el sistema educativo –68/2007, por el que se Ordena el Currículo de Educación Primaria en la Comunidad de Castilla la Mancha y el 69/2007, que hace lo propio con la Educación Secundaria Obligatoria–. Aun así, tras la Ley Orgánica 2/2006, de Educación, aun quedan pasos pendientes. En cuanto a la información el panorama autonómico es completo con la reciente Ley 10/2007, de Medios Audiovisuales y la Ley 3/2000, sobre el Ente autonómico de radio-televisión.

Pero el incremento es también notable en el área asistencial. La sanidad, que incluye la policía mortuoria, es una de las necesidades y preocupaciones más sentidas socialmente y demandan su correcta atención por los poderes públicos. Aquí subrayamos la creación, a nuestro juicio sin demasiada sensibilidad a las cuestiones morales implicadas, de los comités de ética asistencial, y la carencia de una regulación de la asistencia religiosa hospitalaria. En cuanto a la asistencia social, se da entrada tímidamente al pluralismo religioso, si bien se rehuye su atención específica. En este sector podemos mencionar, en relación siempre con

116. Real Decreto 238/2005, de 4 de marzo.

117. El contraste con otras comunidades, como la de Madrid es llamativo. Cfr. Rodríguez Blanco, M., *Los convenios entre las Administraciones públicas y las confesiones religiosas*, Pamplona, 2003, págs. 196-206.

118. Es sintomático que el 19 de junio de 2007 se sentasen las bases de un acuerdo de colaboración entre la Consejería de Educación y Ciencia de Castilla-La Mancha y el Ministerio de Educación de Rumanía para ayudar a los 7.000 alumnos rumanos de la región a no olvidar su cultura ni sus raíces (vin-

el Derecho eclesiástico, la Ley 3/1999, del Menor y la más reciente de Mediación familiar (Ley 4/2005).

El crecimiento del Derecho eclesiástico autonómico nos remite al marco general de la descentralización –¿con riesgo de disolución?– de la organización del Estado¹¹⁹, y al espíritu que ha animado a los Poderes públicos en esta labor, máxime en una comunidad autónoma siempre regida por un mismo partido político. En este sentido, junto al celo, por atender –mejor– a las demandas sociales, hay que sospechar que, en ocasiones, los poderes públicos hayan cedido a la tentación del rédito electoral o, lo que a veces coincide, a implantar en la sociedad las propias opciones. El Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha y su actuación ilustra lo que queremos decir. Por eso ni siempre se ha buscado el consenso, ni siempre se ha encontrado, en materias que lo requerían –notoriamente lo referido a la familia, la educación y los medios de comunicación– amenazando la autonomía del orden cultural social y su correlato, la libertad de conciencia (individual).

La cultura y el fuero interno son aspectos centrales del Derecho eclesiástico, por los que nuestra sensibilidad se debe afinar, y que han motivado los comentarios aquí vertidos sobre la legislación castellano-manchega y el factor religioso.

culadas a la Iglesia ortodoxa o a la católica, pero de rito oriental).

119. Cfr. Sosa Wagner, F., *El Estado fragmentado. Modelo Austro-Húngaro y brote de naciones en España*, Madrid, 2007. Referido al Derecho eclesiástico, cfr. Martín-Retortillo Baquer, L., “El marco normativo de la libertad religiosa”, en AA. VV., *La libertad religiosa en España a los veinte años de su*

LA REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LA NUEVA OFICINA JUDICIAL: ORGANIZACIÓN Y EFICACIA DE LA JUSTICIA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA-LA MANCHA*

Juan Carlos Ortiz Pradillo
Ágata María Sanz Hermida

Profesores de Derecho Procesal
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO

- I. *Introducción.*
- II. *La modernización de la Administración de Justicia.*
- III. *Criterios y elementos para una reforma de la Administración de Justicia.*
- IV. *Las Reformas de las Leyes Procesales a través de la reforma del Derecho Sustantivo.*
- V. *La Reforma de la Administración de Justicia y el Consejo General del Poder Judicial.*
- VI. *La Reforma de la Administración de Justicia y el nuevo Secretario Judicial.*
- VII. *La Reforma de la Oficina Judicial: perspectivas desde el Ministerio de Justicia.*
- VIII. *La función de los Notarios y Registradores en la Administración de Justicia.*
- IX. *La Reforma de los recursos: la nueva casación civil.*
- X. *Perspectivas de Futuro de la Administración de Justicia en Castilla-La Mancha.*
- XI. *Conclusiones finales.*

* El presente artículo recoge las Conclusiones del Ciclo de Conferencias «*La Reforma de la Administración de Justicia y de las Leyes Procesales: la nueva Oficina Judicial*», dirigido por el Prof. Dr. D. Nicolás González-Cuéllar Serrano, y que tuvo lugar en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo (UCLM) durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2007. Dicho Ciclo de Conferencias ha sido financiado con cargo a los Proyectos de Investigación “*La Reforma de la Oficina Judicial*” [Proyecto I+D del MECD, Ref.: SEJ2004-01298] y “*Organización y eficacia de la Justicia en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha*” [Proyecto I+D de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, Ref.: PAI 05-052].

I. Introducción

El Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, de 28 de mayo de 2001, establece entre sus objetivos que «la Justicia actúe con rapidez, eficacia y calidad, con métodos más modernos y procedimientos menos complicados. Que cumpla satisfactoriamente su función constitucional de garantizar en tiempo razonable los derechos de los ciudadanos y de proporcionar seguridad jurídica, al actuar con pautas de comportamiento y decisión previsibles. Que actúe como poder independiente, unitario e integrado, con una estructura vertebrada, regida por una coherencia institucional que le permita desarrollar más eficazmente sus funciones constitucionales». Para conseguir estos objetivos se hacía preciso abordar una profunda reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, norma que regula los aspectos fundamentales del Poder Judicial y de la propia Administración de Justicia. Esta reforma se llevó a cabo mediante LO 19/2003, de 23 de diciembre, que introdujo significativas modificaciones de la Oficina Judicial, de la que por vez primera se recoge su estructura organizativa y el Estatuto del Cuerpo de Secretarios Judiciales y del resto del personal al servicio de la Administración de Justicia. El fin último de esta nueva normativa es establecer un nuevo modelo de Oficina Judicial con «el propósito claro de que su funcionamiento garantice la independencia del poder al que sirve, conjugando al tiempo y sin merma alguna de lo anterior, una adecuada racionalización de los medios que utiliza».

Sin embargo, el desarrollo completo de estas disposiciones normativas y la puesta en marcha de la nueva Oficina Judicial, junto con la regulación de otros aspectos de mejora de la Administración de Justicia, requieren de actuaciones posteriores de desarrollo normativo, dotación presupuestaria, material y personal, aún sin concluir. Por ello, y con el objeto de abordar un estudio riguroso de la reforma de esta organización, a partir de la identificación de los problemas de su funcionamiento y organización y la determinación crítica de la aptitud de las normas legales proyectadas para darles solución, se organizó el Ciclo de Conferencias sobre «La Reforma de la Administración de Justicia y de las Leyes Procesales: la nueva Oficina Judicial», dirigido por el Prof. Dr. D. Nicolás González-Cuéllar Serrano, y que tuvo lugar en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo (UCLM) durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2007, de cuyo desarrollo se extraen, a continuación, las presentes conclusiones.

II. La modernización de la Administración de Justicia¹

Como señaló el Prof. Moreno Catena, la Administración de Justicia en España, al estar basada en un sistema ya obsoleto, más propio del siglo XIX que del siglo XXI en el que nos encontramos, adolece de graves carencias y deficiencias. El actual modelo de Oficina Judicial no sirve, al ser un modelo repetitivo (juez, secretario y oficiales y demás funcionarios) totalmente ineficiente, pues no se aprovechan las ventajas que pueden suponer los denominados Servicios Comunes.

La reforma llevada a cabo a través de la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, vino a implantar un nuevo diseño de la Oficina Judicial, a la vez que una nueva concepción de la figura del Secretario judicial, así como también ha venido a delimitar y establecer nuevas encomiendas a los distintos cuerpos funcionariales que trabajan en la Oficina Judicial, al servicio de la Administración de Justicia.

No obstante, en esta Legislatura no han podido salir adelante las distintas reformas de Leyes Procesales necesarias para implantar por completo ese nuevo modelo de Oficina Judicial establecido en la L.O. 19/2003, lo cual supone, en opinión del Prof. Moreno Catena, un enorme inconveniente para beneficiarnos de las bondades y ventajas que suponen disponer de unos servicios judiciales modernos y eficaces. Por ello, el conferenciante se mostró partidario de introducir nuevas reformas legislativas.

A continuación, el Prof. Moreno Catena pasó a examinar algunos de los cambios más significativos que se han producido desde la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000. Así, por ejemplo, siempre ha existido una unanimidad casi absoluta en reconocer que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 nació vieja desde el principio, porque consagraba la escritura en lugar de la oralidad, como sí hicieron otras leyes procesales europeas contemporáneas a la nuestra. Sin embargo, y a pesar de que el proceso civil ha sido tradicionalmente concebido como “el reino del documento”, ello no tiene por qué ser contradictorio con el principio de oralidad, como lo demuestra el modelo introducido con la Ley del año 2000.

1. Conclusiones de la ponencia impartida con este título el 29 de noviembre de 2007 por el Prof. Dr. D. Víctor Moreno Catena, Secretario General de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid y Abogado.

Con ello se ha resuelto una importante deficiencia de la Administración de Justicia, como lo era la duración de los procesos en primera instancia. Para refrendar su opinión, el Prof. Moreno Catena arrojó un dato enormemente significativo. Según datos del CGPJ, la duración media de los procesos de primera instancia en 1997 era de 17,5 meses. Por el contrario, su duración media en el año 2006 había descendido a los 8 meses, incluyendo en dicha estadística los datos de los juzgados de Madrid, lo que significa que la duración de los procesos en primera instancia se ha conseguido reducir a menos de la mitad en tan sólo nueve años.

Otra importante reforma procesal introducida con la LEC del año 2000 fue la instauración del proceso monitorio. El status procesal del demandado en la LEC de 1881 era muy ventajoso, y casi privilegiado con respecto a la posición actora, y sin embargo, desde los años noventa se venía apreciando como en casi el 87% de los casos, el demandante tenía razón en su petición. Ahora, con la estructura procedimental instaurada con el proceso monitorio se “premia” al demandante, al permitirle obtener una resolución ejecutiva concesiva de su petición dineraria en un espacio de tiempo muy breve y sin complejos ni costosos procedimientos.

También fue muy aplaudida la reforma de la LEC 2000 respecto del cambio del juicio ejecutivo por un nuevo proceso: el juicio cambiario, también con un mayor refuerzo de la posición actora.

De igual modo, la nueva ejecución forzosa ha aumentado las ejecuciones “*in natura*”, al evitar la conversión casi automática de las ejecuciones no dinerarias en indemnizaciones. Ahora se fomenta y se potencian más las ejecuciones en sus propios términos, a través de la imposición de multas coercitivas periódicas a aquellos condenados que no cumplen voluntariamente con lo establecido en el título ejecutivo.

Y en las condenas dinerarias, también se ha potenciado la investigación y averiguación del patrimonio del deudor, por un lado, mediante el establecimiento de la obligación del condenado de manifestar sus bienes, y por otro lado, con la facultad judicial de investigar el patrimonio del deudor, para lo cual resulta imprescindible potenciar el Servicio Procesal Común de Investigación Patrimonial que se prevé en la reforma de la L.O. 19/2003.

Finalmente, el Prof. Moreno Catena destacó la importante reforma introducida respecto de la subasta judicial, que ya no es el único remedio para conseguir ejecutar el patrimonio del deudor. La LEC permite, por una parte, los denominados convenios de realización entre las partes, y por otra, acudir a empresas o entidades especializadas en subastas, para lograr así un mejor precio de remate con el que satisfacer al ejecutante, y de paso, devolver al ejecutado todo el capital que exceda de la deuda ejecutada. Ante tal situación, varias Comunidades Autónomas han optado por crear Sociedades Públicas de Subastas para, de esta manera, ayudar a los juzgados a canalizar y mejorar los resultados de las subastas. De ahí su recomendación para que la Comunidad Autónoma de Castilla-la Mancha, una vez que reciba las transferencias en materia de Justicia, pueda crear dichas Sociedades Públicas de Subastas.

III. Criterios y elementos para una reforma de la Administración de Justicia²

La metodología para una buena reforma de la Administración de Justicia, como señala el profesor De la Oliva debe estar dirigida por tres objetivos clave: identificación de los problemas a solucionar con la reforma, partir de la situación real en su planteamiento y evitar mimetismos acríticos con otros ordenamientos jurídicos.

El primero de ellos tiene que ver con la correcta identificación de los problemas a solucionar mediante la reforma, y tratar de no crear otros nuevos. Como ejemplo, el Prof. De la Oliva se refirió a un asunto muy concreto y problemático para él, referido al establecimiento de complementos o incentivos salariales de productividad. Así se ha planteado en el caso de jueces y magistrados para los que se establece este complemento en función del número de resoluciones dictadas, lo que puede derivar en ocasiones en prácticas no recomendables.

En segundo lugar, no debe abordarse una reforma de la Administración de Justicia partiendo de grandes planteamientos ideológicos, sino tratando de identificar y mejorar los problemas reales concretos, esto es, aquello que va mal.

2. Conclusiones de la ponencia impartida con este título el 15 de noviembre de 2007, por el Prof. Dr. D. Andrés de la Oliva Santos, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid, abogado y Ex-vocal del CGPJ.

Esto supone renunciar a reformas grandilocuentes, alejadas de la realidad más inmediata, pues para Andrés De la Oliva, muchas veces se ha conseguido más con pequeños cambios. Y para ello se hace preciso tener en cuenta los recursos materiales y el factor humano con el que se cuenta, sin olvidar por un momento que las reformas han de ser hacederas a corto plazo, pues la Justicia ha de seguir funcionando, por lo que en materia de reformas procesales no caben utopías.

En tercer y último lugar, Andrés De la Oliva expuso como objetivo a conseguir la evitación del mimetismo con otros sistemas jurídicos, pues, en su opinión, no basta con conocer las normas jurídicas de un determinado país, sino que lo realmente importante y decisivo es conocer la realidad jurídica y social de dicho país.

Resulta elemental diferenciar entre lo que está mal hecho y lo que está mal regulado, pues cambiar lo que está mal hecho no siempre significa que haya que reformar la regulación, sino que lo que habrá de hacerse será modificar esos malos comportamientos. Así por ejemplo, expuso el asunto de la intermediación judicial en la práctica de la prueba, en donde a su juicio existía un mal comportamiento conforme a la anterior LEC, y que la nueva Ley procesal mejoró mediante la implantación de un nuevo planteamiento, basado en el principio de la concentración de actos, apoyado con el deber de grabar en un soporte técnico que reprodujera la imagen y el sonido el acto del juicio.

Para finalizar, el profesor De la Oliva pasó a referirse a la actual situación del CGPJ. En su opinión, dicho órgano debería ejercer como lo que es propiamente: un órgano gubernativo, y dedicarse a dichas funciones gubernativas de los jueces, a la vez que deberían potenciarse las funciones disciplinarias de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia.

IV. Las Reformas de las Leyes Procesales a través de la Reforma del Derecho Sustantivo³

Las reformas procesales no son ajenas a la ideología que subyace en toda reforma legal y este aspecto ha sido especialmente destacado por Duro Ventura

3. Conclusiones de la ponencia impartida con este título el día 13 de diciembre de 2007 por don Cesáreo Duro Ventura, Magistrado de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Asesor del Secretario de Estado de Justicia y profesor asociado de Derecho Procesal de la UCLM:

que precisamente se centró en la importancia ideológica del proceso y de las normas procesales, y de cómo las últimas modificaciones de normas procesales a través de la reforma de leyes sustantivas constituyen una técnica legislativa que refleja una determinada ideología.

Para empezar, destacó como la L.O. 19/2003 procedió a reformar la LEC de tal manera que en el elenco de resoluciones no susceptibles de ejecución provisional recogidas en el art. 525 LEC se incluyó los pronunciamientos de carácter indemnizatorio de las sentencias declarativas de la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. La finalidad de dicha reforma no era otra que la de evitar la ejecución provisional de una determinada resolución judicial que había condenado a un importante medio de comunicación al pago de una ingente cantidad indemnizatoria por vulneración del derecho al honor y a la intimidad y propia imagen de un determinado sujeto.

También se aprecia la ideología de un determinado momento en aquella reforma en la que se pretendió introducir medidas de agilización de determinados procesos civiles. Vista la consideración positiva que habían merecido los denominados “juicios rápidos” en materia penal, en el orden civil se pretendieron introducir las denominadas Oficinas de Señalamiento Inmediato para determinados asuntos civiles. Sin embargo, dichas Oficinas no han funcionado, principalmente debido a la falta de acuerdo entre los distintos sujetos con competencias en materia de Justicia (Ministerio de Justicia, Comunidades Autónomas y Consejo General del Poder Judicial).

Para Duro Ventura, otra importante reforma legal sustantiva que denota una fuerte ideología subyacente en el modelo de proceso deseado es aquélla que tuvo lugar con la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que refleja una ideología social muy definida de discriminación positiva hacia la mujer, como lo demuestra, no sólo el que en el proceso civil se otorgue legitimación a Sindicatos y Asociaciones representativas, sino también el que, en materia de carga de la prueba, se produzca una inversión de la misma a favor del demandante cuando éste sea una mujer que fundamente su demanda en una situación de discriminación hacia la mujer, en cuyo caso pesa sobre el demandado la carga de probar la proporcionalidad y ausencia de discriminación de la medida o acto impugnado.

También se ha reformado la Ley de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor, modificando el título ejecutivo de cuantía máxima indemnizatoria en el sentido de introducir la contradicción y la oralidad de las Aseguradoras y del Consorcio para poder impugnar dicho título.

Otra reforma procesal civil que demuestra una cierta ideología proteccionista la constituye la idea de reformar los juicios de desahucio por impago de la renta, respondiendo así a los actuales problemas en materia de vivienda en España. Una futura reforma muy relacionada con la política del Ministerio de la Vivienda, que pretende así solucionar los problemas del “mercado de alquiler” a través del fomento a los particulares propietarios de viviendas para que alquilen las mismas, garantizándoles una tramitación rápida de los procesos judiciales en caso de impago de las rentas por sus inquilinos. En España, existe la idea preconcebida de que, en caso de impago, el propietario tarda demasiado tiempo en conseguir, no sólo recuperar sus rentas, sino incluso su vivienda. De ahí que se está planteando la posibilidad de crear juzgados civiles especializados en desahucios, así como también la posibilidad de suprimir la posibilidad de la enervación de desahucio en caso de pago de las rentas.

Finalmente, y dentro de las reformas procesales penales, Cesáreo Duro también se refirió a la reforma de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, que ha reformado la normativa procesal penal y ha introducido la posibilidad de la declaración de menores y víctimas, tanto durante la fase de instrucción como durante el juicio oral, a través de los sistemas de videoconferencia que eviten la confrontación visual entre aquéllos y los acusados, además de permitir que declaren asistidos por psicólogos y pedagogos. Y todo ello, debido al enorme clamor social que se produjo cuando en un juicio por agresión sexual en Barcelona, varias niñas menores de edad tuvieron que declarar en el juicio oral en presencia de su supuesto agresor.

V. La Reforma de la Administración de Justicia y el Consejo General del Poder Judicial⁴

La intervención de D. Agustín Azparren Lucas versó, en su primera parte, sobre el Consejo General del Poder Judicial como órgano de gobierno del Poder

4. Conclusiones de la ponencia impartida con este título el 11 de octubre de 2007 por D. Agustín Azparren Lucas, Magistrado y Vocal del Consejo General del Poder Judicial.

Judicial y la cada vez más deteriorada imagen pública como consecuencia de la situación de crisis que vive ante la falta de acuerdo de los principales partidos para la renovación de los vocales que integran este órgano.

El artículo 122.2 de la CE define al CGPJ como «el órgano de gobierno del mismo» y, en el párrafo tercero de dicho artículo se señala que dicho órgano estará integrado «por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años. De éstos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros entre abogados y juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión». El problema se originó con la aprobación de la LOPJ en el año 1985 y sus posteriores reformas ya que, en desarrollo de esta previsión constitucional, estableció el sistema definitivo de selección de los vocales, conforme al cual, todos los vocales del CGPJ –no sólo los 8 no pertenecientes a la carrera judicial como establece el art. 122.2 CE– son elegidos por las Cámaras, si bien tras la reforma del art. 112 LOPJ operada por la LO 2/2001, de 28 de junio, los 12 miembros judiciales se eligen a partir de los candidatos presentados por las asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados o por un número de Jueces y Magistrados que represente, al menos, el 2 por ciento de todos los que se encuentren en servicio activo a través de un complejo sistema descrito en dicho art. 112.

En la aplicación práctica de esta normativa se ha llegado a un sistema de cuotas entre partidos que cada vez hace más difícil la renovación de los vocales del CGPJ y la existencia entre ellos de algunos denominados «independientes», lo cual sin duda deteriora la imagen de este órgano. Pero además, el deterioro se pone también de relieve en el ejercicio de algunas esenciales funciones que tiene asignadas como el nombramiento de los Presidentes de las Salas del Tribunal Supremo, –especialmente el de la Sala de lo Penal, órgano competente para el enjuiciamiento de los «aforados»–, donde nuevamente se pone de manifiesto la introducción de criterios políticos en este órgano.

La segunda parte de su intervención versó sobre el sistema de acceso a la carrera judicial y los eventuales cambios que desde el Ministerio de Justicia se están estudiando para sustituir el actual sistema de oposición en el que se emplea

una media de 5 años para su superación por un sistema más próximo a los vigentes en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, que permita a los licenciados con mejores expedientes académicos acceder a la carrera judicial sin necesidad de opositar. Estos estudiantes que han de provenir de Universidades Públicas ingresarían en la Escuela Judicial para formarse y especializarse, durante un periodo de tiempo aún por determinar. De este modo se conseguiría mejorar algunos de los inconvenientes del sistema actual de oposición, ya que no habría “pérdida de contacto con la realidad social” que se atribuye a los opositores actualmente, se emplearían menos años en acceder a la carrera judicial y se mantendría la Escuela Judicial como centro de formación especializada.

VI. La Reforma de la Administración de Justicia y el nuevo Secretario Judicial⁵

En su conferencia, don Luis Martín realizó un repaso en torno al concepto de “Administración de Justicia” y a su evolución en las distintas reformas de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para finalizar con el papel que el Secretario judicial está llamado a desempeñar en la nueva organización de la Oficina Judicial derivada del modelo implantado con la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre.

Comenzó por hacer un breve apunte histórico acerca de la Ley Orgánica de 1980 que reguló el Consejo General del Poder Judicial, y como a dicho órgano se le encomendaron las competencias de la Administración de Justicia (competencias materiales y personales) en virtud del mandato establecido en el art. 122 CE. Posteriormente, la LOPJ de 1985 rompe esa tradición línea de 1980 y se produce un retorno de competencias al Ministerio de Justicia sobre el personal no perteneciente a la carrera judicial y sus recursos materiales. Una de las razones de dicho cambio pudiera ser, según el ponente, de que la LOPJ de 1985 fue una ley elaborada por administrativistas, y por ello, el concepto de Oficina Judicial que de la misma se puede deducir es un concepto muy amplio que abarca, no sólo la potestad jurisdiccional, sino también la actividad administrativa que no es propiamente la potestad establecida en el art. 117.3 CE.

5. Conclusiones de la conferencia impartida con este título el día 4 de octubre de 2007 por D. Luís Martín Contreras, Doctor en Derecho y Secretario judicial de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Además, otro hito importante en torno al concepto de “Administración de Justicia” fue la STC 56/1990, de 29 de marzo, en donde el Tribunal Constitucional advierte que el concepto “Administración de Justicia” posee un doble sentido. En su sentido estricto, equivale a la función jurisdiccional de juzgar y ejecutar lo juzgado, lo cual es competencia exclusiva del Estado, con la excepción relativa a la participación de las Comunidades Autónomas en la organización de la demarcación judicial. Pero en un sentido amplio, comprende además los medios materiales y personales necesarios, a los que se denomina «administración de la Administración de Justicia», y que las Comunidades Autónomas pueden asumir a través de las cláusulas subrogatorias en los Estatutos de Autonomía, siempre y cuando se trate de competencias ejecutivas y reglamentarias sólo en aquellas cuestiones no supracomunitarias, previamente atribuidas por la Ley Orgánica del Poder Judicial al Gobierno o al Ministerio de Justicia, excluyéndose las competencias legislativas.

La reforma de la LOPJ mediante la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, ha supuesto una importante reforma de la Oficina Judicial, tanto de sus aspectos organizativos, como de los de funcionamiento, a fin de lograr su adecuación a las actuales necesidades de la Administración de Justicia. En opinión del ponente, la reforma introducida por la Ley Orgánica 19/2003, aparte de suponer la mayor reforma experimentada por la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha supuesto el primer paso para la aproximación de la división de la planta judicial a la división territorial del estado de las autonomías, si bien resulta necesario que dicha reforma prevista en la Ley Orgánica 19/2003 sea desarrollada con urgencia a través de la implantación real del modelo de oficina judicial que se prevé en la citada ley y de las reformas procesales que la misma requiere.

Pero, sin duda alguna, la figura más importante de la reforma de la Oficina judicial a través de dicha Ley Orgánica lo ha constituido el Secretario judicial, sobre lo cual versó la mayor parte de la Conferencia.

Al Secretario judicial se le otorga la competencia de la organización, gestión, inspección y dirección del personal integrante de la Oficina judicial en los aspectos técnico-procesales. Y así, al frente de cada servicio procesal común y en cada unidad de apoyo directo –unidades en las que se estructura la Oficina judicial–, ha de haber un secretario judicial. Pero resulta, además, que con esta reforma, el Secretario judicial se convierte en la figura central de una nueva concepción de

la Justicia, donde ya no cabe la identificación de órgano judicial con una corporación, referida únicamente a Jueces y Magistrados. Y así, por ejemplo, los distintos Proyectos de Ley de reformas procesales remitidos por el Gobierno al Parlamento, confieren unas competencias al Secretario judicial no imaginadas hasta hace poco tiempo en nuestro sistema jurídico, hasta el punto de encomendarle algunas funciones catalogadas hasta ahora como propias del ejercicio de la potestad jurisdiccional, sobre todo en materia de ejecución forzosa.

Para finalizar, Luis Martín Contreras aludió a la implantación del nuevo modelo de procedimiento monitorio europeo, que en su opinión será una buena oportunidad para que, al igual que ocurre en numerosos países de la Unión Europea, se le encomiende las competencias al Secretario judicial. Con ello, no sólo se agilizaría el trámite, sino que, además, se legislaría en la misma línea que propugna la reforma procesal ahora en trámite.

VII. La Reforma de la Oficina Judicial: perspectivas desde el Ministerio de Justicia⁶

El análisis del futuro de la oficina judicial desde la perspectiva del Ministerio de Justicia fue el objeto de la intervención de Dña. Pilar Rodríguez Fernández. El punto de partida de esta ponencia se sitúa en un hecho de importancia en esta cuestión y es la confluencia de competencias sobre la oficina judicial que comparten el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas que ya han asumido las competencias correspondientes en materia de justicia.

Efectivamente, la estructura territorial del Estado español en CC.AA. tiene una importante incidencia en las cuestiones relacionadas con la Administración de Justicia. En concreto, el art. 149.1 CE reconoce al Estado competencia normativa exclusiva en las materias de «Administración de Justicia» (regla 5^a) y «legislación procesal», pero se añade que todo ello «sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas» (regla 6^a). La redacción dada a

6. Conclusiones de la conferencia impartida con este título el 18 de noviembre de 2007, por Dña. Pilar Rodríguez Fernández, Fiscal de profesión y, en la actualidad, Directora de la Unidad de Apoyo en la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia (Ministerio de Justicia).

este precepto constituye una de las cuestiones más controvertidas en el reparto competencial de este ámbito que ha dado lugar al planteamiento de numerosos recursos de inconstitucionalidad ante nuestro Tribunal Constitucional, el cual ha acuñado una distinción entre «Administración de Justicia» y «administración de la Administración de Justicia». Así pues, según se desprende de la línea interpretativa del TC, la Constitución establece en el ámbito de la Administración de Justicia, unas materias de competencia exclusiva del Estado y que no podrán ser asumidas por las CC.AA. –aquéllas relativas al ejercicio de la potestad jurisdiccional–, mientras que otro grupo de materias, sí. En concreto, las CCAA: 1º tienen competencia exclusiva en lo relativo al personal y los medios materiales al servicio de la Administración de Justicia no integrados en ella (órganos colaboradores de los órganos jurisdiccionales que posean naturaleza administrativa y que circunscriban su actuación a la demarcación de TSJ); 2º ostentan competencias compartidas con el Ministerio de Justicia, en materia de personal auxiliar y colaborador (médicos forenses, cuerpo de gestión procesal o administrativa, cuerpo de tramitación procesal o administrativa y el cuerpo de auxilio judicial), en virtud de lo establecido en el art. 471 LOPJ; en materia de horarios de trabajo, también ostentan competencia siempre y cuando las jornadas de trabajo respeten el horario de audiencia pública (la jornada no sea inferior a la de la Administración Pública); ostentan ciertas competencias en materia de demarcación y planta judicial; 3º finalmente, tienen competencia en materia de regulación de los medios materiales.

Junto a ello no hay que olvidar las competencias que, en este ámbito relativo a la oficina judicial, también ostenta el CGPJ, conforme a lo establecido en los arts. 107 y ss. de la LOPJ.

Dentro de este contexto, pues, de confluencia y distribución de competencias y, tomando en consideración además el hecho de que todavía no todas las Comunidades Autónomas tienen transferidas las competencias en materia de Justicia, el Ministerio de Justicia está abordando el desarrollo de algunos aspectos de la oficina judicial procurando compatibilizar la idea de una necesaria homogeneidad en todo el territorio nacional para una actuación eficaz, junto a la también necesaria flexibilidad en función de la diversidad que existe en nuestro Estado.

Por ello se está trabajando en el desarrollo de nuevos principios de gestión en busca de un más eficaz aprovechamiento de los recursos humanos y materiales

de que se disponga, la elaboración de una relación de puestos de trabajo adaptada a la actual situación en este ámbito y el fomento y potenciación de las nuevas tecnologías en la administración de justicia como vehículo para lograr una mayor agilización, calidad, eficacia y eficiencia en su desarrollo, garantizando a la vez la seguridad necesaria en este ámbito. Precisamente en relación a este último aspecto, el Ministerio de Justicia ha desarrollado un servicio de presentación telemática de escritos y notificaciones a través del sistema LexNET aprobado por RD 84/2007, de 26 de enero, «sobre la implantación en la Administración de Justicia del sistema informático de telecomunicaciones LexNET para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos». La implantación de este sistema informático se enmarca en el plan de modernización de la Administración de Justicia y su estructura se basa en el correo electrónico securizado, garantizando el cumplimiento de las siguientes premisas de seguridad: autenticación, confidencialidad, integridad, no repudio y fechado.

VIII. La función de los Notarios y Registradores en la Administración de Justicia⁷

Si bien tradicionalmente los notarios y los registradores quedan fuera de los estudios sobre la Administración de Justicia, la función preventiva que ejercen en la evitación de posibles conflictos intersubjetivos, así como su función de dación de fe pública extrajudicial y de asesoramiento a sus clientes constituyen bases suficientes para concluir que también han de ser objeto de consideración a estos efectos, como puso de manifiesto D. Javier Gómez Galligo, Registrador y Letrado de la Dirección General de los Registros y Notariado, en su intervención el 6 de noviembre de 2007. En efecto, basta realizar un repaso general de las funciones que tanto registradores como notarios tienen asignadas para comprobar el importante papel que estos profesionales pueden jugar tanto en la evitación de conflictos contribuyendo a la consolidación de lo que Gómez Galligo ha calificado como «un sistema de seguridad jurídica preventiva», como en su caso, en la resolución de los conflictos que puedan plantearse ante los órganos judiciales en los que deban tomarse en consideración documentos intervenidos o emitidos por dichos profesionales, dada la fuerza ejecutiva y la fuerza probatoria privilegiada de dichos documentos.

7. Conclusiones de la conferencia impartida con este título el día 6 de noviembre de 2007 por D. Javier Gómez Galligo, Registrador y Letrado de la Dirección General de los Registros y Notariado.

El notario es un profesional del Derecho que ha superado una oposición cuya función esencial es la de ejercer la fe pública extrajudicial, de modo que confiere a los documentos de los que es autor el carácter de auténticos, los cuales tienen fuerza ejecutiva y gozan de la consideración de prueba privilegiada en los pleitos. El notario da fe de los negocios jurídicos privados, colabora en la formación correcta de los mismos y solemniza, con su autoridad y firma el modo y la forma en que se expresan. De ahí que pueda afirmarse que su función de fedatario público viene completada con otra función también de gran relevancia consistente en el asesoramiento jurídico a los particulares que acuden a sus notarias y su contribución, desde esta perspectiva, a la corrección de los negocios jurídicos que los mismos celebran y quieren solemnizar. La autoría del documento notarial y su control de la legalidad lo distingue de otras formas documentales en las que la actividad del profesional se limita a la legitimación o autenticación de la firma.

Al igual que el notario, el registrador es también un licenciado en Derecho que ha superado una oposición. Les corresponde, en ejercicio de sus funciones, la calificación de los documentos que pretenden acceder a los Registros que tienen asignados; el asesoramiento al público en lo referente a cuestiones registrales y la expedición de la publicidad de los datos inscritos. De este modo, los Registros, tanto de la Propiedad –donde se inscriben los actos de trascendencia real referentes a bienes inmuebles rústicos y urbanos–, como Mercantiles –donde se inscriben los actos referentes a sociedades mercantiles y a otros sujetos o patrimonios– y de Bienes Muebles –donde se inscriben titularidades y gravámenes sobre buques, aeronaves, maquinaria industrial y otros bienes muebles identificables, así como las condiciones generales de la contratación–, son instrumentos fundamentales de publicidad, que contribuyen a la prevención de conflictos: los asientos del registro gozan de una presunción de veracidad de su contenido, lo que conlleva que los derechos y situaciones inscritas gozan de diversos privilegios de carácter material y procesal.

Considerada la función de los notarios y de los registradores desde esta perspectiva puede comprobarse fácilmente el importante papel que ambos profesionales desempeñan en el mantenimiento de la paz social, tanto por su contribución a la seguridad jurídica, como por la evitación de conflictos y, en su caso, por la contribución a la solución de los conflictos intersubjetivos que se puedan plantear ante los Tribunales dadas, como se ha señalado anteriormente, la fuer-

za ejecutiva o, en su caso, la fuerza probatoria privilegiada de que gozan los documentos por ellos intervenidos.

***IX. La reforma de los recursos: la nueva casación civil*⁸**

La intervención del Prof. Guzmán Fluja versó sobre dos aspectos de gran actualidad e íntimamente relacionados entre sí como son el papel que debe desempeñar recurso de casación civil y en relación con el mismo, el valor jurídico que ha de concederse a la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo dentro del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico.

La casación es un medio de impugnación de carácter extraordinario que se puede interponer contra determinadas sentencias de apelación dictadas por las Audiencias Provinciales limitado a las solas cuestiones de Derecho, pues los hechos no pueden ser cuestionados en la casación. No es pues, un medio de gravamen, ni una instancia más en la que se puede obtener un nuevo enjuiciamiento de los hechos, ya que no puede sustentarse en errores en la valoración de hechos, sino en la infracción de las normas legales. De ahí una diferencia esencial que la distingue y separa del recurso de apelación, tal y como lo viene declarando el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia.

A la casación civil se le han atribuido tradicionalmente tres funciones importantes: en primer lugar, la función nomofiláctica, de protección de la norma jurídica; en segundo lugar, una función uniformadora de la aplicación e interpretación de la ley (a través de la cual se protege el “*ius constitutionis*”); en tercer lugar, una función de protección del “*ius litigatoris*”, de satisfacción de los derechos de los litigantes. De estas tres funciones, Calamandrei se pronunció a favor de la casación como instrumento de protección del “*ius constitutionis*” y, especialmente, por la función uniformadora del ordenamiento jurídico, visión que se ha consolidado en la doctrina actual.

Con la reforma de la casación civil proyectada en nuestro ordenamiento jurídico se pretende potenciar y acentuar su función uniformadora, reforzando su valor como instrumento de garantía de la igualdad de los ciudadanos ante la ley;

8. Conclusiones de la conferencia impartida con este título por el profesor D. Vicente Guzmán Fluja, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad «Pablo de Olavide» de Sevilla.

de la seguridad jurídica y de certidumbre acerca de la interpretación de las normas por los Tribunales inferiores. En relación a este último aspecto, el Prof. Guzmán Fluja destacó la importancia de entender la finalidad uniformadora “en sentido sincrónico”, admitiendo la posibilidad de evolución de la interpretación de la norma jurídica, como modo de evitar la petrificación del ordenamiento jurídico: no puede equipararse en modo alguno la expresión “certidumbre” con “certeza”.

Por otra parte, es preciso contextualizar esta función uniformadora dentro del marco jurídico vigente en nuestro ordenamiento y con el marco territorial diseñado en la Constitución, con el objeto de favorecer que los Tribunales Superiores de Justicia de las distintas CC.AA. se conviertan en el órgano jurisdiccional que culmina la organización judicial en el ámbito de las CC.AA. Actualmente, los TSJ conocen tan sólo de aquellos recursos de casación fundados en vulneraciones de derecho –material– civil foral o autonómico, dado que el modelo actual de casación, fundada en cuestiones de derecho material comparte su ámbito tradicional con el recurso por infracción procesal, a través del cual se pueden alegar las vulneraciones de normas procesales. Éste último es de la competencia del TS, pues, pese a las previsiones de la LEC del año 2000 que también lo atribuían, en su caso, a los TSJ, todavía no se ha llevado a cabo la necesaria reforma de la LOPJ para atribuir esta competencia a los TSJ. La propuesta de reforma se aparta de esta dualidad de recursos extraordinarios –casación y por infracción procesal–, suprime el recurso extraordinario por infracción procesal y unifica los motivos de casación en la infracción de normas materiales o procesales, siguiendo lo que había sido la regulación precedente de la casación civil en nuestro ordenamiento. Sin embargo, el diseño de esta posibilidad y su puesta en funcionamiento puede plantear numerosos problemas, como si sería posible o no aplicar normas de Derecho civil foral a personas que residen en otra CC.AA., quien debe conocer de los recursos de casación fundados en normas de Derecho civil estatal y autonómico o cuál es el órgano competente cuando las normas autonómicas se alegan tan sólo con carácter subsidiario y su compatibilización con la previsión constitucional de que los TSJ culminan la organización judicial en el ámbito de la CA.

Finalmente, el Prof. Guzmán Fluja se planteó la validez o no de promover dentro de nuestro ordenamiento jurídico el establecimiento del sistema del “precedente judicial”, de modo que la doctrina emanada de la jurisprudencia del

Tribunal Supremo sea vinculante para los demás órganos jurisdiccionales. La CE establece que los órganos jurisdiccionales son independientes y que están sometidos únicamente al imperio de la ley, por lo que el Prof. Guzmán Fluja se preguntaba, ¿es posible considerar a la jurisprudencia como “ley”?

X. Perspectivas de Futuro de la Administración de Justicia en Castilla-La Mancha⁹

El traspaso de competencias a las CC.AA. es un tema de candente actualidad especialmente en relación a Castilla-La Mancha dado que, en estos momentos, se está negociando con el Ministerio de Justicia. A este respecto, la Consejera de Justicia y Protección Ciudadana ha resaltado que su Comunidad Autónoma se está esforzando especialmente por primar el hecho de que las transferencias competenciales se efectúen en las mejores condiciones posibles, aunque ello suponga un cierto retraso en su traspaso efectivo. Resulta obvio que “las transferencias siempre conllevan mejoras palpables para los ciudadanos, ya que la cercanía de una Administración regional ayuda a solventar los problemas”, pero también lo es que, para que dichas mejoras sean realmente tales, la Comunidad Autónoma debe encontrarse en las mejores condiciones posibles y con la mejor dotación posible: importa el cuándo, pero sobre todo el cómo se van a recibir esas competencias.

El proceso de negociación que en estos momentos se está llevando a cabo con el Ministerio de Justicia comprende tres ámbitos de actuación diferenciados: el primero, dedicado al análisis de la situación de la Justicia en la Comunidad Autónoma y los medios de que dispone en la actualidad. A este objeto y desde hace ya algún tiempo la Consejería viene realizando unos completísimos estudios de campo sobre la situación de la Administración de Justicia en todos sus aspectos, funcionamiento práctico, medios personales y materiales, infraestructuras de que está dotada, accesibilidad, etc. Los resultados obtenidos han servido para elaborar diversos planes de trabajo.

El segundo ámbito ha ido directamente encaminado a impulsar el proceso de negociación con el Ministerio de Justicia a cuyo objeto se han creado cuatro gru-

9. Conclusiones de la conferencia impartida con este título el día 13 de diciembre de 2008 por Dña. Angelina Martínez Martínez, Consejera de Justicia y Protección Ciudadana de Castilla-La Mancha.

pos de trabajo (dedicados respectivamente a personal; informática y telecomunicaciones; patrimonio; y costes y financiación) y una Comisión Mixta de Transferencias. El desarrollo de este proceso ha tenido un importante y especial impulso tras la creación de la Consejería de Justicia y Protección Ciudadana en el mes de julio de 2007.

El último aspecto del traspaso competencial se refiere a la planificación del desarrollo de las futuras competencias en materia de justicia, partiendo del hecho de que es un ámbito de confluencia competencial:

1. Los jueces, fiscales y secretarios, no pueden ser transferidos, sino que seguirán dependiendo del CGPJ.

2. Habrá competencias compartidas con el Ministerio de Justicia en relación al desarrollo de la oficina judicial, conforme a lo previsto en el art. 471 LOPJ. De ahí la importancia de crear canales adecuados de coordinación para prestar el servicio de la mejor manera posible (como, por ejemplo, los Delegados Provinciales de la Consejería de Justicia), lo que sin duda mantendrá “vivo el contacto con la Administración Central”.

La Consejera de Justicia destacó los importantes esfuerzos que la Comunidad Autónoma está llevando a cabo para abordar el desarrollo del nuevo modelo de Oficina Judicial y que ha llevado a la elaboración de diversos planes de actuación entre cuyos objetivos destacan la mejora del parque inmobiliario, tecnológico y estructural; la mejora y expurgo de los archivos y depósitos en la Comunidad y la creación de una infraestructura específica para el mantenimiento de los mismos; y otras acciones complementarias en relación a diversos aspectos de medicina legal y forense, asistencia jurídica gratuita y turno de oficio y subvenciones a los Juzgados de Paz, aspecto este último de especial importancia en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, que es una de las que cuenta con el mayor número de este tipo de órganos jurisdiccionales en su territorio.

Finalmente, culminó su intervención exponiendo brevemente las acciones inmediatas que se van a llevar a cabo en este ámbito encaminadas a la dotación para la Consejería de Justicia de un espacio físico propio –del que, en la actualidad, carece–; la progresiva dotación personal de la plantilla de informática; y finalmente, la planificación de las necesarias reformas inmobiliarias en este ámbito.

XI. Conclusiones finales

La adaptación de la oficina judicial a las previsiones recogidas en la LOPJ tras la reforma operada por la L.O. 19/2003 ha de ser una prioridad de la política legislativa y ejecutiva en materia de justicia pues de ello depende en gran medida, no sólo la mejora de la eficacia y agilidad del funcionamiento de esta organización, sino además, la mejora en general del funcionamiento de la Administración de Justicia en nuestro ordenamiento. El proceso de puesta en práctica y desarrollo de la regulación de la nueva oficina judicial requiere todavía de importantes esfuerzos que necesariamente han de ser compartidos por las Administraciones, órganos e instituciones implicados por el sistema.

De ahí la importancia, en relación a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, de continuar los esfuerzos por agilizar el proceso de traspaso de competencias en materia de Justicia, si bien primando siempre la racionalidad en el traspaso por encima de la rapidez o inmediatez del mismo. Pero aparte de la esencial asunción de las competencias en materia de Justicia, de las distintas ponencias puede deducirse también la necesidad de establecer cauces adecuados de colaboración entre nuestra Comunidad Autónoma y los Secretarios Judiciales, a tenor de la importancia que la reforma de la Oficina Judicial a través de la L.O. 19/2003 confiere a la figura del Secretario judicial, al cual se le otorga la competencia de la organización, gestión, inspección y dirección del personal integrante de la misma en los aspectos técnico-procesales. Por ello, la colaboración más estrecha que deben mantener las CC.AA., de cara a conseguir que la organización de la Oficina judicial responda a las actuales necesidades de la Administración de Justicia y a los retos que la Sociedad plantea, debe ser con los Secretarios judiciales, pues en el ejercicio de sus competencias, éstos deben asegurar “la coordinación con los órganos de gobierno del Poder Judicial y con las Comunidades Autónomas con competencias transferidas (art. 454.2 LOPJ)”, y en concreto, deben colaborar con las CC.AA. “para la efectividad de las funciones que estas ostentan en materia de medios personales y materiales, dando cumplimiento a las instrucciones que a tal efecto reciban de sus superiores jerárquicos (452.3 LOPJ)”.

Especialmente, los secretarios judiciales con los que la colaboración ha de ser más estrecha, en el ámbito respectivo de la CC.AA., serán el Secretario de Gobierno del TSJ y los Secretarios Coordinadores Provinciales de la respectiva

CC.AA. Ello por cuanto al primero le compete “impartir instrucciones a los secretarios judiciales de su respectivo ámbito territorial, a solicitud de las Comunidades Autónomas con competencias asumidas, cuando sea precisa la colaboración de aquellos para garantizar la efectividad de las funciones que tienen éstas en materia de medios personales y materiales al servicio de la Administración de Justicia”, así como proponer a la CC.AA. con competencias transferidas, las medidas que, a su juicio, deberían adoptarse para el mejor funcionamiento de la Administración de Justicia que fueren de su respectiva competencia (art. 465 LOPJ)”, mientras que los Secretarios Coordinadores Provinciales, ostentan como competencias, bajo dependencia directa del Secretario de Gobierno, “dictar instrucciones de servicio a los secretarios judiciales de su ámbito territorial para el adecuado funcionamiento de los servicios que tienen encomendados”, así como “colaborar con las Comunidades Autónomas con competencias asumidas, para la efectividad de las funciones que éstas ostenten en materia de medios personales y materiales (art. 467 LOPJ)”. Por ello, corresponde a las propias CC.AA. con competencias en materia de Justicia proponer el nombramiento y cese del Secretario de Gobierno del TSJ de sus respectivos ámbitos, así como también se prevé la participación de las CC.AA. en la designación de los Secretarios Coordinadores Provinciales.

La importancia del papel de las CC.AA. en esta designación es clave para la buena coordinación entre los organismos autonómicos competentes en materia de Justicia y el Gobierno, ya que el Secretario de Gobierno es el cargo superior jerárquico que se ocupa de la dirección de los secretarios judiciales que prestan sus servicios en las oficinas judiciales dependientes de dichos Tribunales, la inspección de los servicios que sean responsabilidad de los secretarios judiciales de su respectivo ámbito competencial, la incoación de expedientes disciplinarios a secretarios judiciales, el control y seguimiento estadístico, así como la impartición a los secretarios judiciales de su respectivo ámbito territorial, a solicitud de las CC.AA., de todas aquellas instrucciones necesarias para garantizar la efectividad de las funciones que tienen éstas en materia de medios personales y materiales al servicio de la Administración de Justicia.

EL VELO ISLÁMICO Y EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

Antonio Cuerda Riezu

Catedrático de Derecho Penal
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

Tengo la costumbre de llevar barba en invierno y de afeitarme la cara en verano, no para despistar, aunque a más de uno le ocurra, sino para evitar el latazo de rasurarme todos los días durante la época de frío y para pasar en la estación veraniega menos calor. A cualquiera le resultará evidente que nadie puede imponerme contra mi voluntad que altere esa rutina: un tercero no puede dormirme con un somnífero y, aprovechando esa situación, afeitarme la barba (en invierno) ni tampoco administrarme en el rostro un potente crecepelo (en verano). De igual manera, el Estado tampoco está legitimado para obligar por decreto a que todos los varones lleven barba o, al contrario, a que ninguno la lleve. Aunque la libertad no garantiza el acierto de quien la ejerce, sí estaría justificado que alguien, a través de la discusión pública, intente convencernos de cuán equivocados estamos los que mostramos el rostro barbudo o los que lo mostramos lampiño. Debido a los últimos avances de la cirugía estética, esa libertad de modificar nuestra apariencia física afecta gradualmente a un mayor número de nuestros rasgos. Pero aún sin llegar a pasar por una mesa de operaciones, hay variaciones para todos los gustos: pendientes en las orejas o en la nariz; *piercings* (perforaciones) por todas las partes del cuerpo; tatuajes, escarificaciones (cicatrices), *brandings* (quemaduras) en la piel; implantes subcutáneos; pelo rapado al cero, o por el contrario con coleta, rastas (mechones de cabello sin peinar), guedejas (como los judíos ultraortodoxos) o pelo con fijador según una estética punk... Aunque un solo rasgo no equivale a la imagen en su totalidad, sí es verdad que puede ser determinante para configurarla. Son famosos los bigotes retorcidos del pintor Salvador Dalí, las gafas del director y actor de cine Woody Allen o las peinetas de la cantante Martirio. Y en cuanto al tocado de cabeza, cabe optar por la boina a lo Josep Pla, la gorra con visera, la chapela vasca, la kipá o gorrito judío, la *kufiya* o pañuelo palestino popularizado por el dirigente Yasir Arafat, o finalmente por el *hiyab* islámico que portan muchas mujeres que abrazan esta religión. Recuerdo que hace bastantes años mi madre iba a misa con velo, y todavía se siguen viendo monjas con toca. Y, finalmente, hay personas a las que les gusta mostrar símbolos con significado directamente religioso, como medallas de vírgenes, la cruz latina, la estrella de David o pequeños ejemplares del Corán.

Si se pretende buscar un fundamento jurídico a esta libertad de configuración de nuestra apariencia física, no creo que lo podamos hallar en el derecho a la salud que garantiza el artículo 15 de la Constitución, porque de las plurales opciones que acabo de mencionar, lo cierto es que unas no son más saludables que otras, incluso algunas pueden afectar –incluso seriamente– a la salud,

como los tratamientos que tienen que ver con la piel. Otra posibilidad sería considerar que la imposición o prohibición de unos determinados rasgos físicos constituyeran tratos inhumanos o degradantes, que supondrían una vulneración del mismo artículo 15 de nuestra Constitución; pero la doctrina del Tribunal Constitucional, siguiendo en este punto a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo, considera que sólo se puede reputar un trato de inhumano o degradante cuando se genera en la persona una sensación de humillación o envilecimiento¹; pues bien, no siempre que se imponga o se prohíba una determinado rasgo físico se va a provocar en las personas esa sensación de humillación o envilecimiento. Si, por ejemplo, el gobierno de turno prohibiera a todos los ciudadanos llevar pendientes, no necesariamente los destinatarios de la medida iban a sentirse humillados, sino que más bien mostrarían una actitud de rebeldía contra una decisión que, en principio, carecería de razón de ser. Para justificar la capacidad de autodeterminación en el aspecto físico de los seres humanos se podría pensar, como otra opción, en la libertad personal del artículo 17 de la Constitución, pero también es verdad que nuestro Tribunal Constitucional concreta este derecho fundamental en la libertad deambulatoria² o libertad de movimientos³ lo que no se adecua exactamente con tal capacidad de autodeterminación.

Estoy convencido de que el derecho a la propia imagen, garantizado –como una peculiaridad escasamente aceptada por otras Constituciones⁴– en el artículo 18.1 de nuestra Carta Magna otorga una base de derecho fundamental, con todas las garantías que ello implica, a la libre configuración del aspecto físico

1. En este sentido: SSTC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 4; 89/1987, de 3 de junio, FJ 2; 120/1990, de 27 de junio, FJ 9; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 4 A); 119/1996, de 8 de julio, FJ 2; 91/2000, de 30 de marzo, FJ 9; 162/2000, de 12 de junio, FJ 7; ATC 335/1982, de 3 de noviembre.

2. Así, STC 12/1994, de 17 de enero, FJ 2; ATC 55/1996, de 6 de marzo, FJ 5.

3. En este sentido, STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 14. Por su parte, la STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 7 *in fine*, parece distinguir entre la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (y en este sentido declara que los ciudadanos “gozan de autonomía para elegir entre las diversas opciones vitales que se les presentan”) y el derecho fundamental a la libertad del art. 17 CE, en el sentido de protección de la libertad de movimientos, de la que nadie puede ser privado salvo en los casos y en la forma previstos en la ley.

4. Según pone de relieve A. Azurmendi Adarraga, *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Madrid, 1997, Edit. Civitas, pág. 127, este derecho está reconocido, antes de la Constitución española de 1978, en el art. 16 de la Constitución de Portugal, de 1976; y después de la Constitución Española, en el art. 5 V y X de la Constitución de la República Federal de Brasil, de 1988, y en el art. 2.7 de la Constitución Política del Perú, de 1993. Esta misma autora advierte, *ibidem*, que el derecho a la propia imagen se reconoce en la práctica de los Tribunales de otros países como los Estados Unidos de América, Alemania e Italia.

de los ciudadanos. Sin embargo, hasta ahora tanto la legislación como la jurisprudencia mayoritaria, incluso la constitucional, han atribuido al concepto de “imagen” el significado casi exclusivo de reproducción, copia o representación normalmente bidimensional (mediante fotografía, pintura, ilustración, cine, video o televisión) y a veces en tres dimensiones (escultura, holografía) de una persona física. Según este criterio, la imagen no es la realidad sino una representación de esa realidad⁵. Por lo general, la doctrina jurídica se enmarca en esta misma corriente de opinión⁶, con la salvedad de un par de autores, que lamen-

5. En este sentido, cfr. Joseba Zúñiga, *Imagen*, 2004, pág. 3.

6. Por ejemplo: F. Morales Prats, “Consideraciones en torno a una futura tutela penal del derecho a la propia imagen”, en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez Vitoria*, t. 1, Barcelona, 1983, Edit. Bosch, pág. 574: “[...] es común en la doctrina considerar que por imagen hay que entender la reproducción de la figura de una persona física”, y pág. 576: “[...] no se protege aquí el propio cuerpo de la persona, sino la reproducción o plasmación del mismo, ya sea fotográfica, pictóricamente, etc.”; J. Royo Jara, *La protección del derecho a la propia imagen. Actores y personas de notoriedad pública, según la Ley 5 de mayo de 1982*, Madrid, 1987, Edit. Colex, pág. 22: “[...] la lesión a la imagen no significa en modo alguno lesión al cuerpo. El cuerpo y su representación no pueden confundirse”; F. Herrero Tejedor, *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, 1990, Edit. Colex, pág. 93: “En este sentido, Gitrama entiende que sólo entendiendo la imagen como reproducción o representación de la figura humana en forma reconocible, y no como la figura en sí, es posible hablar de un derecho a la propia imagen”; X. O’Callaghan, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid, 1991, Edersa, pág. 115: “*la imagen es la representación gráfica de la figura humana*” (cursivas en el original); J. Pardo Falcón, “Los derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34, enero-abril, 1992, pág. 167, señala la opinión del Tribunal Constitucional –que parece compartir– de “que el derecho a la propia imagen no incluye lo que, desde un punto de vista estrictamente gramatical o semántico, pudiera parecer: el derecho de cada uno a llevar el aspecto que estime oportuno; jurídicamente hablando, este último derecho debe ser entendido, como hace nuestra jurisprudencia constitucional, como otra manifestación del más genérico derecho a la intimidad (STC 170/87, FJ 4º)”; V. Hecce de la Prada, *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*, Barcelona, 1994, José María Bosch Editor, pág. 17, en la que recoge la opinión de otro autor, conforme a la cual “Es, pues la imagen algo representativo”, y pág. 31, donde define la imagen como la “*reproducción o representación de la figura (y rostro) humanos en forma visible y reconocible*” (cursivas en el original); Marc Carrillo, “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental”, *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 18, 1994, pág. 14: imagen “es la figura, representación, semejanza y apariencia de una cosa”; R. Sarazá Jimena, *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*, Pamplona, 1995, pág. 149: “representación gráfica de la figura humana”, siguiendo así la jurisprudencia del Tribunal Supremo; C. Crevillén Sánchez, *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*, Madrid, 1995, Actualidad Editorial, pág. 93: “En un sentido amplio y que todo el mundo acepta por imagen se entiende la reproducción de cualquier persona, animal o cosa por medio de la pintura, la escultura, la fotografía o cualquier otro medio”; A. Azurmendi Adarraga, *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, 1997, cit., págs. 23-24, donde define el contenido material de la imagen como “forma visible”, “apariencia”, “representación sensible” y también como signo que es un vehículo apto para comunicar, y en pág. 43: “La imagen humana es la representación de la figura humana en forma visible y reconocible”; C. García García, *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*,

tablemente no extraen ninguna consecuencia adicional⁷. Este reduccionismo puede tener una explicación en la medida en que más del 80 % de la información que recibimos tiene lugar a través del sentido de la vista. No en vano Goethe dijo que “el órgano con el que más he comprendido el mundo es el ojo”; y Albert Camus escribió: “No se piensa más que por imágenes. Si quieres ser filósofo, escribe novelas”.

Murcia, 2003, Universidad de Murcia - Servicio de Publicaciones, pág. 360: “El derecho a la propia imagen se confirma como algo más profundo y global que el puro aspecto físico (STC 170/1987, F.J. 4º). Es decir, la libertad para decidirla puede estar limitada o condicionada”; A. Pascual Medrano, *El Derecho fundamental a la propia Imagen. Fundamento, Contenido, Titularidad y Límites*, Cizur Menor, 2003, Edit. Thomson-Aranzadi, pág. 63: “Tampoco es la imagen en sí misma considerada, la fisonomía, la figura. La imagen, a los efectos de este derecho, es la representación gráfica del aspecto físico de una persona”, en págs. 64-65, nota 6, rechaza la opinión de Alegre: “En mi opinión, sin embargo, el derecho a la propia apariencia nada tiene que ver con el derecho a la propia imagen. Estamos, más bien, ante una manifestación o proyección de la libertad individual general (art. 1.1 CE), que puede encontrar tutela por parte del Tribunal Constitucional si dicha apariencia es fuente de discriminaciones injustificadas (art. 14 CE)”; P. Grimalt Servera, *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Madrid, 2007, Edit. Iustel, págs. 39-40: “Asimismo, se discute en la doctrina si el derecho a la propia imagen incluiría un derecho a presentarse en la sociedad con aquella estética que uno estime más apropiada. Se ha resaltado que el Tribunal Constitucional, fundamentalmente en su sentencia 170/1987, de 30 de octubre, habría rechazado tal posibilidad”; J. Garberí Llobregat, *Los procesos civiles de protección del honor, la intimidad y la propia imagen*, Barcelona, 2007, Edit. Bosch, págs. 181 ss., donde recoge las definiciones de las sentencias del Tribunal Constitucional.

7. En este sentido: M. A. Alegre Martínez, *El derecho a la propia imagen*, Madrid, 1997, Edit. Tecnos, pág. 59, al criticar la STC 99/1994, declara: “Resulta, en efecto, un tanto contradictorio en los términos que un «instrumento básico de identificación y proyección exterior» sea un «elemento configurador de la intimidad», concepto que encierra evidentes connotaciones internas. Por ello, a la vista del razonamiento expresado por el Tribunal, quizá hubiera sido más exacto calificar la imagen, el aspecto físico, como «primer elemento configurador de la individualidad»; y J. R. de Verda y Beamonte, “El derecho a la propia imagen”, en J. R. de Verda y Beamonte (Coordinador), *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Cizur Menor, 2007, Edit. Thomson-Aranzadi, pág. 145, quien reconoce que existen dos acepciones de la imagen: “de un lado, la «imagen» como «figura»; de otro lado, la «imagen» como reproducción de dicha figura por cualquier procedimiento gráfico, técnico o artístico que la haga perceptible por el sentido de la vista [...] La «imagen» como «figura» es un bien de la personalidad, un atributo inherente a la persona, consistente en su aspecto exterior físico, que contribuye a individualizarla y a identificarla ante la sociedad”; pero en pág. 146 parece olvidarse de esa acepción, al afirmar que “el derecho a la propia imagen es entonces el poder que el ordenamiento jurídico atribuye a la persona para determinar cuándo es posible la representación de su figura, o dicho de otro modo, la facultad de decidir cuándo su figura puede ser reproducida por un tercero y cuándo no”; en pág. 149 se refiere al concepto constitucional de imagen: “Desde el punto de vista constitucional, la «imagen» es la figura humana, esto es, el conjunto de rasgos físicos que configuran el aspecto exterior de una persona determinada y que permiten identificarla como tal, lo que constituye un bien de la personalidad, que es objeto de una protección constitucional autónoma (se le tutela en sí mismo, con independencia, pues, de que la reproducción de la imagen comporte, o no, una vulneración del buen nombre o de la intimidad de la persona)”, pero a continuación se olvida de esto y sólo se refiere a la imagen como “representación gráfica”.

Pero verdaderamente creo que ese significado –correcto en sí– de imagen como representación de la realidad puede ser ampliado con el de “apariencia o aspecto físico de una persona”. Como fundamento de esta afirmación puedo apuntar varios argumentos.

En primer lugar, todo derecho fundamental comprende un contenido esencial que es indisponible tanto para el legislador como para los órganos judiciales. Ese contenido esencial no tiene por qué coincidir con la regulación legal del derecho. El previsto en el artículo 18.1 de la Constitución no es un derecho, como otros, de los llamados de “configuración legal”, en los que el constituyente, al remitir la definición del derecho a la ley, hizo coincidir, totalmente o en parte, la protección constitucional con la protección legal⁸. Pues bien, el contenido esencial del derecho a la propia imagen no es necesariamente idéntico ni a lo dispuesto, a efectos civiles, en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; ni a lo que se deriva, a efectos penales, de los artículos 197 y siguientes del Código Penal; ni a lo que resulta, a efectos administrativos, de la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, que regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad Ciudadana en lugares públicos, o de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Para averiguar el contenido esencial del derecho a la propia imagen conviene partir de que el Tribunal Constitucional ha calificado al derecho a la propia imagen como un derecho de la personalidad⁹, derivado de la dignidad humana y dirigido a la protección del patrimonio moral de las personas¹⁰. Pues bien, a mi entender lo más próximo y consustancial a la dignidad humana no es la reproducción de la realidad, sino verdaderamente la realidad del rostro y de la figura humana. No tiene sentido que se proteja la copia o reproducción, y no el original. La preferencia que se ha otorgado a este aspecto del contenido esencial de la propia imagen quizás venga motivada por una excesiva patrimonialización de

8. Eso ocurre, por ejemplo, parcialmente con la privación de libertad del segundo inciso del art. 17.1 CE (“[...] con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”); de manera absoluta con el derecho de los españoles a entrar y salir libremente del párrafo segundo del art. 19 CE (“[...] en los términos que la ley establezca”); y también parcialmente con la forma y los efectos del derecho de petición de los españoles del art. 29.1 CE (“[...] en la forma y con los efectos que determine la ley”).

9. Por ejemplo, SSTC 127/2003, de 30 de junio, FJ 6; y 72/2007, de 16 de abril, FJ 3.

10. Verbigracia, SSTC 14/2003, de 30 de enero, FJ 4; y 127/2003, de 30 de junio, FJ 6.

la imagen, derivada en gran medida de los ataques a la misma mediante métodos cada vez más sofisticados de reproducción de la imagen¹¹. Pero lo más personal y consustancial a la persona no es la reproducción de su imagen sino sus verdaderos rasgos físicos.

Por otra parte, el lenguaje cotidiano también puede ayudar a incluir en el derecho a la propia imagen la libre configuración de la apariencia física. En efecto, a veces empleamos el término imagen en el sentido al que ahora me refiero, como sucede cuando decimos que alguien “ha cambiado de *look* o de imagen”, esto es, de aspecto físico. Esta conclusión resulta reforzada por la circunstancia de que el adjetivo “propia”, según nos enseña la Real Academia de la Lengua, en una de sus acepciones equivale a “perteneiente o relativo a alguien que tiene la facultad exclusiva de disponer de ello”. Para reforzar esta idea bien nos puede servir la reciente sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo 929/2007, de 17 de septiembre, al haber reconocido que el cambio de sexo y su inscripción en el Registro Civil encuentra fundamento en el derecho a la propia imagen, “que atribuye a su titular un derecho a determinar sus rasgos físicos personales y característicos”¹².

Y por lo que se refiere a la doctrina del Tribunal Constitucional, éste no ha llegado a rechazar que el derecho a la imagen comprenda la libre configuración del aspecto físico. Si no me equivoco, verdaderamente se ha ocupado de esta dimensión del derecho –y no *obiter dicta* o de manera incidental– en dos sentencias. Mientras que en una (la 170/1987, de 30 de octubre) se da por buena la prohibición de llevar barba impuesta al barman de un hotel, porque la decisión personal sobre la apariencia física puede ser limitada en virtud de las relaciones laborales libremente asumidas mediante un contrato de trabajo, en otra (la 120/1996, de 8 de julio) no se entra en el fondo del derecho a la propia imagen de un agente de la policía municipal, que es sancionado por llevar el pelo largo, recogido incluso en una coleta.

Por último, otras experiencias foráneas nos ponen en alerta acerca de los problemas que se suscitan en caso de desconocer el derecho de cada uno a configu-

11. Sobre la patrimonialización de la imagen, cfr.: F. Morales Prats, “Consideraciones en torno a una futura tutela penal del derecho a la propia imagen”, en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez Vitoria*, t. 1, 1983, Edit. Bosch, págs. 571-606, *passim*; Marc Carrillo, “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental”, *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 18, 1994, págs. 11, 14 y 19-20.

12. STS (Sala de lo Civil) 929/2007, de 17 de septiembre, FJ 1.3.

rar libremente sus rasgos personales. Así, la ley francesa 2004-228, de 15 de marzo de 2004, que prohíbe a los alumnos portar de manera ostensible signos que pongan de manifiesto su pertenencia a una religión, ha provocado la salida de aquellas alumnas de las escuelas y liceos públicos que se negaban a prescindir del velo; según un Informe publicado un año después de la entrada en vigor de la ley por la asociación *Comité 15-mars et Liberté*, de 806 estudiantes afectadas, se estimaban que 273 (30 % del total) habían abandonado el sistema público educativo presencial. El sistema prohibicionista francés no ha logrado, pues, el objetivo de garantizar una educación laica a todos por igual, que era lo que pretendía, sino que más bien está fomentando la segregación de las alumnas que han decidido seguir cubriendo sus cabellos con el *hiyab*.

En Turquía ha regido la prohibición del velo y de la barba entre los estudiantes universitarios desde 1981 hasta febrero de 2008. Tal prohibición fue impugnada por una alumna de medicina ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Éste, en su sentencia de 29 de junio de 2004, *Leyla Şahin contra Turquía*, ha examinado la prohibición con dos circunstancias que condicionan intensamente el fallo: en primer lugar, el enjuiciamiento se produce únicamente valorando la demanda desde la libertad de religión, garantizada en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y no desde el derecho a la propia imagen, que no está contemplado en el Convenio; y en segundo lugar, que el fallo tiene muy en cuenta las particularidades de la sociedad turca, por lo que no creo que sea trasladable sin más a otros Estados. El Tribunal de Estrasburgo considera que la prohibición constituye una injerencia en el ejercicio del derecho a manifestar la religión, pero que es necesaria en esa sociedad democrática para proteger los valores democráticos, los derechos de las mujeres, la igualdad de sexos, sin perder de vista que “existen en Turquía movimientos políticos extremistas que se esfuerzan en imponer a toda la sociedad sus símbolos religiosos y su concepción de la sociedad basada en reglas religiosas”¹³. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluye que la prohibición no ha vulnerado el artículo 9 del Convenio. Sin embargo, en febrero de 2008 el Gobierno del islamista moderado Recep Tayyip Erdogan, con el apoyo de un partido ultra-nacionalista, ha logrado que triunfara una iniciativa dirigida a reformar la Constitución y acabar así con el veto en los campus uni-

13. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de junio de 2004, *Leyla Şahin contra Turquía*, apartado 109.

versitarios del pañuelo islámico de las alumnas, veto que no obstante sigue vigente para profesoras y funcionarias¹⁴.

Ningún derecho fundamental es absoluto, sino que está sometido a límites, bien por entrar en colisión con otro derecho fundamental bien por estar limitado por una ley. Eso mismo pasa con el derecho a la propia imagen. En nuestro país, una cirujana no podría entrar al quirófano con un *burka* afgano –que además de limitar el campo de visión quizás podría plantear problemas respecto a la asepsia– porque el derecho a la salud del paciente, previsto en el artículo 15 de la Constitución, prevalece sobre el derecho a la propia imagen. El militar español no puede ir tocado con la *kufiya* palestina sino que debe vestir el uniforme correspondiente a la ocasión, bien de campaña bien de paseo, porque así lo impone la normativa en cuestión¹⁵. De la misma forma, la alumna que usa el *hiyab* no puede oponerse a vestirse con un chándal para hacer gimnasia, alegando como justificación su derecho a la propia imagen, ya que predomina aquí la necesidad de hacer ejercicio físico que vendría fundamentada en la protección de su salud (artículo 15 de la Constitución), la protección de los menores (artículo 39.4 de la Constitución) y en la necesidad de que los poderes públicos fomenten la educación física y el deporte (artículo 43.3 de la Constitución); ni tampoco puede oponerse a que se le impartan asignaturas relacionadas con las ciencias naturales por entender que su contenido es contrario al Corán, ya que la programación general de la enseñanza corresponde a los poderes públicos (artículo 27.5 de la Constitución)¹⁶.

Entre prohibir y no fomentar media una gran distancia. Una cosa es prohibir el *hiyab* en nuestros colegios e institutos y otra muy distinta que haya voces en

14. Cfr. el diario *El País*, de 10 de febrero de 2008, pág. 12.

15. El art. 7.6 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (*BOE* de 3 de diciembre de 1998), considera falta leve “la infracción de las normas que regulan la uniformidad”.

16. El art. 2 del Primer Protocolo al Convenio Europeo de Derechos Humanos (ratificado por España, *BOE* de 12-1-1991) establece lo siguiente: “A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”. Pues bien, en relación con la segunda frase de este artículo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la misma “no autoriza, ni siquiera a los padres, a oponerse a la integración de tal enseñanza o educación [sc., de informaciones o conocimientos que tengan, directamente o no, un carácter religioso o filosófico] en el programa escolar, *sin lo cual cualquier enseñanza institucionalizada correría el riesgo de resultar impracticable*” (Sentencias de 7 de diciembre de 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca*, apartado 53; y de 29 de junio de 2007, *Folgerø y otros contra Noruega*, apartado 84 g) (cursivas añadidas por mí).

el debate público que intenten convencer a las creyentes en el Islam para que desistan de usar este símbolo de recato en la mujer que, en realidad, es una discriminación para ella. También lo es la toca de una monja y nadie parece dispuesto a arrancársela. Aunque me parece que tanto la toca como el *hiyab* son manifestaciones de una discriminación hacia la mujer, merecen mi respeto siempre que su uso responda a una decisión libre y autónoma. Lo que en ningún caso puede hacer el Estado es prohibir con carácter general y sin excepciones el uso de la toca y del *hiyab* en centros educativos públicos. Semejante prohibición sería incompatible con el derecho a la propia imagen.

De modo que puedo estar tranquilo con mi barba en invierno y mi rostro afeitado en verano.

A SOBERANIA ESTATAL EM TEMPOS DE GLOBALIZAÇÃO E INTEGRAÇÃO*

Marcos Augusto Maliska

Professor de Derecho Constitucional
Facultades Integradas de Brasil

SUMARIO

Resumen.

Introdução.

- I. O conceito de Soberania. Entre o formal e o real.*
- II. Soberania e Constituição no exemplo brasileiro.*
- III. Soberania Estatal e Século XXI.*

Bibliografia.

* Texto produzido como atividade de Pesquisa Acadêmica realizada junto ao *NupeConst* – Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional da *UniBrasil*, em Curitiba, Brasil e objeto de Conferência proferida na cidade polonesa de Szklarska Poreba, em Maio de 2008. O autor agradece os professores Jan Filip (Universidade Masaryka, República Tcheca), Francisco Javier Díaz Revorio e Maria Jose Majano Canô (Universidade Castilha-La Mancha, Espanha), Saule K. Amandykova (Universidade Estadual de Karaganda, Kazaquistão), Dariusz Dudek (Universidade Católica de Lublin, Polônia) e Krystian Complak (Universidade de Wroclaw, Polônia) pelo debate enriquecedor ocorrido no Congresso de Szklarska Poreba (Polônia).

Resumen

El texto se refiere a la soberanía del Estado en la época de la globalización y la integración de Estados. El Estado moderno es un Estado nacional, que fue construido en los siglos XVIII y XIX como un “Estado total” que no reconocía a las minorías ni la diferencia entre grupos en el territorio estatal. El Estado hegemónico construyó una sociedad hegemónica, que no tuvo lugar para el pluralismo. En el terreno internacional la soberanía fue un instrumento muy importante para hacer la paz entre Estados en aquel tiempo pero ahora la soberanía como “atributo del Derecho” (Kelsen) tiene un nuevo sentido. El estado tiene que estar en relación estable con otros Estados y organizaciones internacionales. Este nuevo Derecho internacional no es un “Derecho coexistente” sino un Derecho coercitivo. El sistema legal del Estado está abierto a dos vías: (i) a la influencia de otros sistemas legales (Unión Europea, ONU, Mercosur, etc.) y (ii) a la influencia del pluralismo en el Estado.

Palabras clave

Soberanía del Estado; Estado moderno; Estado nacional; minorías sociales; pluralismo; Derecho internacional; Derecho constitucional.

Abstract

The present text talks about the State's sovereignty in times of globalization and states integration. The modern State is a national State, which was built in 18. and 19. centuries as a “total State” that didn't recognize the minorities and the difference between groups in the state's territory. This hegemonic State built a homogeny society, which didn't give place to pluralism. In international field the sovereignty was a very important instrument to do the peace between states in that time but now the sovereignty as a "law's attribute" (Kelsen) has a new concept. The State must be in standing relationship with others states and international organizations. This new international law isn't a “co-existence law” but a law with coercion. The State's law system is open to two ways: (i) to influence from other law systems (European Union, UNO, Mercosul etc.) and (ii) to influence from pluralism in the State.

Key-words

State's sovereignty; modern State; national State; social minorities; pluralism; international law; constitutional law;

Introdução

O presente texto é uma pequena reflexão sobre o sentido da soberania estatal em tempos de globalização e integração. Partindo de uma perspectiva histórica e jurídica do sentido da soberania estatal, o texto instiga o leitor a refletir sobre o significado que a soberania estatal pode ter nos dias de hoje.

A soberania não sendo atributo de efetivo poder real, ela ocupou espaço conceitual importante no cenário dos Estados Modernos como sendo a capacidade para dizer o Direito em última instância. Essa visão jurídica atrelada à noção de identidade nacional, como instrumento de formação e coesão da unidade soberana, foram decisivas para marcar a vida política que conhecemos. Esse processo que se formou e se consolidou ao longo dos séculos XIX e XX, dá mostras claras que não seguirá o mesmo no Século XXI. Essa afirmação não implica na aceitação de que a unidade nacional está por desaparecer, mas que ela conviverá com outras instâncias de decisão política.

Os processos de integração supranacional e globalização colocam desafios a soberania estatal, no momento em que eles relativizam a dimensão absoluta que forjou o conceito de soberania. A idéia de que a soberania estatal estava acima das demais formas de organização social que se encontravam sob o seu território é compreendida diversamente nos dias atuais. A crescente produção normativa supranacional e internacional coloca novos conceitos, como soberania compartilhada ou cooperativa. Aqui, o chamado Estado Constitucional Nacional dá lugar ao Estado Constitucional Cooperativo.

1. O conceito de Soberania. Entre o formal e o real

A soberania estatal, na sua versão moderna dos chamados Estados Nacionais, pode ser analisada sob diversas formas. Sob o ponto de vista da democracia, ela trouxe a possibilidade do controle do poder pelo povo¹, com certeza um grande avanço civilizatório. Aqui é necessário recordar que a democracia moderna, fundada na vontade soberana do povo², encontrou no Estado Nacional o seu mode-

1. Ver Catania, Alfonso. *Lo Stato Moderno. Sovranità e Giuridicità*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996, pág. 13-14. “Erst mit dem Aufkommen des demokratischen Nationalstaates im 19. Jahrhundert bildete sich die Legitimationsdimension des DRIS [demokratischer Rechts- und Interventionstaat] voll

lo de desenvolvimento³. Esse processo de acoplamento da identidade nacional com a forma de organização política, que inicialmente foi mediado pelos soberanos constitucionais, alcançou plena independência com a supremacia do Princípio da soberania popular.

De outro modo, o chamado Estado Nacional foi construído a partir de um grupo hegemônico que imprimiu seu modo de vida para o conjunto daqueles que vivam no Estado, ou seja, o Estado Nacional foi moldado a partir de uma visão de mundo não necessariamente comungada por todos que estavam sob aquele domínio estatal. Sob esse ponto de vista, o Estado Nacional não teve uma história tão gloriosa. E mais, os laços emocionais de pertencimento à nação foram elementos irracionais que acabaram por levar ao totalitarismo nas suas versões fascista e nazista. O sentimento de pertencimento à nação foi forte o suficiente para romper com os laços de proteção e lealdade que marcavam as relações entre os súditos e o monarca. Essa rápida aceitação do novo modelo teve o seu preço, pois essa mesma força que sustentou o Estado Moderno foi também decisiva para negar todos os valores fundamentais do constitucionalismo. Os direitos fundamentais foram filtrados pelo sentimento nacional.

Por fim, no caso específico dos países latino-americanos, a construção dos Estados Nacionais foi artificial, forjada, no caso brasileiro, pela preocupação de

aus. Legitim im *empirischen Sinne* ist ein Gemeinwesen dann, wenn die Beherrschten ein gewisses Mass an internalisierter Folgebereitschaft gegenüber den kollektiv bindenden Regelungen zeigen. Im normativen Sinne bedarf Legitimität einer demokratischen Verfassung des Staatswesens. Sie besteht, wenn die Ermächtigung zur Gesetzgebung in rechtsstaatlich begrenztem Umfang erteilt und in fairen Verfahren ausgeübt wird und wenn die von der Gesetzgebung Betroffenen auch an deren Zustandekommen beteiligt waren. Mit der Herausbildung des DRIS entwickelte sich die demokratische Verfassung des Staatswesens zur wichtigsten, wiewohl nicht einzigen Quelle politischer Legitimität auch im *empirischen Sinne*. Wie Hasso Hofmann (2004:163, 165) aufzeigte, vollzog sich dieser Prozess ausschliesslich innerhalb der Nationalstaaten“. Leibfried, Stephan e Zürn, Michael. Von der nationalen zur post-nationalen Konstellation. In. *Transformationen des Staates?*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006, pág. 28.

2. “O termo ‘democracia’ não deriva apenas etimologicamente de ‘povo’. Estados democráticos chamam-se governos ‘do povo’; eles se justificam afirmando que em última instância o povo estaria ‘governando’. Todas as razões do exercício democrático do poder e da violência, todas as razões da crítica da democracia dependem desse ponto de partida”. Müller, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 2ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, pág. 47.

3. Segundo escreve Habermas, Democracia e Estado Nacional iluminaram o núcleo do processo no qual se estabilizaram a consciência nacional e a cidadania democrática. Ambos trouxeram o fenômeno da cidadania solidária, que formou a sociedade nacional. Habermas, Jürgen. Braucht Europa eine Verfassung? In. *Zeit de Übergänge*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001, pág. 117-118.

se construir um país chamado Brasil e de dar a ele uma identidade no cenário internacional⁴.

Não desprezando a importante dimensão da relação entre democracia e Estado Nacional, o presente texto procurará analisar a questão da soberania estatal hoje a partir de um ponto de vista histórico-sociológico, passando por sua dimensão jurídica. O Estado pós-nacional historicamente representa uma superação do modelo totalizante do Estado Nação. O Homem da Declaração de Direitos de 1789 era branco, ocidental, do sexo masculino, heterossexual e nacional. A cidadania foi aos poucos sendo alargada para outros segmentos, promovendo a democratização do espaço político/público, de modo que o paradigma estruturante do Estado Nação não serve para compreender o respeito à diversidade que marca as sociedades do século XXI⁵.

Aqui está a tratar-se de um processo de desintegração do sentido clássico que consolidou o Estado Nacional, de um abandono de valores absolutos construídos a partir de teorias totalizantes que negavam a diferença e as opções pessoais, culturais e comunitárias. Nesse mundo em que o Estado Nacional é um entre diversos fatores de coesão social, ele perde a função de primazia que teve outrora. Essa função historicamente foi fundamental para romper com o modelo de lealdade local e implantar o Estado Moderno. No entanto, hoje ela se encontra, historicamente, superada, pois o compartilhamento de funções, presente tanto sob a dimensão externa como interna desse novo Estado Constitucional, confere-o novos contornos⁶.

4. Importante lembrar que o cenário Internacional do Século XIX era marcado exclusivamente por Estados, as sociedades se auto-organizavam politicamente em Estados e mantinham relações entre si por Tratados. Aqui se trata do chamado *Direito Internacional de coexistência*. Ver: Häberle, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Tradução do alemão por Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 71.

5. Sobre o papel dos valores constitucionais no jogo das diversas opções políticas possíveis dentro do sistema constitucional, ver Díaz Revorio, Francisco Javier. *La Constitución como orden abierto*. Madrid: Estudios Ciencias Jurídicas, 1997, pág. 145 e seg.

6. Ver: Maliska, Marcos Augusto. Análise da constitucionalidade das cotas para negros em universidades públicas. In: Piza Duarte, Evandro C. e outros. *Cotas Raciais no Ensino Superior. Entre o jurídico e o político*. Curitiba: Juruá, 2008, pág. 57 e seg; Maliska, Marcos Augusto. A cooperação internacional para os direitos humanos entre o direito constitucional e o direito internacional. Desafios ao Estado Constitucional Cooperativo. *Revista Forense*, v. 391, 2007, pág. 627 e seg; Maliska, Marcos Augusto. O Estado Constitucional em face da cooperação regional e global. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*. Curitiba, v. 6, 2006, pág. 105 e seg.

É necessário também chamar a atenção para a importância da discussão acadêmica no tocante a renovação teórica do direito constitucional, que necessita dar conta de uma nova realidade. Se o direito constitucional que conhecemos foi formado nas bases do Estado Nacional, ele hoje precisa ser completamente repensado⁷.

Uma análise histórica da consolidação dos Estados Nacionais no Século XIX implica na distinção entre os processos europeu e americano. Enquanto que na Europa, por exemplo, a unificação alemã, que possibilitou a formação do Estado Nacional Alemão era uma tentativa de agrupar o povo germânico sob a mesma organização política, agrupar aqueles que falavam a mesma língua e tinham os mesmos costumes, na América a formação dos Estados Nacionais implicou uma identificação nacional que tinha, no caso brasileiro, por exemplo, um forte caráter idealístico, abstrato, de se procurar responder a pergunta: quem são os brasileiros? Lá já havia o povo e a questão era romper as relações tradicionais e agrupar esse povo sob o manto do Estado Nação. Aqui, não havia o povo, o Estado chegou antes⁸.

No caso alemão, a fundação do Império em 1871 alcançou o objetivo do movimento nacional, o Estado Nacional não era mais um projeto para o futuro. Nesse sentido, a experiência alemã se distanciou de outras experiências nacionais, como França e Itália, por exemplo, ao não formar um Estado Unitário, comandado a partir da capital, mas um Estado Federal, ou seja, o Império Alemão era um *nationaler Bundesstaat*. As decisões políticas do Império eram de responsabilidade do *Kaiser* e do *Kanzler*. O Império pôde rapidamente introduzir um conjunto de medidas para promover a integração da população alemã do Império (*die reichsdeutsche Bevölkerung*): a união das medidas, peso e moeda (1873); fundação do Reichsbank (1875), do serviço postal (1875) e do sistema de estradas de ferro (1873); criação de uma legis-

7. Ver, por exemplo, Maliska, Marcos Augusto. A integração de Estados: Entre o direito constitucional e o direito internacional. In. Gomes, Eduardo e outro (org.) *Desafios do direito internacional no Século XXI*. Ijuí: Editora Unijuí, 2007, pág. 105 e seg.

8. Ver, nesse sentido, o texto de Schwarcz, Lília Moritz. Estado sem nação. “Auguste de Saint-Hilaire, viajante francês que passou por terras brasileiras na primeira metade do século XIX, resumia de maneira inesperada a impressão que deixava esse imenso Império incrustado bem nomeio da América: Havia um país chamado Brasil, mas absolutamente não havia brasileiros” (pág. 351). Igualmente Carvalho, José Murilo de. Nação imaginária: memória, mitos e heróis. In. Novaes, Adauto (org.). *A crise do Estado Nação*, pág. 414 “Nos termos da discussão inicial, pode-se dizer que faltou nação a nosso Estado-Nação inaugurado em 1822”.

lação do império (Código Penal 1870, Código de Processo 1873 e 1877, a instituição de um Tribunal do Império em Leipzig em 1879 e o Código Civil de 1896) e a introdução do seguro social para os trabalhadores (1883-1889). No entanto essas medidas de integração não foram incorporadas na política interna, pois ela foi entendida, já desde Bismarck, como uma luta contra os diversos “inimigos do império” (*Reichsfeinde*). Assim, por exemplo, a população polonesa que vivia nas províncias prussianas de Posen e Westpreu em tiveram que conviver tanto com as medidas anti-católicas⁹ da Kulturkampf quanto com a pressão da política de germanização (*Germanisierungspolitik*)¹⁰. A política nacionalista do Império Alemão foi marcada por uma tensão com as nações vizinhas do leste, oeste e norte. A política externa (*Außenpolitik*) do Império era o destino desse novo grande Estado. Pela primeira vez em séculos era possível uma política externa nacional, algo que se apresentava como um desafio. Aqui também se tratava de uma tarefa de integração, ou seja, inserir o Império Alemão no sistema político internacional (*das internationale Staatensystem*)¹¹.

Desta forma, a formação e consolidação dos Estados Nacionais deram-se a partir de uma visão de mundo hegemônica, totalizadora¹². No entanto, é impor-

9. As complexas medidas de uniformização nacional não deixaram de ter oposição interna. Assim, é testemunho o conflito entre Bismarck e vários antigos aristocratas prussianos que se colocaram ao lado dos católicos agredidos, o que Bismarck interpretou como uma deserção do Partido Conservador dos valores da pátria. Ver: Carsten, Francis L. *Geschichte der preu ischen Junker. Frankfurt am Main: Suhrkamp*, 1988, pág. 126.

10. Interessante é o depoimento de um contemporâneo desses acontecimentos, Friedrich Nietzsche: “É necessário aceitar-se se o espírito de um povo que sofre e quer sofrer de febre nacional e de ambição política é ofuscado algumas vezes por alguma nuvem ou qualquer outra perturbação, se tem, em resumo, qualquer acesso de imbecilidade; assim, por exemplo, os alemães da atualidade cultivaram a loucura anti-francesa, anti-semita, anti-polaca, a romântico-critã, a wagneriana, a teutônica, a prussiana (como aqueles historiadores cabeçudos: Sybel e Treitschke) – são, em resumo, pequenos obumbramentos do espírito e da consciência alemã”. Nietzsche, Friedrich. *Jenseits von Gut und Böse und andere Schriften*. Vol. 3. Köln: Könnemann, 1994, pág. 185.

11. Ver: Dann, Otto. *Nation und Nationalismus in Deutschland (1770-1990)*. Munique: Beck, 1993, pág. 157 e seg.

12. Talvez possa dizer-se que a Espanha experimentou o mesmo processo, no sentido da unificação nacional sob a perspectiva de um grupo dominante e das diversas minorias que ficaram a ele submetidas. Essa afirmação não desconsidera, em especial, a crítica de Ortega y Gasset, quando trata da “grave enfermedad” que se abate sobre a Espanha, ou seja, “la escasez de hombres dotados con talento sinóptico suficiente para formarse una visión íntegra de la situación nacional donde aparezcan los hechos en su verdadera perspectiva, puesto cada cual en el plano de importancia que le es propio”. Ortega y Gasset, José. *España invertebrada. Bosquejo de algunos pensamientos históricos*. Edición de Francisco José Martín. Madrid: Biblioteca Nueva, 2002, pág. 89.

tante também observar, que a idéia de soberania estatal não esteve vinculada a posse de condições materiais, de poder propriamente dito. Nesse aspecto, a soberania estatal foi uma construção jurídica para manter a paz e estabilizar a ordem internacional.

Segundo Kelsen a Soberania dos Estados é um fator decisivo para a aceitação da primazia da Ordem Jurídica Estatal. Esta Soberania não é qualidade perceptível ou objetivamente reconhecida de um objeto real, senão que um pressuposto: o pressuposto de uma ordem normativa na qual todas as outras estão submetidas. A questão se um Estado é Soberano não pode ser respondida através de uma investigação real de Poder. Segundo o jurista de Viena a Soberania não é o máximo do Poder Real, pois Estados em comparação com Superpotências não possuem nenhum Poder Real, porém possuem sua existência jurídica (validade) como Soberanos da mesma maneira que as Superpotências. A pergunta se um Estado é Soberano, é na verdade uma pergunta se a Ordem Jurídica Estatal é a última instância¹³.

Essa compreensão jurídica da soberania nos explica o papel histórico que esse conceito teve para a manutenção da ordem internacional. A soberania, nesse sentido, foi um imprescindível instrumento para a manutenção da paz, como forma de equilíbrio das relações de poder entre os Estados. O reconhecimento formal da soberania estatal implicava num limite jurídico reconhecido internacionalmente. Por certo que a experiência demonstra que esses limites, por diversas vezes, foram rompidos pela força.

2. Soberania e Constituição no exemplo brasileiro

Diverso do modelo europeu, o processo de formação do Estado brasileiro percorreu outros caminhos, pois aqui se tratou de construir uma imagem, a imagem do brasileiro: “logo após a independência política de 1822, investiu-se muito no cerimonial da realeza brasileira e no estabelecimento de determinadas memórias. (...) O novo império, não só dialogaria com a tradição: introduziria elementos da cultura local. Construía-se, a partir de então, uma cultura imperial pautada em dois elementos constitutivos da nacionalidade emergente: ‘o estado

13. Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*. Wien: Verlag Österreich, 2000, pág. 334-335.

monárquico, portador e impulsionador do projeto civilizatório, e a natureza, como base territorial e material deste Estado”¹⁴.

Importante observar que o romantismo brasileiro alcançou “grande penetração, tendo o indígena como símbolo. Na literatura e na pintura os índios idealizados nunca foram tão brancos; assim como o monarca e a cultura brasileira tornavam-se mais e mais tropicais. Afinal, essa era a melhor resposta para uma elite que se perguntava incessantemente sobre sua identidade, sobre sua verdadeira singularidade. Diante da rejeição ao negro escravo e mesmo ao branco colonizador, o indígena restava como uma espécie de representante digno e legítimo. ‘Puros, bons, honestos e corajosos’, os índios atuavam como reis no exuberante cenário da selva brasileira e em total harmonia com ela. (...) Pátria sem ser nação, no Brasil os símbolos ‘surgiam’ na mesma velocidade em que se consolidava a imagem do Império. E assim, por meio do indianismo, realizava-se um velamento da colonização”¹⁵.

Por certo que falar da idealização do índio não é afirmar que ele obteve, do Estado Nacional brasileiro, o respeito e a consideração que merecesse. Os índios e os negros foram sistematicamente excluídos do processo civilizatório brasileiro: “o mesmo empreendimento colonizador que dizimou em três séculos 3 milhões de nativos foi também responsável pela importação, nos mesmos três séculos, de 3 milhões de escravos africanos, cuja sorte não foi melhor”¹⁶.

14. Schwarcz, Lilia Moritz. *As barbas do imperador. D. Pedro II, um monarca nos trópicos*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 39. Escrevendo sobre a visão de nação dos constituintes de 1823, Celso Rodrigues observa que “a idéia de nação e, portanto, a construção da nacionalidade equivalem à busca incessante de uma homogeneidade essencial, que está associada à superioridade e à exclusividade dos valores culturais da comunidade a que se destina”. Segundo ainda o autor, “os debates no plenário demonstram que a construção da nacionalidade foi uma das questões mais problemáticas tratadas pelo corpo de representantes da nação. Estes, em sua maioria, representavam o pensamento do século diante das contradições expostas de uma sociedade escravocrata e multirracial, recém-saída do jugo colonial. O pensamento político moderno, representado pelos deputados constituintes, deparava-se com questões de extrema complexidade como a dos escravos libertos, dos índios e da imensa população de baixa renda. Sem dúvida, não eram os mesmos impasses dos constituintes norte-americanos e franceses do final do século XVIII. A complexidade das questões, sua especificidade e originalidade impunham a necessidade de um esforço de acomodação legislativa de difícil consecução”. RODRIGUES, Celso. *Assembléia Constituinte de 1823. Idéias Políticas na Fundação do Império Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2002, pág. 68 e 74.

15. Schwarcz, Lilia Moritz. *As barbas do imperador*, pág. 148. “Como um bom selvagem tropical, o indígena mitificado permitiu à jovem nação fazer as pazes com um passado honroso, anúncio de um futuro promissor. Se dissensões existiam, o projeto oficial tratava de apaga-las” (pág. 149).

16. Carvalho, José Murilo de. *Nação imaginária: memória, mitos e heróis*, pág.401.

A primeira Constituição brasileira, do ano de 1824, já elencava um rol de direitos fundamentais¹⁷. No entanto, o Estado Constitucional, no sentido dado pelas Revoluções Americana e Francesa, nunca passou de um documento, que na prática pouca ou nenhuma eficácia teve. Pensado para uma sociedade industrial, o Estado Liberal se instalou no Brasil num ambiente completamente diferente, marcado pela economia agroexportadora, pela escravidão e pela ausência de seu elemento principal, a burguesia¹⁸.

No entendimento de Marcelo Neves, o processo de constitucionalização formal do Brasil está ligado estreitamente com o movimento pela independência do País de Portugal. Na América Latina, segundo o autor pernambucano, o Constitucionalismo atuou não apenas, como na Europa, como antônimo de Absolutismo, senão que antes como expressão de anticolonialismo. Porém, ao contrário da experiência Norte Americana, o rompimento político e jurídico do Brasil com a dominação Portuguesa não levaram a construção de um Estado Nacional “Soberano”, no sentido da reprodução de um sistema político auto-poiético sobre determinadas fronteiras territoriais. Da formal independência de Portugal o País caminhou para a submissão dos interesses ingleses. Desta forma, o conceito de Soberania como reprodução auto-referencial de um Sistema Político sob delimitado território perdeu significativamente em importância¹⁹.

Assim, a relação de dependência que o Brasil teve, no Século XIX, muito claramente com a Inglaterra e, no Século XX, teve seguramente até os anos sessenta com os Estados Unidos²⁰, torna relativo o valor Soberano de sua estatalidade. Talvez com isso se possa dizer que o Brasil nunca foi um Estado verdadeira-

17. Segundo escreve Jose Afonso da Silva, a Constituição Brasileira de 1824 foi a primeira, no mundo, a subjetivar e positivar os Direitos do Homem. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14^o ed. São Paulo: Malheiros, 1997, pág. 169.

18. Maliska, Marcos Augusto. *Estado e Século XXI. A integração supranacional sob a ótica do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 19.

19. Neves, Marcelo. *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne. Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992, pág. 116.

20. A política brasileira dos anos sessenta procurou se afastar tanto economicamente como politicamente da dependência com os Estados Unidos para estabelecer uma política de interdependência com outras regiões do mundo, entre elas a região dos países árabes, a Ásia e até mesmo os países do bloco comunista. Essa política se iniciou com Jânio Quadros e João Goulart e manteve-se até mesmo durante o período militar, sendo o Tratado Nuclear com a Alemanha um testemunho. EULER, Heinrich. Lateinamerika im 20. Jahrhundert. In. *Lateinamerika. Geschichte, Probleme, Perspektive*. Freiburg: Ploetz, 1978, pág. 126-127.

mente soberano, no sentido, por exemplo, que foram a Alemanha com a fundação do *Deutsche Reich* em 1871, a França e a Inglaterra. Essa distinção, que parece importante quando se está discutindo o conceito de soberania em face dos processos de integração e da globalização, torna em certos aspectos relativa a afirmação de “perda de Soberania”. Só se fala em perda quando efetivamente se tem algo! A histórica dependência econômica dos países latino-americanos nunca lhes conferiu efetiva soberania²¹.

3. *Soberania Estatal e Século XXI*

As duas grandes guerras no século XX foram decisivas para o enfraquecimento do Estado Nacional. A criação da Comunidade Européia nos anos 1950, por exemplo, teve por finalidade manter a paz. Assim, o fenômeno da supranacionalidade é anterior ao da globalização. Esta, por certo, acelerou os processos de integração tendo em vista a necessidade da criação de consórcios de Estados para enfrentar a economia globalizada.

Aqueles que viveram os gloriosos 30 anos do pós-guerra sabem, por certo, que o mundo já não é mais o mesmo. Talvez para aquela geração a situação hoje esteja pior, mas para uma grande quantidade de pessoas ao redor do mundo, a globalização acabou dando chances. Alain Touraine escreve que “países saíram da miséria em algumas décadas, centenas de milhões de novos produtores e consumidores tornaram obsoleta a antiga distinção entre o mundo desenvolvido e o terceiro mundo, pois grande parte deste ‘emerge’, enquanto notável fração do primeiro está submersa”²². Neste sentido a discussão sobre o fim da soberania estatal, na verdade, tem um grande impacto nos chamados países desenvolvidos, que possuem muito a perder em termos de qualidade de vida²³. O otimismo que

21. Maliska, Marcos Augusto. *Estado e Século XXI*, pág. 20.

22. Touraine, Alain. *Como sair do Liberalismo?* Trad. Maria Leonor Loureiro. Bauru-SP: Edusc, 1999, pág. 24.

23. Bauman cita Martin Woollacott em artigo publicado no *The Guardian* (14/07/1997) que ilustra bem essa questão: “O conglomerado sueco-suíço Asea Brown Boveri anunciou que reduziria sua força de trabalho na Europa ocidental em 57.000 pessoas e criaria mais empregos na Ásia. A Electrolux, em seguida, anunciou que reduzirá a sua força de trabalho global em 11 por cento, sobretudo na Europa e na América do Norte. A Pilkington Glass também anunciou cortes significativos. Em apenas dez dias, três empresas européias cortaram empregos em escala suficiente para se equiparar aos números mencionados nas propostas dos novos governos francês e britânico para criação de empregos... Sabe-se que a Alemanha perdeu 1 milhão de empregos em cinco anos e que suas empresas estão ocupadas cons-

cerca países que cresceram nos últimos anos e o pessimismo no chamado primeiro mundo, que estão vendo o desmonte do magnífico Estado de Bem Estar Social, construído após a segunda grande guerra, é de certa forma um testemunho dessas oportunidades que a globalização trouxe. Trata-se da perspectiva de quem vê o mesmo fenômeno.

Questões como desigualdade, pobreza, riqueza, responsabilidade pelo meio ambiente transbordam os limites do Estado Nacional, são questões globais, de interesse de todos. Assim, as políticas públicas que as enfrentam devem ser discutidas no plano global, pois não há mais espaço para uma exclusividade nacional nessas matérias. Como decorrência disso, o Estado de Bem Estar do Século XXI deve ser pensando de outra forma. A globalização, ainda que centralize a renda, ela acaba por diminuir a diferença entre os chamados países desenvolvidos e em desenvolvimento. Com os seus níveis de crescimento econômico a China, por exemplo, poderá ultrapassar os Estados Unidos em Produto Interno Bruto, mas não será considerado um país desenvolvido. O país mais rico do mundo será um país que poderá ser considerado como “em desenvolvimento”.

No importante aspecto militar²⁴, que forma a identidade da soberania estatal moderna, uma guerra em escala mundial é impensável, pois com ela também virá o fim da existência da vida²⁵. No plano econômico²⁶, outra importante dimensão soberana, o dinheiro não reconhece as fronteiras dos países e aquilo que até pouco tempo atrás era privilégio de poucos, o chamado Estado de Bem Estar Social, não dá mostras de que se manterá para o futuro, ou seja, a única saída possível é uma discussão global sobre qualidade de vida.

truindo fábricas na Europa oriental, na Ásia e na América Latina. Se a indústria européia ocidental está se mudando maciçamente para fora da Europa ocidental, então todos esses argumentos sobre a melhor política governamental face ao desemprego têm que ser vistos como de importância limitada.” Bauman, Zygmunt. *Globalização. As conseqüências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, pág. 63-64.

24. Sobre o papel do serviço militar obrigatório na formação da consciência nacional, ver Habermas, Jürgen. *Braucht Europa eine Verfassung?*, pág. 117-118.

25. Segundo Hobsbawm enquanto os Estados Unidos continuarem a ser a única superpotência mundial as chances de uma guerra mundial são mínimas. Os perigos estão, segundo o historiador, no uso das armas nucleares em guerras regionais. Hobsbawm, Eric. *O Novo Século. Entrevista a Antonio Polito*. Trad. Claudio Marcondes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, pág. 15.

26. Ver: Genschel, Philipp e Uhl, Susanne. *Der Steuerstaat und die Globalisierung*. In. Leibfried, Stephan e Zürn, Michael. *Transformationen des Staates?* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006.

Talvez a estratégia política esteja em dois fronts: no plano interno e no plano externo²⁷. Internamente, inspirado na história do socialismo europeu, Alain Touraine propõe uma política intermediária entre a antiga social democracia e a terceira via, uma via 2 ½. Segundo o sociólogo francês “o que a define, em relação ao projeto de Tony Blair, é que ela atribui a prioridade à reintegração social dos excluídos e dos marginais, por meios econômicos, ou seja, dando de novo ao aumento da produção e do emprego uma prioridade confiscada há muito tempo pelos problemas monetários e financeiros”²⁸.

No plano externo, o caráter formal da Soberania dos Estados é um grande trunfo no debate diplomático atual, e cada país deve saber utilizá-lo para fazer valer os seus interesses. A crescente autoridade dos fóruns internacionais leva a discussão dos problemas e as atribuições de responsabilidades para o plano internacional, para um debate global. As instâncias globais são os espaços por excelência para discussão e solução eficaz de problemas sérios que atingem toda a humanidade como, por exemplo, a pobreza e a depredação ambiental. Esses fóruns internacionais reúnem diversas opiniões soberanas, cada uma com o seu peso político. A democratização desses espaços, de modo a evitar que aqueles que possuem maior importância venham a dominar os menos influentes é uma necessidade do mundo globalizado.

Bibliografia

Bauman, Zygmunt. *Globalização. As conseqüências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

Carsten, Francis L. *Geschichte der preu ßischen Junker*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988.

Catania, Alfonso. *Lo Stato Moderno. Sovranità e Giuridicità*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996.

Dann, Otto. *Nation und Nationalismus in Deutschland (1770-1990)*. Munique: Beck, 1993.

27. Maliska, Marcos Augusto. *Estado e Século XXI*, pág. 24.

28. Touraine, Alain. *Como sair do Liberalismo?*, pág. 126.

Díaz Revorio, Francisco Javier. *La Constitución como orden abierto*. Madrid: Estudios Ciencias Jurídicas, 1997.

Euler, Heinrich. Lateinamerika im 20. Jahrhundert. In. *Lateinamerika. Geschichte, Probleme, Perspektive*. Freiburg: Ploetz, 1978.

Gomes, Eduardo e outro (org.) *Desafios do direito internacional no Século XXI*. Ijuí: Editora Unijuí, 2007.

Häberle, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Tradução do alemão por Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Habermas, Jürgen. *Zeit de Übergänge*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001.

Hobsbawm, Eric. *O Novo Século. Entrevista a Antonio Polito*. Trad. Claudio Marcondes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*. Wien: Verlag Österreich, 2000.

Leibfried, Stephan e Zürn, Michael. (Orgs.) *Transformationen des Staates?*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006.

Maliska, Marcos Augusto. A cooperação internacional para os direitos humanos entre o direito constitucional e o direito internacional. Desafios ao Estado Constitucional Cooperativo. *Revista Forense*, v. 391, 2007, pág. 627 e seg.

_____. O Estado Constitucional em face da cooperação regional e global. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*. Curitiba, v. 6, 2006, p. 105 e seg.

_____. *Estado e Século XXI. A integração supranacional sob a ótica do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

Müller, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

Neves, Marcelo. *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne. Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.

Nietzsche, Friedrich. *Jenseits von Gut und Böse und andere Schriften*. Vol. 3. Köln: Könnemann, 1994.

Novaes, Adauto (org.). *A crise do Estado Nação*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.

Ortega y Gasset, José. *España invertebrada. Bosquejo de algunos pensamientos históricos*. Edición de Francisco José Martín. Madrid: Biblioteca Nueva, 2002.

Piza Duarte, Evandro C. e outros. *Cotas Raciais no Ensino Superior. Entre o jurídico e o político*. Curitiba: Juruá, 2008.

Rodrigues, Celso. *Assembléia Constituinte de 1823. Idéias Políticas na Fundação do Império Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2002.

Schwarcz, Lilia Moritz. *As barbas do imperador. D. Pedro II, um monarca nos trópicos*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

Silva, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14º ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

Touraine, Alain. *Como sair do Liberalismo?* Trad. Maria Leonor Loureiro. Bauru-SP: Edusc, 1999.

III. CRÓNICAS

(1 de enero a 31 de diciembre de 2007)

SUMARIO

- **Enrique Belda Pérez-Pedrero**, “Las Comunidades Autónomas en el Tribunal Constitucional a través del Senado. Dudas razonables de constitucionalidad y eficacia política para Castilla-La Mancha”
- **Tomás Vidal Marín**, “El fin de la guerra del vino entre las dos Castillas: la indicación geográfica “Vino de la Tierra de Castilla” y la STC 44/2007”
- **M^a del Pilar Molero Martín-Salas**, “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (1 de enero de 2007 a 31 de diciembre de 2007)”
- **María Martín Sánchez**, “Actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha en 2007”
- **M^a Joaquina Guerrero Sanz**, “Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria”
- **M^a Elena Rebato Peño**, “Actividades de Derecho Público de la Universidad de Castilla-La Mancha”

LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN EL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DEL SENADO.
DUDAS RAZONABLES DE CONSTITUCIONALIDAD
Y EFICACIA POLÍTICA PARA CASTILLA-LA MANCHA

Enrique Belda Pérez-Pedrero

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

SUMARIO

- I. La modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para que el Senado elija los Magistrados de este Alto Tribunal que le propongan las Comunidades Autónomas.*
- II. La sospecha de inconstitucionalidad de la reforma.*
- III. La efectiva participación autonómica: la preeminencia de criterios políticos y de tensión territorial.*

1. La modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para que el Senado elija los Magistrados de este Alto Tribunal que le propongan las Comunidades Autónomas

Las Cortes Generales aprobaron en el curso que contempla este anuario, la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, publicada en el Boletín Oficial del Estado con fecha 25 de mayo de 2007, cuyo objeto es realizar una serie de adaptaciones en la mencionada ley organizativa y procedimental. El fin es conciliar la actuación del más alto intérprete de la Constitución, a la realidad y exigencias jurídicas del Estado, toda vez que han transcurrido casi tres décadas desde su aprobación, según reza la exposición de motivos de la norma. A través de su artículo Único, introduce numerosos cambios en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional con la finalidad de intentar la resolución de los problemas constatados desde 1980, en especial el crecimiento de los recursos de amparo elevados ante este órgano como garante último de los derechos fundamentales y las libertades públicas; lo que ocasiona inconvenientes de organización y personal, afectando al tiempo de emisión de las resoluciones. Asimismo, se realizan ajustes que inciden en materias procesales y de estricta organización.

A los efectos que nos interesan, el artículo 16.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC), recibe la adición de un nuevo párrafo para obligar al Senado a proponer los Magistrados correspondientes a su tercio (cuatro magistrados de doce), entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, en los términos que determine el Reglamento de la Cámara Alta (que consiguientemente también fue modificado en noviembre de 2007). Se pretende con ello que la voluntad de las Comunidades Autónomas a través de sus parlamentos, sea determinante en la configuración de la voluntad del Senado. Es una manera, como se puede suponer, de trasladar una capacidad de propuesta/nombramiento expresamente marcado por la Constitución para el Senado, hacia las nacionalidades y regiones.

La medida puede responder a la realidad política de estos años en los cuales, el protagonismo de los poderes autonómicos ha aumentado progresivamente, al tiempo que el Senado se sumía en una efectiva pérdida de presencia institucional. Sin embargo, el mecanismo empleado para responder a esta presunta exigencia de ajuste institucional, suscita serios problemas.

II. La sospecha de inconstitucionalidad de la reforma

Parlamentarios de la oposición política mayoritaria, concretamente cincuenta diputados del grupo parlamentario popular constituido en la VIII Legislatura Constitucional (2004-2008), interpusieron un recurso de inconstitucionalidad como consecuencia de la posible quiebra de la Constitución Española (en adelante CE), en su artículo 159.1¹; a causa del Artículo Único, apartado Seis de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en su artículo 16.1. Los recurrentes estimaban que tales modificaciones vulneraban frontalmente el referido precepto:

Artículo 159.1 CE: “El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.”

El recurso contiene esencialmente las incompatibilidades más palmarias, con las que sustancialmente coincido, y que paso a tratar. Veamos:

Una opción legislativa consistente en alterar la Constitución para desnaturalizar las atribuciones del Senado, será siempre contraria e inaceptable para la Norma de Normas. La configuración que a través de ley se opere sobre las instituciones y órganos del Estado, debe consistir, cuando sea necesario, en un desarrollo armónico de los aspectos organizativos o de funcionamiento, pero nunca en alterar la institución afectada por la norma, ni mucho menos producir un desampoderamiento de las atribuciones que se le confieren expresamente.

Con meridiana claridad, el art. 159.1 CE señala que cuatro de los doce miembros del Tribunal Constitucional son nombrados por el Rey a propuesta del Senado. El núcleo de la cuestión a decidir ante esta nueva regulación es, si el Senado (y por extensión, el Congreso de los Diputados, el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial que son mencionados en condiciones de igualdad por

1. También el Recurso se dirigía contra el precepto que prolongaba el mandato del Presidente y Vicepresidente del Tribunal Constitucional, por vulneración del art. 160 CE.

el citado precepto), pueden a través de algún tipo de normas jurídicas, leyes o reglamentos, renunciar o trasladar a otras instituciones esa facultad atribuida a partir del texto constitucional. La respuesta ha de ser necesariamente negativa.

En primer lugar, en el ámbito de las fuentes del derecho, la norma impugnada asume la responsabilidad de ordenar al Senado que los Magistrados que elija para proponer al Rey sean, siempre y en todo caso, candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Dejamos, por tanto, fuera de estas consideraciones jurídicas la (im)posibilidad de que el Reglamento de la Cámara Alta estuviese capacitado para condicionar de tal modo la elección, que llegase a este mismo resultado. No es el debate, ya que es la propia Ley Orgánica la que lo determina y, por continuar vigente ese precepto, el Reglamento se tuvo que adaptar de inmediato para el cumplimiento de este art. 16.1, párrafo segundo de la LOTC.

En segundo lugar, y a partir de la conclusión anterior, siguiendo con este problema de fuentes, el operador jurídico se encuentra con el sospechoso e inconsistente hecho de que la norma derivada del art. 165 CE destinada a regular el funcionamiento del Tribunal Constitucional, la LOTC, está regulando el comportamiento del Senado. Si la gravedad de ello no fuera suficiente, el nuevo art. 16.1.II LOTC excede además los límites señalados por las llamadas de desarrollo a ley orgánica, contenidas a lo largo del Título IX CE y muy en especial la del art. 165 CE: “Una ley orgánica regulará el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones”. La determinación del comportamiento de otro órgano del Estado, señalado por el constituyente como elector de sus miembros, jamás podrá considerarse, 1, ni como funcionamiento, ya que se trata de la elección previa, 2, ni como regulación del estatuto de sus Magistrados, que arranca a partir de la propuesta y nombramiento, no antes, 3, ni como parte del derecho procesal constitucional, ya que se trata de una cuestión orgánica.

La carencia de atribuciones al respecto no sólo de una ley, sino específicamente de la LOTC, es suficientemente elocuente, y la afectación del art. 165 CE, por utilizar esa norma para una finalidad distinta a la exigida, (invadiendo además las atribuciones constitucionales expresas hacia el Senado, por parte del art. 159.1 CE), se suma a la vulneración constitucional del art. 159.1 CE.

Esta estructura jurídica determinada por el legislador es desastrosa. Por ejemplo, permitiría que la Ley Orgánica del Poder Judicial dijera al Congreso de los Diputados no sólo los requisitos precisados a partir de la Constitución que deben cumplir sus Vocales, sino que los elijan según las propuestas de cualesquiera órganos autonómicos o asociaciones profesionales. O la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, obligar al Gobierno a que sus propuestos fueran a su vez los determinados por las mayorías parlamentarias. Las diversas resoluciones del Tribunal Constitucional en torno al concepto de Ley Orgánica y su naturaleza, entre las que destacaríamos las SSTC 5/1981, de 13 de febrero, 76/1983, de 5 de agosto, 169/1987 de 27 de octubre, o 124/2003, de 19 de junio; no parecen dejar abierta la posibilidad de que las remisiones particulares de desarrollo que el propio texto constitucional concede para complementar los preceptos constitucionales mediante la invocación de esta figura jurídica, permitan a la ley orgánica atribuida a una institución, determinar parcelas fundamentales del núcleo de decisión de otra, y mucho menos cuando esa otra es una cámara representativa.

En cualquier caso, estaríamos ante la confusión normativa que se añadiría a la invasión competencial de fondo al que ya pasamos a referirnos.

En cuanto al fondo de esta decisión normativa, que el legislador sustraiga a un órgano constitucional (con atribuciones “mínimas” delimitadas) una facultad que le corresponde, poco habría que explicar salvo remitir a la lectura del precepto claramente vulnerado (el art. 159.1 CE) acompañado del articulado íntegro del Título III CE, y en especial de los arts. 66, 67, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 82, 87, 89, 90 y 91 CE. La cuestión está en determinar si el legislador puede intervenir a fondo sobre los poderes otorgados por la Constitución a las Cámaras. La respuesta es sencilla: sí puede, pero dentro de la sistemática constitucional y del respeto a la reserva reglamentaria. Es decir, podrá desarrollar su actividad sobre ciertas materias, interpretando ampliamente, con el único límite de salvaguardar el espacio atribuido a cada órgano constitucional. Pero de pretender un nuevo equilibrio de poderes, el Poder Legislativo está capacitado para ejercer una iniciativa de reforma constitucional, no siendo la capacidad de legislar suficiente para alterar la situación de contrapeso diseñada por el constituyente.

Por ello, si el Senado no puede elegir con libertad a los miembros del Tribunal Constitucional que propondrá al Rey, se está operando un desapodera-

miento, violando la atribución del mandato directo del art. 159.1 CE. Si a efectos dialécticos, cualesquiera interpretaciones benévolas estimasen que, en realidad, el sentido literal del art. 159 CE se cumple porque el Senado no deja de ser el que “propone” tras una elección limitada por los deseos de otros órganos mencionados en la Constitución (las Asambleas Parlamentarias de las Comunidades Autónomas), el problema se trasladaría a otro plano que pasamos a tratar:

Consistiría en evaluar los condicionamientos o límites que el propio legislador puede poner a cualquier órgano, en este caso al Senado, en las atribuciones conferidas. Es destacable la ausencia de todo resorte constitucional o interpretación desde el Tribunal Constitucional al efecto, que avalase una hipotética intervención en este sentido cuando media un precepto constitucional claro y contundente atribuyendo una competencia (no estamos, pues, en presencia de ningún conflicto constitucional en torno al ejercicio de atribuciones que provoque entre el Senado y otro órgano un conflicto, al estilo del resuelto por la STC 45/1986, de 17 de abril; ni ante ninguna modulación permisible de la autonomía de la propia Cámara (entre otras, referida al Senado STC 234/2000, de 3 de octubre, FJ 12). Bien es cierto que con carácter general se podría afirmar que toda potestad puede ser susceptible de llevar aparejada una limitación, pero en tanto se respete el fondo último del poder o la facultad. Es decir, que la decisión la tome el órgano que la tiene atribuida, no otro distinto.

Esta decisión última se puede limitar o condicionar (a saber, por requisitos en torno a la capacitación o perfil, plazos, incompatibilidades) pero, 1) no se puede trasladar fraudulentamente a otro órgano constitucional, 2) no se puede perfilar contra lo establecido en la propia Constitución.

De la lectura de los preceptos del Título III más arriba indicados, ha de responderse que la “solución” legislativa carece de fundamento constitucional alguno al romper con las atribuciones del Senado como Cámara que conforma las Cortes Generales, para trasladar el contenido del acto decisorio de la selección a otros órganos, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, cuya mención constitucional en los arts. 147.2 c) y 152.1 CE en ningún caso incluye la capacidad de elevar ante el Senado candidaturas de miembros del Tribunal Constitucional, y en especial, que promovidas esas candidaturas el Senado se vea obligado a aceptarlas sin barajar otras que provengan de las propuestas de sus miembros, representantes elegidos por el cuerpo

electoral a los que se desapodera de esta atribución, reduciendo su capacidad de ejercer el cargo público senatorial.

La reforma suscita, siguiendo este planteamiento, una sucesión de afectaciones constitucionales:

- a) El cargo público representativo de Senador, sufre un menoscabo incompatible con el texto constitucional puesto que como componente de la Cámara parte de las Cortes Generales, ve disminuida su capacidad de representar al pueblo español en su conjunto (art. 66.1 CE), convirtiendo la propuesta de Magistrados del Tribunal Constitucional en el resultado de una acumulación de intereses territoriales que ya tienen sus ámbitos de representación. El Tribunal Constitucional, por su carácter estatal demanda desde la propia Carta Magna una configuración nacida de la concurrencia de voluntades de órganos de naturaleza general o estatal, como las Cortes Generales, el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial.
- b) El precepto impugnado vulnera, junto con el art. 159.1 CE de manera consecuente, el art. 66.2 CE, desapoderando a una Cámara de las Cortes Generales de una competencia atribuida por la Constitución a través de aquel precepto.
- c) Somete a los Senadores, como miembros de las Cortes Generales a mandato imperativo, vulnerando el art. 67.2 CE, pilar fundamental de la democracia representativa, ya que son obligados a obedecer las propuestas llegadas de las Comunidades Autónomas sin poder decidir con libertad los candidatos que cumplan con las exigencias constitucionales y que no figuren en la delimitación marcada por las Asambleas Legislativas de los territorios.
- d) La configuración constitucional del Senado impide que pueda renunciar o delegar sus atribuciones en las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.
- e) La caracterización del bicameralismo (imperfecto) de las Cortes Generales sitúa al Senado en ciertas parcelas, con una situación de inferioridad respecto del Congreso de los Diputados, especialmente en fun-

ciones legislativas o en el otorgamiento de la confianza parlamentaria. Pero es insostenible desde un punto de vista constitucional que la Cámara Alta pueda entenderse desde su perfil, cimentado en el Título III CE, como sujeta a un desapoderamiento de esta envergadura, a manos de leyes o de Estatutos de Autonomía. La posible existencia de justificaciones políticas conducentes a obtener un mayor protagonismo de las asambleas de las Comunidades Autónomas en estos nombramientos, habría de llevar necesariamente a una reforma constitucional, pero no a una mutación del Senado contra la dicción expresa del Título que lo regula.

Por ello, en conclusión, se ha transferido una competencia constitucional del Senado a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, sin dejar margen alguno de elección libre a esta Cámara de representación. Como ha quedado demostrado, la limitación exacta establecida por la reforma de la LOTC (el Senado propone ateniéndose a una selección previa nacida de las Comunidades Autónomas) consiste en impedir que los representantes populares elegidos para esa Cámara, vean suprimida su capacidad de propuesta de candidatos, afectando por ello su estatuto constitucional y en concreto el art. 23.2 CE (cuyo pacífico contenido se determina en decenas de resoluciones del Tribunal como, entre otras muchas, las SSTC 10/1983, de 21 de febrero, 75/1985, de 21 de junio, 24/1990, de 15 de febrero, 185/1999, de 11 de octubre o 154/2003, de 17 de julio).

Y en esta última afectación nos detenemos, para terminar la fundamentación jurídica acerca de la incompatibilidad con la Constitución, del nuevo párrafo segundo del art. 16.1 LOTC: tras la entrada en vigor de esta norma, los Senadores se encuentran con una mermada capacidad de decisión sobre los miembros que han de componer el Tribunal Constitucional, cuya propuesta tienen atribuida con claridad. Con ello, y por extensión, sus representados que son todos los españoles, renuncian forzosamente a determinar el contenido de una decisión general, que sufre la fragmentación en su origen, con la finalidad que los magistrados del Tribunal Constitucional sean sí, elegidos por todo el pueblo a través de sus representantes en esta Cámara, pero bajo la condición de ser idóneos a los “intereses respectivos” (art. 137 CE), de las “partes” que integran ese todo estatal. En este caso, y finalizando la sucesión de efectos negativos de esta reforma legislativa, se estaría alterando también el contenido del art. 23.1 CE.

Esta nueva interpretación legislativa de la canalización de la voluntad popular que trae la reforma de la LOTC, rompe con la naturaleza del mandato representativo libre, como ya se ha alertado, y desapodera a representantes y representados de la capacidad de decisión sobre un asunto de Estado de primer orden, convirtiéndolo en mero seleccionador de propuestas.

III. La efectiva participación autonómica: la preeminencia de criterios políticos y de tensión territorial

La reforma que criticamos está en línea con otras que se vienen produciendo desde 2004. En este caso se opera con ella una transformación fundamental de organización (modificación muy sustancial del origen de los miembros de un órgano del Estado) sin que el legislador a través de la extensa Exposición de Motivos que preside el texto articulado de la LO 6/2007 de 24 de mayo, justifique lo más mínimo tan trascendental cambio. Es más, parece evidente que lo oculta con decisión, entre los relatos de los problemas organizativos y procesales, con una confesada duda desde la omisión, sobre su pertinencia constitucional. Este espacio de introducción legal habría servido para conocer, si es que existían, las motivaciones jurídicas tendentes a admitir que el Senado debe renunciar a determinar el contenido efectivo de sus atribuciones, o la presunta habilitación constitucional de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas para asumir las mismas. Se trata nada menos que de variar la interpretación literal primera y más evidente de un artículo constitucional, en atención a cualesquiera razones que no se mencionan en la ley, desapareciendo toda concurrencia de argumentos que ofreciesen al operador jurídico la consistencia argumentativa de esta nueva interpretación de desarrollo constitucional.

Desde el punto de vista de la Comunidad Autónoma donde se edita este anuario, nos tendríamos que preguntar cuál es la oportunidad que nuestras queridas Cortes (queridas como tales y, también cómo no, por patrocinar la publicación que usted tiene entre sus manos), tienen de “colocar” alguna de sus propuestas en el Senado. ¿Quién quedará cada nueve años, con los cuatro Magistrados?. No voy a responder que País Vasco, Cataluña, Galicia y Andalucía. Eso al menos, sería un criterio (debatible o criticable, pero claro). La respuesta es mucho más difícil: serían los que se determinarían por las negociaciones de las mayorías parlamentarias. En este punto resucitaría el protagonismo de los grupos parlamen-

tarios del Senado, que defenderían propuestas venidas de los parlamentos afines a cada cual. Si esos candidatos no fueran, por ejemplo, los propuestos por el Parlamento catalán o vasco, todo este viaje de la reforma quedaría sin sentido para estas nacionalidades, porque los grandes partidos nacionales habrían neutralizado el espíritu de alentar la participación autonómica (es decir, para ellos ha de leerse que la misma es “estar” en el Tribunal Constitucional).

Sin ánimo de insistir más, queda expuesto con toda modestia que, ni el cauce es oportuno, ni la finalidad se cumple. Cerrada la exposición jurídica podría aventurarse que, vigente este sistema, las Cortes de Castilla-La Mancha podrían tener un Magistrado no ya si sus candidatos fueran solventes y prestigiosos, sino sólo dependiendo del reparto político acordado por los grupos en el Senado. Y en tanto la línea política de la mayoría parlamentaria regional coincidiese con la voluntad de los dirigentes nacionales de turno, que a su vez deberían elegir entre nuestra propuesta y la de otras Comunidades de igual signo. Les pongo este ejemplo para terminar: si el grupo socialista en el Senado llega a un acuerdo para proponer al Pleno uno de los cuatro candidatos llegados de las Asambleas de las Comunidades Autónomas, lo más natural es que opte por los propuestos desde aquellas que gobierna. Castilla-La Mancha tendría un octavo de posibilidades de promover a uno de sus candidatos. Mientras que si el grupo de senadores nacionalistas vascos, fuera decisivo para alcanzar mayorías, uno de los propuestos por el Parlamento Vasco, sería seguro Magistrado. Efectivamente, al final esto es lo de siempre, hasta que se acometa una reforma constitucional en serio.

**EL FIN DE LA GUERRA DEL VINO ENTRE LAS DOS CASTILLAS:
LA INDICACIÓN GEOGRÁFICA “VINO DE LA TIERRA DE
CASTILLA” Y LA STC 44/2007**

Tomás Vidal Marín

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

El objeto de esta reseña jurisprudencial lo constituye la sentencia del Tribunal Constitucional 44/2007, de 1 de marzo, en la cual el alto Tribunal resuelve el conflicto de competencias promovido por la Junta de Castilla y León contra la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha como consecuencia del establecimiento y regulación por esta última de la indicación geográfica “Vino de la Tierra de Castilla”. Precisamente, con este pronunciamiento del Tribunal Constitucional se pone fin al enfrentamiento jurisdiccional existente entre ambas Comunidades Autónomas que se inició hace ya casi diez años por parte de Castilla y León contra el precitado proceder de Castilla-La Mancha.

En efecto, como es de sobra conocido, la Consejería de Agricultura de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha con el objetivo de dar salida a vinos de cierta calidad de la Comunidad pero que no podían incluirse en las denominaciones de origen existentes y, por tanto, se embotellaban y comercializaban como vinos de mesa, elaboró una Orden de 19 de noviembre de 1998 por la que se creaba y regulaba la indicación geográfica “Vino de la Tierra de Castilla”. Con posterioridad, las Cortes de Castilla-La Mancha decidieron elevar a rango legal la mencionada indicación a través de la Ley 11/1999, de 26 de mayo, por la que se crea la indicación geográfica Vino de la Tierra de Castilla¹. Como consecuencia de estas actuaciones de la Comunidad Autónoma manchega, y habida cuenta de la utilización del término Castilla, común a nuestra vecina Comunidad: Castilla y León y considerar ésta que tal utilización vulneraba sus competencias, la misma decidió iniciar una batalla en sede jurisdiccional contra Castilla-La Mancha. Así, junto a la sustanciación de varios contenciosos ante la jurisdicción ordinaria, la Junta de Castilla y León también acudió a la jurisdicción constitucional planteando un conflicto de competencia (9 de marzo de 1999), para después interponer un recurso de inconstitucionalidad (9 de septiembre de 1999). Sin embargo, y a pesar de que cronológicamente se presentara primero el conflicto y posteriormente el recurso, la resolución de ambos procesos por el más alto de nuestros Tribunales no ha seguido tal orden cronológico, sino que, por el contrario, el Tribunal Constitucional resolvió en primer lugar el recurso de inconstitucionalidad.

Este recurso de inconstitucionalidad se interpuso por la Comunidad Autónoma de Castilla y León contra la precitada Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 11/1999, de 26 de mayo, por la que se crea la indicación geográfica

1. En la actualidad, la regulación de esta indicación se contiene en la Ley 8/2003, de 20 de marzo, de la Viña y el Vino de Castilla-La Mancha.

Vinos de la Tierra de Castilla. Recurso cuya tramitación se rechaza por el Auto del Tribunal Constitucional 26/2000 en base a la falta de legitimación de una Comunidad Autónoma para interponer recursos de inconstitucionalidad contra las leyes de otra Comunidad Autónoma. En este sentido, y a juicio del alto Tribunal, “el art. 162.1 a) CE y el art. 32 LOTC han diseñado el contorno de la legitimación *ad causam* de manera expresa y concreta para poder válidamente interponer el proceso de inconstitucionalidad por vía directa ante este Tribunal de modo que existe un *numerus clausus*, taxativo y riguroso, vedando que la inconstitucionalidad pueda ser pedida directamente por lo ciudadanos a título individual y por cualesquiera otras personas jurídicas, públicas o privadas, fuera de las expresamente previstas”. En definitiva, por tanto, las Comunidades Autónomas únicamente ostentan legitimación para interponer recursos de inconstitucionalidad frente a “leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía (art. 32.2 LOTC)”².

Ningún reproche creo que cabe hacer a la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional en este Auto, la cual no es sino reiteración de la mantenida por el alto Tribunal en pronunciamientos anteriores³.

Centrándonos en el conflicto positivo de competencia, que constituye el tema central de nuestro comentario, el mismo se ha resuelto a través de la STC 44/2007, con bastante posterioridad, pues, que el mencionado recurso de inconstitucionalidad. Conflicto de competencia planteado por Castilla y León a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y que tiene su origen en la ya mencionada Orden de 19 de noviembre de 1998 de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente por la que se reguló en su momento la indicación geográfica Vino de la Tierra de Castilla. En efecto, la Junta de Castilla y León impugna tal norma reglamentaria habida cuenta de que la misma no respeta el orden constitucional de distribución de competencias, incidiendo en su propio ámbito de autonomía y ello en base a los siguientes motivos:

2. A mayor abundamiento, señala el Tribunal que “ni siquiera la supuesta titularidad de un derecho subjetivo o de un interés propio permite a las Comunidades Autónomas promover este tipo de procesos, pues no existe un correlato necesario entre garantía institucional de derechos o de cualquier interés propio y legitimación para interponer recursos de inconstitucionalidad, que se atribuye en lista cerrada. La legitimación activa (...) viene a ser una atribución competencial de ciertos órganos públicos, como una opción del poder constituyente o, en su caso, del legislativo, que no exige necesariamente correspondencia con la titularidad de derechos o de intereses por parte de los así legitimados”.

3. Vid, entre otros, los ATC 320/95; 1021/87; 76/80)

1.- Los títulos competenciales ejercidos por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha están previstos en los artículos 31.1.6 y 31.1.7 de su norma institucional básica, a tenor de los cuales aquella asume la competencia exclusiva sobre “Agricultura y ganadería e industrias agroalimentarias, de acuerdo con la ordenación general de la economía” y “Denominaciones de origen y otras indicaciones de procedencia relativas a productos de la región, en colaboración con el Estado”. Ahora bien, aún asumidas estas competencias con carácter exclusivo, no puede pasarse por alto que las mismas quedan afectadas por títulos competenciales estatales.

2.- La referida afectación estatal se encuentra, a juicio de la demandante, en el Real Decreto 3457/1983, de 5 de octubre, por el que se produjo el traspaso a la Comunidad manchega de las funciones y servicios del Estado en relación a denominaciones de origen, viticultura y enología; Real Decreto en el que se contienen una serie de funciones referentes a esta materia y que se reservan al Estado, tales como: establecimiento de la reglamentación básica para la producción, elaboración y calidad de los productos amparados por denominaciones de origen o sometidas al control de características de calidad no comprendidas en denominaciones de origen; resolución sobre utilización de nombres y marcas que puedan confundir al consumidor o causar perjuicios a terceros en materia de denominaciones de origen y denominaciones específicas; y ratificación y asunción de los reglamentos de denominaciones de origen y denominaciones específicas a los efectos de promoción y defensa en los ámbitos nacional e internacional. Pues bien, estas funciones reservadas al Estado por el citado Decreto de traspaso habrían sido vulneradas por la Orden impugnada. Así, y por lo que se refiere a la primera de ellas, existe una Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación de 11 de diciembre de 1986, la cual establece la posibilidad de utilizar como nombre geográfico el de las Comunidades Autónomas, provincias o comarcas vitícolas; criterio este infringido por la Orden autonómica.

3.- La norma que se cuestiona condiciona el legítimo ejercicio de las competencias de la Comunidad Autónoma de Castilla y León al impedir a ésta el uso de su toponímico y, por tanto, estaríamos en presencia de una lesión competencial por menoscabo.

4.- Forma parte del acervo competencial autonómico la determinación de la denominación propia de cada Comunidad Autónoma a tenor de lo establecido

en el art. 147.2 a) CE⁴, por lo que es rechazable el empleo exclusivo por una de ellas del término genérico “Castilla”, habida cuenta que cada Comunidad Autónoma tiene potestad no solo para determinar su denominación, sino también para regular su utilización, de tal forma que su denominación no pueda ser utilizada por otra Comunidad si no es con su consentimiento.

En base, justamente, a estos motivos, la Junta de Castilla y León solicita del más alto de nuestros Tribunales la anulación de la Orden de 19 de noviembre de 1998 de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha al haber trasgredido la misma el orden constitucional de distribución de competencias, menoscabando las competencias de aquella Comunidad.

Sentadas estas premisas, el Tribunal Constitucional entra a analizar el caso. Y teniendo en cuenta que Castilla y León no reprocha a la norma reglamentaria de la Comunidad manchega una vulneración directa de las competencias en esta materia contenidas en su Estatuto de Autonomía, sino la vulneración del artículo 147.2 a) CE y de determinadas competencias estatales, la primera cuestión a dilucidar es, a juicio del alto Tribunal, la determinación de si realmente nos encontramos ante un conflicto positivo de competencia. En este sentido, y recordando la doctrina establecida por el mismo en pronunciamientos anteriores⁵, señala que este proceso constitucional (el conflicto positivo de competencia) está configurado “no sólo al servicio de la reivindicación competencial y, consiguientemente, de la declaración de la titularidad de la competencia ejercitada y manifestada en el acto o disposición objeto de la controversia”, sino que además “posibilita la defensa de las competencias propias frente a aquellos actos y disposiciones de otros entes que menoscaban o interfieren el legítimo ejercicio de dichas competencias, entendiéndose por tal lo que atañe a la titularidad de las mismas como lo que afecta o incide en su legítimo y pacífico ejercicio”.

Pues bien, es desde estas dos perspectivas manifestadas, desde donde el Tribunal examina si en el caso objeto de la controversia estamos en presencia o no de un conflicto positivo de competencia.

4. Dispone el art. 147.2 a) CE: “Los Estatutos de Autonomía deberán contener: a) La denominación de la Comunidad que mejor corresponda a su identidad histórica”.

5. Vid, entre otras, las STC 243/93, 235/91 y 19

En lo que se refiere a la primera perspectiva, esto es, a la disputa sobre la titularidad de la competencia ejercitada por Castilla-La Mancha, ciertamente Castilla y León no efectúa una reclamación para sí de la competencia ejercida por aquella, puesto que tal y como se desprende de los motivos en que fundamenta su impugnación, la Orden por la que se regula la indicación geográfica Vino de la Tierra de Castilla fue elaborada en base al ejercicio de las competencias exclusivas que sobre “Agricultura, ganadería e industrias agroalimentarias” y “Denominaciones de origen y otras indicaciones de procedencia relativas a productos de la región”, tiene atribuidas Castilla-La Mancha por virtud de sus norma institucional básica (art. 31.1.6 y 31.1.7, respectivamente). En conclusión, por tanto, desde esta perspectiva no es posible afirmar que estamos en presencia de un conflicto positivo de competencia.

En lo que atañe a la segunda perspectiva, esto es, el ejercicio de la competencia por parte de Castilla-La Mancha ha supuesto un menoscabo de las competencias propias de Castilla y León, el Tribunal Constitucional considera necesario examinar si las infracciones de la normativa estatal alegadas por esta última así como del art. 147.2 a) CE son lo suficientemente relevantes como para suponer un menoscabo o lesión de sus propias competencias.

Y a este respecto, son dos las normas estatales aducidas por el ente territorial demandante como infringidas por el ejercicio de las competencias de la Comunidad de Castilla-La Mancha: el Real Decreto 3457/1983, de 5 de octubre, de traspaso a esta última Comunidad de funciones y servicios del Estado en materia de denominaciones de origen, viticultura y etnología y la Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, de 11 de diciembre de 1986, por la que se establecen reglas para la utilización de nombres geográficos y de la mención vino de la tierra en los de mesa.

En relación con la primera de estas normas, es decir, en relación con el Real Decreto 3457/1983, señala el alto Tribunal que la materia objeto de la controversia ha pasado a ser competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha por virtud de la Ley Orgánica 3/1997, circunstancia esta no prevista en tal Decreto habida cuenta de su publicación anterior en el tiempo. Además, y teniendo en cuenta que la Junta de Castilla y León no ha justificado la infracción concreta del precitado Decreto que determinaría la lesión o menoscabo de su propia competencia, no es posible sino rechazar la alegación de la entidad actora.

Por lo que se refiere a la Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, de 11 de diciembre de 1986, el Tribunal Constitucional parte de dos consideraciones previas. En primer lugar, y con base en la doctrina sustentada en la STC 112/1995, la imposibilidad de dictar normas básicas dirigidas específicamente a regular denominaciones de origen en las Comunidades Autónomas que han asumido competencias exclusivas en la materia, como es el caso de Castilla-La Mancha. Y en segundo lugar, que dicha Orden ministerial ha sido derogada por el Real Decreto 1126/2003, de 5 de septiembre, por el que se establecen las reglas generales de utilización de las indicaciones geográficas y de la mención tradicional “vino de la tierra” en la designación de los vinos; Real Decreto dictado en desarrollo del artículo 19 de la Ley 24/2003, de 10 de julio, de la viña y el vino. Son precisamente estas dos normas las que hay que tener en cuenta en el presente caso, puesto que como señala el alto Tribunal “(...) Atendiendo a nuestra consolidada doctrina (...) en virtud de la cual la normativa estatal a tener en cuenta como elemento de referencia para el enjuiciamiento de las normas autonómicas ha de ser la vigente en el momento de adoptarse la decisión por parte de este Tribunal (...)”. Y ambas normas atribuyen a las Comunidades Autónomas la competencia para establecer los requisitos en orden a la utilización de la mención Vino de la Tierra, siempre que la misma no exceda de su territorio y sin establecer limitación alguna en lo que a la denominación a utilizar se refiere, exigiendo sólo la delimitación de la zona geográfica comprendida. Justamente por ello, “ y puesto que la Orden impugnada ampara los vinos de mesa originarios de Castilla-La Mancha, esto es, producidos y elaborados en dicha Comunidad, respetando así el principio de territorialidad que opera como límite de sus competencias y se acomoda, en principio, a las previsiones contenidas específicamente en el art. 19 de la Ley estatal 24/2003”, no puede sino concluir el Tribunal Constitucional señalando que no queda acreditada la lesión de la competencia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

Por otra parte, y en lo que respecta a la trasgresión del artículo 147.2 a) CE, el ente territorial castellano-leones, como ya hemos manifestado, fundamenta la misma en el hecho de la utilización del término genérico “Castilla” por Castilla-La Mancha habida cuenta de la potestad de cada Comunidad Autónoma no sólo para determinar su denominación sino también para regular su utilización. A juicio, acertado en mi opinión, del alto Tribunal esta alegación de Castilla y León debe ser rechazada puesto que está ausente “la necesaria conexión entre el precepto constitucional que se considera infringido (art. 147.2 a CE) y el empleo del

topónimo cuestionado, pues del texto constitucional ninguna exigencia cabe deducir de que la denominación de aquella Comunidad Autónoma deba figurar en los diversos productos acogidos al régimen de las diferentes denominaciones protegidas”.

A resultas de todo lo expuesto hasta aquí, no pueda resultar extraño que el Tribunal Constitucional concluya afirmando la carencia de relevancia constitucional de la controversia competencial suscitada, habida cuenta de que no ha quedado demostrado que el modo de proceder de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha ha incidido en el ámbito de autonomía de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, menoscabando o condicionando de forma inadecuada las competencias que el bloque de la constitucionalidad le atribuye. Y en consecuencia, la solución no puede ser sino la inadmisión del conflicto positivo de competencia planteado por esta última Comunidad. Así, y reproduciendo la doctrina contenida en la STC 195/2001, afirma el Tribunal Constitucional: “La Ley Orgánica de este Tribunal Constitucional contiene un elenco de obstáculos a la procedibilidad que califica como causas de inadmisibilidad, cuya naturaleza no se altera por la circunstancia extrínseca de que se detecten al principio o al final del proceso y se refleja en providencia, en Auto o en Sentencia. Las categorías jurídicas son lo que son y tienen la virtud de hacer más exacto y afinado el análisis de las cuestiones y su solución, produciendo además cada una sus propios efectos, distintos por definición. El mero hecho de que un impedimento tal pasara desapercibido en la fase inicial del procedimiento no justifica que, en la Terminal, lo que es inadmisibilidad de la pretensión se convirtiera en su desestimación, aún cuando el resultado práctico pueda parecer superficialmente el mismo. Este es el caso ahora, donde se hace inexcusable rechazar la pretensión por razones ajenas a su propio contenido sustantivo, dejándolo sin enjuiciar para una futura y eventual ocasión en otra vía jurisdiccional diferente”.

A mi juicio, el pronunciamiento del más alto de nuestros Tribunales en este caso no puede sino ser valorado de manera positiva. En efecto, el Tribunal va diseccionando de manera impecable y una a una las alegaciones formuladas por la Junta de Comunidades de Castilla y León en su escrito de demanda; ejercicio de disección que le lleva a concluir que la misma no cumple “los presupuestos y requisitos propios para considerar que estamos en presencia” de un conflicto de competencia.

Sin embargo, no podemos dejar de pasar alto la existencia de un voto particular formulado por el magistrado D. Roberto García-Calvo a la referida sentencia. Voto particular que, en esencia, considera que la actuación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha ha supuesto la vulneración del artículo 147.2 a) CE, de tal forma que afectando la denominación “Castilla” a dos Comunidades Autónomas, no es conforme al orden de competencias constitucionalmente establecido que cada una de ellas utilice de forma exclusiva dicho término, impidiendo su utilización a la otra, puesto que así “se condiciona el legítimo ejercicio de las competencias de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, al obstaculizar que esta última utilice su toponímico”. En consecuencia, el magistrado disidente considera que debería haberse admitido el conflicto positivo de competencia planteado por esta última Comunidad Autónoma.

Con todo el respeto que me merece esta opinión, no puedo, sin embargo, compartirla. Creo, por el contrario, tal y como manifiesta el Tribunal, que no existe una conexión entre la infracción del mencionado precepto y el ámbito competencial propio; conexión que constituye presupuesto necesario para la existencia de un conflicto positivo de competencia.

**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SOBRE COMUNIDADES AUTÓNOMAS
(De 1 de enero de 2007 a 31 de diciembre de 2007)**

M^a del 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 el año 2007.

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

1. *Referencia y estadística de 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.*

Como ya se adelantó en el resumen, el contenido de este artículo serán aquellas sentencias del Tribunal Constitucional relativas a las Comunidades Autónomas.

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. Durante 2007 el Tribunal Constitucional pronunció 265 sentencias, de las cuales se han escogido 11 pues se considera que son las más interesantes en materia autonómica. En el segundo punto se realiza un comentario de las citadas sentencias, con una amplitud variable dependiendo de la importancia del asunto.

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 cuanto a los conflictos de competencia veremos que sólo se hará referencia a uno de ellos, se trata de un conflicto positivo y es una de las pocas sentencias que afectan directamente a Castilla-La Mancha.

1. Referencia y estadística de las sentencias

Tipo de proceso	Número total :11	Referencias ¹
Recurso de Inconstitucionalidad	9	13, 46, 58, 236, 237, 238, 247, 248, y 249/2007*
Cuestión de Inconstitucionalidad	1	14/2007
Conflicto de Competencias positivo	1	44/2007*

2. Comentarios de las sentencias más relevantes

2.1. En Recursos de Inconstitucionalidad

• STC 13/2007

Esta sentencia resuelve el recurso planteado por el Parlamento de Andalucía

1. 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.

contra el artículo 85 y las cuantías fijadas en la sección 32 de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1998.

Los recursos financieros previstos para la Comunidad Autónoma (en adelante CA) de Andalucía son, por una parte la participación en los ingresos estatales, y por otra las asignaciones de nivelación de servicios públicos fundamentales. Con respecto al primero de ellos, la CA considera que la participación en los ingresos del Estado se ha fijado de manera arbitraria por dos motivos, se ha tenido en cuenta la población existente en 1991 y no la de 1996, y se ha fijado sin que exista un acuerdo previo con la CA. En cuanto al segundo de los recursos, la CA entiende que no se ponen a su disposición una serie de cantidades adicionales que la corresponden.

En lo que respecta al primero de los recursos financieros, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) desestima la demanda, pues considera que las medidas adoptadas por el legislador gozan de presunción de legitimidad y la CA se limita a plantear la arbitrariedad de las mismas sin ofrecer una explicación racional suficiente del porqué de tal consideración. El TC considera que la decisión adoptada por el legislador estatal no se basa en el capricho, sino en razones justificadas, pues en el momento en que el Estado fija las cuantías el censo vigente era el del año 1991 y no el de 1996. En cuanto a la negociación que debe existir entre el Estado y la CA, el TC reconoce que sí debe producirse, pero que en ningún caso la voluntad de la CA puede suplir la del Estado, pues goza de competencia exclusiva en materia de financiación y sólo a él corresponde la decisión final, pero además el TC considera que sí ha existido negociación entre las partes, desde el momento en que la CA de Andalucía participó en la votación para adoptar un nuevo método de financiación para el periodo 1997-2001, aunque su voto fuese en contra ya que supondría una prórroga del modelo vigente anteriormente.

En cuanto al segundo de los recursos, el TC reconoce la posibilidad de ofrecer ciertas asignaciones a aquellas Comunidades Autónomas (en adelante CCAA) que no puedan garantizar los servicios públicos esenciales. Considera que éstas asignaciones tienen carácter extraordinario, y sólo se adjudican cuando el resto de instrumentos de financiación son insuficientes, por lo que no son asignaciones que deban concederse siempre y bajo cualquier circunstancia, motivo por el cual también desestima el recurso en este punto.

Voto particular.

• **STC 46/2007**

La sentencia resuelve un recurso planteado por el Presidente del Gobierno contra los artículos 64.1, 79.2 y la disposición vigésimo segunda de la Ley 6/1999, de 3 de abril, de las directrices de ordenación territorial de las Illes Balears y de medidas tributarias, disposiciones referidas a la competencia de la CA en cuanto a ordenación del territorio.

La parte recurrente considera que el artículo 64.1 de la ley autonómica provoca una colisión entre la competencia exclusiva del Estado en materia de aeropuertos y la de la CA en materia de ordenación del territorio, ya que el precepto impugnado impide al Estado realizar nuevas infraestructuras aunque sean de interés general. El TC considera que la competencia prevalente en este caso es la del Estado, por lo que el artículo impugnado es inconstitucional y nulo.

Por los mismos motivos es recurrido el artículo 79.2 pues impide que el Estado ejerza competencias que supongan el uso del suelo de la CA, pues la disposición autonómica considera que previamente debe existir un informe vinculante por parte de la CA. El TC entiende que puesto que la competencia prevalente es la del Estado, la necesidad de que exista un informe vinculante por parte de la CA supone que el Estado queda sometido a dicho informe y por tanto impide que el Estado ejerza su competencia lo que convierte al precepto impugnado en inconstitucional.

Finalmente, y en cuanto a la disposición adicional vigésimo segunda, es recurrida por regular la composición de la ribera del mar, siendo ésta una de las competencias exclusivas del Estado. El TC considera que es competencia del Estado el determinar que bienes integran el dominio público y por tanto la ribera marítima, lo que supone que la disposición impugnada sea inconstitucional.

• **STC 58/2007**

En este caso es el Parlamento de Andalucía el que recurre el artículo 86 y las cuantías fijadas en la sección 32 de la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 1999. El TC resuelve de la misma forma que en el STC 13/2007 anteriormente expuesta, por ser idénticos los objetos del recurso.

Voto particular.

• **STC 236/2007**

El Parlamento de Navarra impugna doce puntos del artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2000, que reforma la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

El objeto principal del recurso es la regulación que realiza el legislador de algunos derechos para los cuales establece como condición para su ejercicio el tener la autorización de estancia o residencia en España.

El TC recuerda que en lo que respecta a titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales por los extranjeros debemos estar a lo que dice la Constitución, y siempre dependiendo del derecho del que se trate. El legislador tiene un amplio margen de actuación, pero no goza de libertad absoluta para la regulación de tales derechos, impidiendo que pueda ser el legislador el que establezca que derechos corresponden y que derechos no a los extranjeros.

El problema principal se plantea con respecto a un grupo de derechos en cuya regulación el legislador tiene un mayor margen de actuación pues no se trata de derechos imprescindibles para garantizar la dignidad humana, lo cual posibilita que el legislador pueda establecer limitaciones y restricciones, se trata de derechos tales como reunión, manifestación o asociación y que son precisamente los que sirven como objeto a este recurso.

El TC considera que aunque la titularidad y el ejercicio son establecidos por la Constitución, el legislador puede configurar las condiciones de ejercicio para determinados derechos por parte de los extranjeros, pudiendo diferenciar aquellos con situación legal en España de aquellos otros que no la tienen, aunque siempre con ciertos límites.

En cuanto a la reunión y manifestación previstos en el punto 5 del artículo 1, el TC entiende que es inconstitucional, pues no modula el derecho sino que directamente se le niega a los extranjeros que no tengan permiso de estancia o residencia, lo cual no le está permitido en este caso por la íntima conexión entre reunión y manifestación, y la libertad de expresión.

En lo que respecta al derecho de asociación previsto en el punto 6 del artículo recurrido, el TC considera que es inconstitucional pues aunque se permite su

modulación por parte del legislador, la redacción dada en el citado precepto supone negar su ejercicio a los extranjeros cuya situación en España es irregular, siendo tal regulación inadmisibles por su enorme vinculación con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.

También se impugna el punto 7 que da una nueva redacción al derecho a la educación no obligatoria. Debido a su vinculación con la dignidad de la persona no puede ser privada de la misma a aquellos extranjeros sin permiso de residencia o estancia, como exige el precepto impugnado.

El derecho de sindicación previsto en el punto 9 no puede ser negado a los extranjeros por el mero hecho de no tener una autorización de residencia o estancia. El TC ha entendido a lo largo de su jurisprudencia, que son titulares del derecho de sindicación todos los trabajadores, entendidos éstos desde un punto de vista material y no jurídico-formal, lo que supone que cualquier trabajador tiene derecho a defender sus intereses aunque se encuentre en una situación irregular en España.

En definitiva, el TC considera que existe un grupo de derechos, considerados no inherentes a la condición de persona como lo son otros tales como la vida, que pueden ser modulados por el legislador, es decir, puede establecer límites o restricciones en los mismos cuando son ejercidos por extranjeros, pero el legislador no podrá establecer como condición para su ejercicio el poseer o no autorización de estancia o residencia en España, pues ello supondría negar totalmente el ejercicio de éstos derechos a los extranjeros cuya situación en España es irregular.

No se comentan las sentencias 259, 260, 261, 262, 263, 264 y 265 / 2007 pues su contenido es similar al de la sentencia 236/2007 y que acaba de comentarse y a cuyos argumentos jurídicos se remite el propio TC para dictar las sentencias mencionadas.

Voto particular.

• **STC 237/2007**

Esta sentencia del TC resuelve el recurso planteado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, impugnándose el artículo 92 y las cuantías fijadas por la sección 32 de la Ley 6/2003, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2004.

Las disposiciones impugnadas hacen referencia a uno de los recursos financieros previstos para la CA, la participación en los ingresos del Estado a través del fondo de suficiencia. La CA considera que las entregas a cuenta que ha realizado el Estado en dicho fondo son de menor cuantía de las que corresponderían.

El TC entiende que la CA realiza una serie de afirmaciones con respecto a la inconstitucionalidad de las normas impugnadas, pero no presenta argumentos suficientes para demostrar la contrariedad de dichas normas con la Constitución. El TC considera que el Estado ha aplicado las normas presupuestarias correspondientes y que el Gobierno autonómico realiza una serie de alegaciones que no ha podido probar por lo que desestima el recurso.

• **STC 238/2007**

De nuevo es la CA de Andalucía la que interpone recurso frente al artículo 88 y a las cuantías fijadas por la sección 33 de la Ley 23/2001, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado par el año 2002, normas que se refieren a uno de los recursos financieros previstos para la CA, la participación en el fondo de compensación interterritorial.

La Junta de Andalucía considera que las cuantías fijadas no son las correctas, pero al igual que ocurría en la sentencia comentada anteriormente, el TC desestima el recurso.

Voto particular.

• **STC 247/2007 y STC 249/2007**

Ambas sentencias resuelven sendos recursos interpuestos 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, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. La Primera de las sentencias resuelve el recurso planteado por el Gobierno de la CA de Aragón y la segunda el planteado por la CA de Castilla-La Mancha, aunque en este último caso solamente con respecto a la nueva redacción que da el artículo 20 al segundo inciso del primer párrafo del artículo 17.1 de la ley de 1982.

El objeto de ambos recursos es el derecho al agua, que según las CCAA recurrentes es regulado por la CA Valenciana de tal forma que excede el contenido propio de un Estatuto de Autonomía.

Debido a que los comentarios que pueden hacerse en este artículo han de ser breves y puesto que la importancia de la norma recurrida y el asunto tratado merecerán muchos comentarios monográficos, solamente se hará referencia al fallo dictado por el TC que considera que debe desestimarse el recurso.

Voto particular.

• **STC 248/2007**

Al igual que en supuestos anteriores, es la Junta de Andalucía la que recurre diversos preceptos de una Ley de presupuestos generales del Estado, concretamente la 52/2002 que recoge los presupuestos para el año 2003. Las normas impugnadas son el artículo 76 y las cuantías fijadas en la sección 32 y que hacen referencia a uno de los recursos financieros previstos para la CA, el Fondo de suficiencia.

La solución dada por el TC es la misma que en ocasiones anteriores, desestima el recurso pues considera que la CA no justifica adecuadamente el porqué de la contrariedad de la norma impugnada y lo establecido en la Constitución.

Voto particular.

2.2. En Cuestiones de Inconstitucionalidad

• **STC 14/2007**

Esta sentencia resuelve la cuestión planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco con respecto al artículo 19 a) de la Ley del Parlamento Vasco 9/1989, de 17 de noviembre, de valoración del suelo.

La norma impugnada establece cómo debe determinarse el valor urbanístico en los terrenos urbanos, cuestionándose su constitucionalidad pues la regulación que realiza con respecto a dicha materia corresponde en exclusiva al Estado.

El TC considera que si bien ambas competencias deben compatibilizarse, las condiciones básicas en cuanto a valoración urbanística corresponden al Estado y la ley autonómica deberá encargarse de desarrollar y concretar dichos criterios básicos, por ello el TC declara inconstitucional parte del artículo 19 a), concretamente la que establece “o subsidiariamente el 0,2 metros cuadrados de superficie construida o de techo de uso residencial por cada metro cuadrado de suelo” pues incide en aspectos básicos cuya competencia exclusiva pertenece al Estado.

2.3. En Conflictos de Competencia

• STC 44/2007

Esta sentencia resuelve un conflicto positivo de competencia que se produce entre la CA de Castilla-La Mancha y la CA de Castilla y León. El objeto concreto de este conflicto es una Orden de 19 de noviembre de 1998 de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en la que se regula la indicación geográfica “Vino de la Tierra de Castilla” y los requisitos de utilización.

El TC recuerda que la Orden impugnada ha sido derogada tras la aprobación de una Ley posterior, la 11/1999 y que creó la mencionada indicación geográfica. Dicha ley fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad planteado por la CA de Castilla y León y que fue inadmitido. El TC también inadmite el conflicto positivo de competencia.

Voto particular.

ACTIVIDAD DE LAS CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA
(De 1 de enero de 2007 a 31 de diciembre de 2007)

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:

Actividad social y económica.

Medio Ambiente y Espacios Naturales.

Otros Sectores.

Leyes de carácter tributario, financiero o económico.

2. *Actividad de control y orientación política.*

1. Actividad legislativa año 2.007

En esta ocasión, durante el periodo legislativo correspondiente a 2007 nos encontramos la confluencia de dos legislaturas, un primer periodo en el que pervive y finaliza la VI legislatura y un segundo periodo, tras las elecciones autonómicas, en el que se da inicio a la VII legislatura.

El periodo legislativo ante el que nos encontramos –año 2.007– puede considerarse un periodo muy fructífero, legislativamente hablando, puesto que han sido quince las leyes aprobadas en él. Esta intensa actividad legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha, aunque no es excepcional, pues contamos con periodos legislativos que nos han ofrecido una actividad legislativa superior –recordemos a estos efectos la producción legislativa de 2002–, puede estar relacionada con el hecho innegable de que este periodo coincidiese con elecciones autonómicas.

Por el contrario, no ha sido tan abundante su actividad no legislativa referida a la aprobación de Propositiones No de Ley aprobadas por las Cortes Regionales durante este periodo legislativo, de hecho apenas existente durante este periodo.

Puede destacarse de este periodo la ausencia del Debate sobre la orientación política general del Consejo de Gobierno, esto es, el denominado Debate sobre el estado de la Región, celebrado anualmente. Durante el año 2007 no ha tenido lugar debido a la celebración de elecciones autonómicas, ya que en virtud del artículo 196 del Reglamento, este Debate no tiene lugar los años en los que hay elecciones autonómicas.

Más adelante tendremos la oportunidad de analizar a fondo cada una de las leyes estructuradas por materias. A continuación, haremos una sucinta exposición de las leyes aprobadas cronológicamente. Éstas han sido las siguientes:

Ley 1/2007, de 15 de febrero, de fomento de las energías renovables e incentivación del ahorro y eficiencia energética en Castilla-La Mancha.

Ley 2/2007, de 8 de marzo, del Instituto de la Juventud de Castilla-La Mancha.

Ley 3/2007, de 8 de marzo, de Participación Social en la Educación en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

Ley 4/2007, de 8 de marzo, de Evaluación Ambiental en Castilla-La Mancha.

Ley 5/2007, de 8 de marzo, de Declaración del Parque Natural de la Serranía de Cuenca.

Ley 6/2007, de 15 de marzo, por la que se modifica la Ley 8/2003, de 20 de marzo, de la Viña y el Vino de Castilla-La Mancha.

Ley 7/2007, de 15 de marzo, de Calidad Agroalimentaria de Castilla-La Mancha.

Ley 8/2007, de 15 de marzo, de modificación de la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de conservación de la naturaleza.

Ley 9/2007, de 29 de marzo, por la que se modifica la Ley 4/1990, de 30 de mayo, de Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha.

Ley 10/2007, de 29 de marzo, de Medios Audiovisuales de Castilla-La Mancha.

Ley 11/2007, de 29 de marzo, de Creación del Organismo Autónomo Espacios Naturales de Castilla-La Mancha.

Ley 12/2007, de 8 de noviembre, por la que se adecúa la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha.

Ley 13/2007, de 8 de noviembre, de modificación de la Ley 5/1993, de 27 de diciembre, de la Sindicatura de Cuentas de Castilla-La Mancha.

Ley 14/2007, de 20 de diciembre, por la que se amplían las bonificaciones tributarias del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Ley 15/2007, de 20 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2008.

Leyes institucionales, organizativas o de procedimiento

Ley 9/2007, de 29 de marzo, por la que se modifica la Ley 4/1990, de 30 de mayo, de Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha (DOCLM, núm. 82, de 19 de abril de 2007)

La Ley objeto de estudio modifica, mediante artículo único, el artículo 21 de la Ley 4/1990, de 30 de mayo de Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha en los siguientes términos: el antiguo artículo 21 preveía únicamente para los promotores y propietarios de obras que fueren a ejecutarse en zonas, solares o edificaciones donde existieren o se presume la existencia de restos arqueológicos, la obligación de aportar estudio arqueológico autorizado y programado por la Consejería competente en materia de patrimonio histórico, denotando dicha obligación un fin estrictamente preventivo.

La nueva redacción dada al precitado artículo 21 tras la entrada en vigor de la presente Ley, amplía la obligación de aportar el estudio arqueológico en cuestión a los supuestos de obras en zonas, solares o edificaciones colindantes (apartado 1º) y, además, habilita a la Administración de la Región a la ejecución subsidiaria (nuevos apartados 2º y 3).

Se trata por lo tanto, de una Ley de estructura sencilla compuesta de Artículo Único y una Disposición Final, acerca de su entrada en vigor.

Ley 12/2007, de 8 de noviembre, por la que se adecua la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha (DOCLM, núm. 239, de 16 de noviembre de 2007)

La presente Ley 12/2007, de 8 de noviembre, nace con el objetivo de adecuar la distribución de escaños por provincias en función del criterio territorio-población. Con tal pretensión, el legislador autonómico parte de las cifras mínimas asignadas estatutariamente y toma la decisión de corregirlas en función de la variante poblacional. De esta manera, decide aumentar en un escaño la representación de las poblaciones de Toledo y Guadalajara por el aumento de población experimentado con respecto al resto, especialmente en referencia a las poblaciones que mantenían la misma representación.

Sin embargo, se trata de una ley que, a diferencia de las anteriores en mate-

ria electoral, no ha contado con el respaldo de las dos grandes fuerzas políticas en nuestra Región. Esto es algo sorprendente ya que, tratándose de un tema de especial trascendencia como es la determinación de nuestro sistema electoral, debería haberse aprobado conjuntamente.

En lo que respecta al texto de la ley, se trata de un texto sencillo que contiene un único artículo dedicado a la reforma de la ley electoral en lo referente a la distribución de escaños. Así y tras una exposición de motivos en la que se explican los motivos por los que se procede de esta manera, se prevé una composición de Cortes de 49 diputados y una asignación expresa del número correspondiente de diputados por provincia exactamente igual que se hacía en la regulación anterior, con las siguientes modificaciones: a Toledo, le corresponderán 12 diputados y a Guadalajara, 8 diputados¹.

En lo demás (listas cerradas y bloqueadas, circunscripción provincial...), el sistema se mantiene conforme a los parámetros previstos anteriormente. La reforma se ciñe exclusivamente al sistema de distribución de escaños, tal y como ha ocurrido en ocasiones anteriores, más concretamente, a la corrección de los escaños asignados².

Por último, tras su Artículo Único, la Ley se cierra con una Disposición Final.

Ley 13/2007, de 8 de noviembre, de modificación de la Ley 5/1993, de 27 de diciembre, de la Sindicatura de Cuentas de Castilla-La Mancha (DOCLM, núm. 239, de 16 de noviembre de 2007)

La Ley 5/1993, de 27 de noviembre, de Sindicatura de Cuentas, limitó excesivamente las potestades fiscalizadoras de dicho órgano en el ámbito de las Corporaciones Locales, por temor a motivar conflictos competenciales con el Estado en dicha materia. En otras Comunidades Autónomas, los legisladores fueron más arriesgados y asumieron desde sus Órganos de Control Externo amplias competencias fiscalizadoras, provocando sendos recursos ante el Tribunal Constitucional.

1. Artículo 16, Ley 12/2007: 1.- Las Cortes de Castilla-La Mancha están formadas por 49 diputados.

2. A cada provincia le corresponde el siguiente número de diputados: Albacete, diez diputados; Ciudad Real, once diputados; Cuenca, ocho diputados; Guadalajara, ocho diputados; y Toledo, doce diputados.

Tras el pronunciamiento del Alto Tribunal, en el que confirmó la plena competencia fiscalizadora de los Órganos de Control Externo Autonómicos, es momento de modificar nuestra Ley 5/1993, de 27 de diciembre, ampliando las competencias de la Sindicatura de Cuentas, como órgano de fiscalización de Castilla-La Mancha.

Esta modificación legislativa se hace necesaria, fundamentalmente, en torno a un pilar: otorgar a la Sindicatura de Cuentas de Castilla-La Mancha la potestad plena para el control externo de la actividad económico-financiera del Sector Público Local en la Región, con el mismo alcance que para el conjunto del Sector Público Regional.

Esta Ley consta de un Artículo Único, en el que se recogen las modificaciones introducidas a la Ley 5/1993, y se cierra con diversas disposiciones: una Disposición Adicional Única, una Disposición Derogatoria Única y una Disposición Final.

Leyes sobre la actividad social, económica y el medio ambiente

Actividad social y económica

Ley 2/2007, de 8 de marzo, del Instituto de la Juventud de Castilla-La Mancha (DOCLM, núm. 60, de 20 de marzo de 2007)

La Constitución Española protege a la juventud previendo incluso un precepto específico para ella. Así, el artículo 48 CE dispone que: “Los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural”. La juventud se inserta entre los principios rectores de la política socio-económica, debiéndose entender el citado precepto como la línea de actuación del legislador que, en cumplimiento constitucional, debe garantizar las condiciones para la participación de la juventud en la sociedad. Este precepto se refuerza además con el tan recurrido artículo 9.2 CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. En consecuencia, existe una obligación constitucional de los poderes públicos de promover las condiciones de partici-

pación de los ciudadanos, especialmente de la juventud, por ser éste un objetivo de los que orientan su política, en los diferentes aspectos de la sociedad.

Por su parte, el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha hace suyos los principios constitucionales citados anteriormente (artículo 4.4.d), reconociendo la competencia exclusiva de la Junta de Comunidades en materia de promoción y ayuda a los jóvenes (artículo 31.1.20º).

A pesar de lo señalado anteriormente, la realidad de la juventud castellanomanchega presenta serias dificultades. En nuestra Región, los jóvenes se encuentran con graves problemas relacionados con la inestabilidad en el empleo, la falta de experiencia laboral o las dificultades para acceder a una vivienda. Se trata de cuestiones generalizadas al resto de los jóvenes españoles, no siendo por lo tanto un asunto exclusivo de nuestro Gobierno, aunque en definitiva es necesario establecer los mecanismos y acciones oportunos para paliar la situación y hacer efectivos los mandatos constitucionales y estatutarios.

En consecuencia, el Gobierno castellanomanchego tomó la decisión de adoptar medidas transversales, desde la coordinación de los agentes implicados y con el objetivo de alcanzar la eficacia en la actuación pública así como la participación de los jóvenes. Las primeras medidas supusieron la elaboración del I Plan Joven (1997-1999) y del II Plan Joven (2003-2007). Este segundo Plan prevé expresamente la creación de un Instituto de la Juventud de Castilla-La Mancha, como instrumento para coordinar y planificar la política integral en materia de juventud (configurada en el II Plan) así como para asegurar la coordinación interdepartamental, para reforzar la transversalidad de las medidas adoptadas.

Mediante la presente Ley se crea dicho Instituto de la Juventud de Castilla-La Mancha, concebido éste como “organismo autónomo adscrito a la Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha” (artículo 1).

La Ley consta de catorce artículos estructurados en cinco Capítulos: Capítulo I –Disposiciones generales–, en donde se recogen: su creación y naturaleza jurídica, sus fines y funciones; Capítulo II –Organización del Instituto–, dedicado a la composición, funciones y funcionamiento de los dos órganos que componen el Instituto: el Consejo de Dirección y la Dirección del Instituto de la Juventud de Castilla-La Mancha; Capítulo III –Órganos de consulta y participación–, sien-

do éstos los siguientes: el Consejo de la Juventud de Castilla-La Mancha (permanente), la Comisión Territorial de Juventud, el Consejo de Dirección (para materias específicas); Capítulo IV –Personal al servicio del Instituto–, sujeto éste a las normas aplicables al personal de la Administración regional según su régimen específico; Capítulo V –Régimen económico y financiero del Instituto de la Juventud de Castilla-La Mancha– incluyéndose en éste: los recursos económicos, el patrimonio y el régimen presupuestario y contable.

Finalmente, la Ley se completa con una Disposición Transitoria Única, una Disposición Derogatoria Única y dos Disposiciones Finales.

Ley 3/2007, de 8 de marzo, de Participación Social en la Educación en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (DOCLM, núm. 60, de 20 de marzo de 2007)

Mediante la presente Ley queda derogada la anterior Ley 12/1999, de 3 de diciembre, del Consejo Escolar en Castilla-La Mancha. Tanto la Constitución como el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha regulan la obligación de los poderes públicos de proporcionar las condiciones para la participación efectiva de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (artículo 9.2 CE; artículo 4.2 EACL M). Así, la participación efectiva de la sociedad en la enseñanza constituye una de las políticas que debe seguir el legislador, siendo en nuestra Comunidad competencia del legislador autonómico el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de enseñanza, en toda su extensión y a cualquier nivel.

Haciendo uso de su competencia y en cumplimiento de lo constitucional y estatutariamente previsto, las Cortes Regionales aprobaron la Ley 12/1999, de 3 de diciembre, del Consejo Escolar de Castilla-La Mancha, como órgano de consulta y, sobre todo, como órgano de participación e implicación de la sociedad en la programación general de la enseñanza en niveles inferiores a la Universidad. El Consejo Escolar aprobó, a su vez, el Decreto 268/2004, de 26 de octubre de regulación de las “asociaciones de madres y padres de alumnos y sus federaciones en los centros docentes”.

Sin embargo, tras casi una década de su aprobación, y a tenor de los estudios realizados por el Consejo Escolar sobre la “Participación de los padres y madres

del alumnado en el ámbito municipal y en los centros escolares”, en los que advierte una participación real en los centros escolares baja, se concluye la necesidad de reformar el modelo de participación educativa aprobado en 1999.

Esta Ley nace, por lo tanto, con el propósito de que la Región garantice la participación efectiva de la sociedad en la programación general de la enseñanza. Para ello, deroga la Ley 12/1999, estableciendo nuevos parámetros y nuevos cauces de participación, tras el fracaso de los previstos por dicha Ley.

La Ley cuenta con 28 preceptos, estructurados de la siguiente manera:

- Título Preliminar –Disposiciones Generales–, entre las que se regulan los objetivos y el contenido de la programación general de la enseñanza (artículos 2 y 3). Es preciso destacar la regulación de la participación en la programación general de la enseñanza (artículo 1), por constituir éste el objeto principal de la Ley, previéndose que: “La Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha garantizará el derecho a la educación mediante una programación general de la enseñanza que asegure la participación efectiva de todos los sectores afectados”.

- Título I –Órganos de gobierno, de participación y de consulta–, compuesto a su vez por tres capítulos: Capítulo I –del Consejo Escolar de Castilla-La Mancha–, previsto como órgano de participación y consulta en la programación general de la enseñanza no universitaria; Capítulo II –de los Consejos Escolares de la Localidad–, junto con el Consejo Escolar, previstos como órganos de participación y consulta en la programación general de la enseñanza no universitaria; Capítulo III –de los Consejos Escolares de Centro–, son órganos colegiados de gobierno y participación.

- Título II –De la participación de la Comunidad Educativa–. Se regula la participación activa de los distintos agentes implicados en la enseñanza: el profesorado, a través de sus organizaciones sindicales; el conjunto del alumnado, madres y padres, a través de sus asociaciones, federaciones y confederaciones; así como la obligación del Gobierno Regional de apoyar a los anteriores en su acción (artículo 26). Además, se regulan los fines de las asociaciones de madres y padres de alumnos (artículo 27) y las asociaciones de alumnos y alumnas (artículo 28).

Finalmente, varias Disposiciones completan el contenido de la Ley: Disposición Adicional Primera –Los Consejos Escolares de Zona Educativa–, Disposición Adicional Segunda –Reglamento de funcionamiento–; tres Disposiciones Transitorias; Disposición Derogatoria Única y dos Disposiciones Finales. De entre todas ellas, destacamos por su importancia práctica las siguientes:

- La Disposición Transitoria Primera, referida a la aplicación de las normas reglamentarias, mantiene la vigencia del Decreto 123/2000, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de funcionamiento del Consejo Escolar de Castilla-La Mancha, y del Decreto 268/2004, de 26 de octubre, de regulación de las asociaciones de madres y padres de alumnos y sus federaciones y confederaciones en los centros docentes que imparten enseñanzas no universitarias en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

- La Disposición Derogatoria Única, referida a la derogación normativa, deroga expresamente la Ley 12/1999, de 3 de diciembre, del Consejo Escolar de Castilla-La Mancha.

Medio Ambiente y Espacios Naturales

Ley 1/2007, de 15 de febrero, de fomento de las energías renovables e incentivación del ahorro y eficiencia energética en Castilla-La Mancha (DOCLM núm. 55, de 13 de marzo de 2007)

Esta Ley se aprueba para dar cumplimiento a los objetivos marcados desde Europa, ratificados por España, de promover la energía a partir de fuentes renovables, orientada hacia la consecución de un desarrollo sostenible.

Mientras la demanda energética es cada vez mayor, las consecuencias medioambientales desencadenadas por dicho consumo son irreversibles para la naturaleza. Los países desarrollados comienzan a tener en cuenta el daño que el uso desmesurado de energías no renovables supone al desarrollo sostenible. Ha sido la Unión Europea quien hace unos años fijó determinados objetivos respecto al uso de la energía, destinadas a la promoción de la energía generada a partir de fuentes renovables (Directivas 2001/77/CE, de 27 de septiembre de 2001 y 2002/91/CE, de 16 de diciembre de 2002).

El propio Texto Constitucional impone el deber de conservar el medio

ambiente (artículo 45 CE), constituyéndose el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado como uno de los principios rectores de la política social y económica que deben inspirar, por lo tanto, la actuación del legislador. Los poderes públicos tienen el deber de velar por el uso racional de los recursos naturales: “los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva” (artículo 45.2º), previéndose incluso la posibilidad de establecer un régimen sancionador para salvaguardarlos: “(...) se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado” (artículo 45.3º)

En cumplimiento de los objetivos fijados por dichas Directivas así como del mandato constitucional de conservar el medio ambiente, el legislador ha decidido aprobar la Ley 1/2007, de 15 de febrero, de fomento de las energías renovables e incentivación del ahorro y eficiencia energética en Castilla-La Mancha.

La Ley consta de treinta y seis artículos estructurados a lo largo de un Título Preliminar y cinco Títulos, de la siguiente forma:

- El Título Preliminar –Disposiciones Generales– se dedica a los aspectos más genéricos. En primer lugar se regula el objeto y ámbito de aplicación de la ley, previéndose expresamente como objeto de su regulación: “(...) potenciar el uso racional de los recursos energéticos de carácter renovable en Castilla-La Mancha, fomentar la utilización racional de la energía en cualquiera de sus formas y promover el ahorro y la eficiencia energética (...)” –artículo 1–. Además, se recogen diversas definiciones propias del ámbito de la energía, previstas en la Ley, para su correcta comprensión y aplicación –artículo 2–. Por último, se regulan los principios generales inspiradores de la Ley, siendo éstos: impulso y fomento del uso de energías renovables, la potenciación de la cultura energética que haga posible el ahorro, el equilibrio territorial y la diversificación del marco energético regional.

- El Título I –De la ordenación, impulso y desarrollo de las energías renovables– contiene a su vez dos capítulos. El Capítulo I –Ordenación y planificación de las energías renovables–, regula como ámbito de la ordenación de las energías renovables: las fuentes naturales de las mismas, las áreas de captación, los instrumentos

técnicos aplicados y las energías obtenidas. En el Capítulo II –Impulso y desarrollo de las energías renovables–, se regulan las medidas generales de promoción de las energías renovables, las medidas de promoción de las energías renovables de uso propio, la etiqueta verde de productor de energía eléctrica con fuentes renovables, así como la creación del Observatorio Regional para las Energías Renovables, previsto éste como órgano de carácter consultivo para el seguimiento y el análisis de la implantación y evolución de las energías renovables en la Región.

- El Título II –De la planificación, el ahorro y de la eficiencia energética– regula la planificación energética, previéndose la creación de un Plan Estratégico para el Desarrollo Energético de Castilla-La Mancha (artículo 11). Además se recogen: las obligaciones para el ahorro de energía, dirigidas tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos; el deber de impulso y fomento del ahorro energético; el uso de energías renovables en edificios públicos de la Junta de Comunidades y la certificación energética, implantada como medida de control de ahorro y eficiencia energética.

- El Título III –Medidas de incentivación– contiene una serie de medidas adoptadas a modo de estímulo o gratificación por el ahorro y eficiencia energética. Así, se prevén: el premio al ahorro y eficiencia energética, becas de investigación, créditos blandos para proyectos energéticos, promoción de cultivos energéticos en el ámbito rural y subvenciones por la reducción del uso de combustibles fósiles.

- El Título IV –Mecanismos de colaboración interadministrativos y procedimientos– prevé como mecanismos de colaboración los siguientes: la cooperación administrativa y social, así como la participación de colaboradores autorizados en materia de energías renovables, ahorro y eficiencia energética, disponiendo para estos casos la simplificación de los procedimientos administrativos.

- El Título V –Infracciones y sanciones– distingue las infracciones en función de su gravedad clasificándolas en: muy graves, graves y leves. La sanción consistirá en multa, directamente proporcional en su cuantía, al tipo de infracción cometida.

Finalmente, la Ley se completa con diversas Disposiciones: dos Disposiciones Adicionales, una Disposición Transitoria Única, una Disposición Derogatoria Única y dos Disposiciones Finales. De ellas, es preciso destacar el

contenido de la Disposición Transitoria Única, referida al Plazo de adaptación de energías renovables en edificios públicos. Mediante ésta, se establece un plazo de siete años, desde la entrada en vigor de la ley, para la adaptación de los edificios propiedad de la Junta de Comunidades, sus organismos autónomos, empresas públicas y demás entidades que integran el sector público regional, se adapten a las directrices marcadas por esta Ley, sobre ahorro y eficiencia energética. Los edificios en construcción o adquiridos con posterioridad, dispondrán de un plazo de cinco años para adaptarse.

Ley 4/2007, de 8 de marzo, de Evaluación Ambiental en Castilla-La Mancha (DOCLM, núm. 60, de 20 de marzo de 2007)

Mediante esta Ley se deroga la anterior Ley de Evaluación del Impacto Ambiental, de 8 de abril de 1999. La presente Ley 4/2007 mantiene como objeto la evaluación del impacto ambiental de proyectos públicos y privados en Castilla-La Mancha, con la pretensión de alcanzar un elevado nivel de protección del medio ambiente así como de promoción del desarrollo sostenible, aunque incorporando de manera central el elemento de la transparencia en la información y en la participación pública.

Hasta la fecha, la anterior ley daba cumplimiento al deber de nuestro legislador de desarrollar y completar la legislación estatal en materia de medio ambiente, que incorporada a derecho interno las Directivas Europeas en dicha materia. Sin embargo, en 2001, dos años más tarde de la aprobación de la precitada Ley 5/1999, de 8 de abril, de Evaluación de Impacto Ambiental, se aprobó una nueva Directiva en la materia. Así pues, la Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio, sobre la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, incorporada mediante ley estatal (Ley 9/2006, de 28 de abril) al ordenamiento interno. A esta Directiva le sucedieron otras dos que continuaron incorporando medidas y actuaciones sobre el impacto medioambiental: Directiva 2003/4/CE sobre el acceso público a la información medioambiental y Directiva 2003/35/CE que establece medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente, que del mismo modo fueron incorporadas mediante ley estatal (Ley 27/2006, de 18 de julio).

Tras estos cambios legislativos procedentes de Europa y adaptados perfectamente por nuestro derecho, y teniendo en cuenta la competencia de desarrollo de

legislativo y ejecución en materia de protección del medio ambiente así como de establecer normas adicionales para su protección (artículo 32.7 Estatuto de Autonomía) propia del legislador autonómico, se hacía imprescindible la aprobación de una ley que incorporase las nuevas exigencias sobre evaluación ambiental. La Ley 4/2007, de 8 de marzo, responde a dichas exigencias, incorporando como uno de los elementos centrales la transparencia en la información y en la participación pública. Además, se introducen otras novedades significativas, tales como: revisión el listado de actividades y proyectos sometidos a Evaluación de Impacto Ambiental; simplificación de la tramitación de expedientes sometidos al procedimiento de Evaluación Ambiental; interpretación negativa del silencio producido por la demora del órgano ambiental en emitir Declaración de Impacto Ambiental; especificación sobre la atribución de competencias para la imposición de sanciones de carácter no pecuniario; previsión sobre el destino de las sanciones pecuniarias, previstas para actuaciones en protección del medio ambiente, entre otras novedades.

La Ley consta de cincuenta y tres artículos estructurados en cuatro títulos, organizados de la siguiente manera:

- El Título I, se dedica a las Disposiciones Generales, regulando aspectos tales como el objeto de la ley, su ámbito de aplicación y, además, dedica uno de sus preceptos a regular las definiciones específicas de utilidad para el uso y aplicación de la Ley.

- El Título II, denominado De la Evaluación del Impacto Ambiental de Proyectos, resulta de aplicación a “los proyectos, públicos o privados, consistentes en la realización de las obras, construcciones, instalaciones o cualquiera otra actividad comprendida en el Anexo I deberán someterse a Evaluación del Impacto Ambiental (...)” (artículo 5).

- El Título III, denominado De la Evaluación Ambiental de Planes y Programas, consta a su vez de dos capítulos, distinguiéndose entre: Finalidad, objeto y efectos (Capítulo I) y Procedimiento de Evaluación Ambiental de planes y programas (Capítulo II), siendo todo el título de aplicación a: “Los planes y programas que pretendan realizarse en Castilla-La Mancha relativos a materias (...)” (artículo 25).

- El Título IV, denominado De la vigilancia e inspección, y de las infracciones y sanciones, consta a su vez de los siguientes capítulos: De la vigilancia e inspección (Capítulo I), De las infracciones (Capítulo II), De las sanciones (Capítulo III) y Del procedimiento y la competencia (Capítulo IV).

Tras el articulado, se contienen distintas disposiciones: cuatro Disposiciones Adicionales, una Disposición Transitoria Única, una Disposición Derogatoria Única (mediante la que se deroga expresamente la Ley 5/1999, de 8 de abril) y dos Disposiciones Finales.

Además, la Ley cuenta con diversos anexos que la completan en su contenido: el Anexo I, relativo a proyectos que deberán someterse a una evaluación del impacto ambiental en la forma prevista en esta ley; El Anexo II, sobre proyectos que serán sometidos cuando así lo decida el órgano ambiental en cada caso; El Anexo III, sobre criterios de selección contemplados en el artículo 5.1.2; El Anexo IV, sobre el contenido del informe de sostenibilidad ambiental; y el Anexo V dedicado a los criterios para determinar la posible significación de los efectos sobre el medio ambiente.

Ley 5/2007, de 8 de marzo, de Declaración del Parque Natural de la Serranía de Cuenca (DOCLM, núm. 60, de 20 de marzo de 2007)

Mediante esta Ley se declara el Parque Natural de la Serranía de Cuenca. Para entender el objeto así como la justificación de dicha declaración es preciso hacer algunas puntualizaciones:

En el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de la Serranía de Cuenca, aprobado por Real Decreto 99/2006, de 1 de agosto, ya se preveía el establecimiento de la figura de protección de Parque Natural para los terrenos definidos en el Anejo I de dicho Plan, en los términos municipales que componen el núcleo de la Serranía de Cuenca, por reunir los requisitos señalados en la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de Conservación de la Naturaleza (artículo 41).

Los objetivos del citado Plan se concretan en asegurar la conservación y restauración de los valores naturales más significativos de estas zonas, fomentar los aprovechamientos tradicionales y el desarrollo sostenible.

Asimismo, las características naturales de las zonas en cuestión así como las especies animales que habitan en ellas han puesto de manifiesto la importancia de su conservación en relación al cumplimiento de normativas europeas tales como: Directiva 92/43/CEE (anexos I y II) y Directiva 79/409/CEE (anexo I), configurándose dichas zonas como un área importante para la conservación de la biodiversidad de la Unión Europea susceptible de formar parte de la Red NATURA 2000.

Además, en la zona de la Serranía de Cuenca ya se había declarado por el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales la Reserva de Caza de la Serranía de Cuenca, mediante Ley 2/1973, de 17 de marzo.

En definitiva, y teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, se ha decidido mediante la presente Ley aprobar la Declaración del Parque Natural de la Serranía de Cuenca.

La Ley se compone de once artículos, seguidos de sus correspondientes disposiciones y, finalmente, se completa con cuatro anejos.

En cuanto a su contenido, a lo largo de su articulado se regulan cuestiones como: el objeto, los usos, aprovechamientos y actividades del Parque, administración, financiación y dirección del Parque, la Junta Rectora, la determinación del área de influencia socio-económica, el establecimiento de la zona periférica de protección del Parque, la reserva de caza, y las infracciones y sanciones.

En cuanto a las disposiciones, se recogen las siguientes: dos Disposiciones Adicionales, una Disposición Transitoria Única, referida al régimen transitorio de los cotos de caza sobre los terrenos desafectados del régimen de reserva de caza, y cuatro Disposiciones Finales.

En cuanto a los anejos, se prevén cuatro: Anejo I, referido a los límites del Parque Natural de la Serranía de Cuenca; Anejo II, referido a la clasificación y regulación general de los usos, los aprovechamientos y las actividades en el Parque Natural de la Serranía de Cuenca; Anejo III, sobre los límites y normativa aplicable a los usos, aprovechamientos y actividades de la zona periférica de protección; y Anejo IV, referido a la delimitación de la Reserva de Caza “Serranía de Cuenca”.

Ley 8/2007, de 15 de marzo, de modificación de la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de conservación de la naturaleza (DOCLM, núm. 72, de 5 de abril de 2007)

En este caso no nos encontramos ante a un caso de derogación de ley anterior, sino ante la reforma de aquella, por la imperiosa necesidad de adaptarla a la realidad actual y a las exigencias impuestas desde la Comunidad Europea.

Sabido es que la materia de medio ambiente, aunque se reserva al Estado en sus aspectos básicos, se prevé constitucionalmente la facultad de las Comunidades Autónomas de “establecer normas adicionales de protección” (artículo 149.1.23 CE). Así pues, el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, regula, en el marco de la legislación básica del Estado, la competencia: “en materia de montes, aprovechamientos y servicios forestales, vías pecuarias, pastos y espacios naturales protegidos (...) y protección del medio ambiente y de los ecosistemas” (32.2º y 7º).

En ejercicio de su competencia constitucional, el legislador autonómico aprobó la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de Conservación de la Naturaleza, de desarrollo de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y la Fauna Silvestres. Sin embargo, en la década de los noventa, la Comunidad Europea aprobó diversas directivas destinadas a la conservación de los hábitat naturales y a la protección de las especies, que obligan a la adecuación de nuestra Ley 9/1999, de 26 de mayo, a dichas directivas europeas (Directivas 92/43/CEE, del Consejo, de 21 de mayo de 1992, y 79/409/CEE, del Consejo, de 2 de abril de 1979).

No cabe duda que es competencia del legislador autonómico el competente, especialmente tras el pronunciamiento del Tribunal Constitucional de 2004, acerca de competencias en materia de Parques Nacionales. Así, el Tribunal Constitucional en STC 194/2004, de 10 de noviembre, confirmó la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en la gestión de los Parques Nacionales.

Con todo, atendiendo al ejercicio de sus competencias el legislador en nuestra Región ha aprobado la Ley 8/2007, de 15 de marzo, de modificación de la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de conservación de la naturaleza.

Esta Ley consta de Artículo Único, en el que se contienen las modificaciones introducidas a la anterior legislación. De todas ellas ha de destacarse la introducción de nuevas infracciones, encaminadas a una mayor protección de los espacios y las especies protegidas. Finalmente, se completa con una Disposición Transitoria Única, y dos Disposiciones Finales.

Ley 11/2007, de 29 de marzo, de Creación del Organismo Autónomo Espacios Naturales de Castilla-La Mancha (DOCLM, núm. 82, de 19 de abril de 2007)

Mediante esta Ley se crea el Organismo Autónomo Espacios Naturales de Castilla-La Mancha. Este organismo nace con el objeto de planificar, gestionar y conservar las áreas protegidas y los recursos naturales previstos por la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de Conservación de la Naturaleza.

La creación de este organismo está motivada especialmente por tres hechos:

En primer lugar, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de noviembre de 2004 (STC 194/2004), en la que confirmó la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en la gestión de los Parques Naturales.

Por otro lado, el proceso de definición de la Red NATURA 2000 que se está desarrollando en nuestra Región y cuyos resultados muestran que el 23% del territorio de Castilla-La Mancha forma parte de la Red NATURA 2000.

Por último, el crecimiento de los demás tipos de zonas sensibles y espacios naturales protegidos de la Comunidad.

Todos estos factores evidencian la necesidad de asegurar una gestión coordinada de todos los componentes de la misma Red Regional de Áreas Protegidas, a través de un organismo autónomo encargado de su gestión global. En consecuencia, se ha tomado la decisión de crear mediante esta ley dicho órgano de coordinación, denominado: “Organismo Autónomo de Espacios Naturales de Castilla-La Mancha”.

La presente Ley consta de diecisiete artículos, estructurados a lo largo de tres Títulos, de la siguiente manera:

- El Título I –Del Organismo Autónomo Espacios Naturales de Castilla-La Mancha–, consta a su vez de cuatro capítulos, encargados de los siguientes contenidos, respectivamente: disposiciones generales, organización, régimen jurídico del personal y régimen patrimonial, económico y financiero.

- El Título II –De la gestión de los Parques Nacionales–, atribuye en primer lugar la gestión de los Parques Naturales al Organismo Autónomo Espacios Naturales (artículo 13); regula las previsiones sobre el la administración y dirección de las actividades del Parque Nacional, atribuyéndola al Director-Conservador (artículo 14); y recoge además la figura del Patronato (artículo 15).

- El Título III –De la gestión del resto de áreas y recursos naturales protegidos– regula cuestiones de competencia.

Finalmente, se contemplan tres Disposiciones Adicionales, tres Disposiciones Transitorias, y dos Disposiciones Finales.

Otros sectores

Ley 6/2007, de 15 de marzo, por la que se modifica la Ley 8/2003, de 20 de marzo, de la Viña y el Vino de Castilla-La Mancha (DOCLM, núm. 72, de 5 de abril de 2007)

Mediante esta Ley se aprueba la creación del Fondo de Promoción Vitivinícola, que nace con el objetivo de desarrollar el potencial del mercado de los productos vitivinícolas elaborados en nuestra Región, a nivel regional, nacional e internacional. Además, se regulan expresamente las aportaciones “obligatorias” a dicho Fondo. Estas aportaciones deberán ser realizadas por los titulares de las instalaciones de transformación de uva en mosto, así como por los de las que comercializan productos embotellados del sector vitivinícola en la Castilla-La Mancha.

Se prevé además, que las aportaciones a realizar deberán ser fijadas por ley, siendo los representantes del propio sector vitivinícola quienes deben fijar la cuantía anual, en función de criterios objetivos y contando con el respaldo del Patronato de la Fundación. Se contempla además, la posibilidad de excluir de determinadas ayudas financieras, concedidas por la Junta de Comunidades, a quienes incumplan su obligación de contribuir con sus aportaciones al Fondo.

Así pues, estas medidas se introducen en la Ley 8/2003, de 20 de marzo, de la Viña y el Vino de Castilla-La Mancha, a través de la modificación de su artículo 26 y con la introducción de un nuevo artículo 26 bis.

La presente Ley consta, por lo tanto, tan sólo de dos preceptos: artículo primero, dedicado a la modificación del artículo 26 de la Ley 8/2003, mediante el que se introduce la creación del Fondo de Promoción Vitivinícola; y un artículo segundo, dedicado a la adición del artículo 26 bis de la Ley 8/2003, mediante el que se introducen las aportaciones al Fondo de Promoción Vitivinícola. Por último, la Ley se cierra con una Disposición Final Única, referida a su entrada en vigor.

Ley 7/2007, de 15 de marzo, de Calidad Agroalimentaria de Castilla-La Mancha (DOCLM, núm. 72, de 5 de abril de 2007)

El sector agroalimentario es uno de los sectores económicos más importantes en Castilla-La Mancha. En dicho sector, además, influyen diversos factores sociales, medioambientales, desempeñando la calidad una función primordial en el éxito del sector.

En nuestra Región el peso de este sector se debe en gran parte, no sólo a la gran diversidad de productos que se ofertan, sino a su sello de calidad. Además, el hecho de que los productos castellano-manchegos sean conocidos dentro y fuera de nuestras fronteras es una muestra evidente de la calidad, pero a sabiendas de que ésta se debe en parte, a la zona en la que se hace el producto, por tratarse de una tierra de agricultura y artesanos, siendo la producción tradicional y el sello de origen la fama indiscutible de muchos de nuestros productos.

Así pues, esta Ley se aprueba con el objeto de fomentar y garantizar la garantía de los productos agroalimentarios de la Región con una “calidad diferenciada”, mediante: “las figuras de protección de la calidad como las denominaciones de origen o indicaciones geográficas protegidas, especialidades tradicionales garantizadas, los vinos de calidad producidos en regiones determinadas, los vinos de la tierra (...)”. Para ello, la Consejería de Agricultura fomentará los sistemas de protección de la calidad agroalimentaria.

La Ley consta de setenta y un artículos, estructurados en seis títulos dedicados, respectivamente a los siguientes: disposiciones generales, figuras de calidad

agroalimentaria, órganos de gestión, entidades de control de la calidad agroalimentaria, aseguramiento de la calidad agroalimentaria y régimen sancionador.

Por último, tras el articulado, la Ley se completa con las siguientes: una Disposición Derogatoria Única, mediante la que se deroga expresamente el artículo 50 y la Disposición Adicional Sexta de la Ley 8/2003, de 20 de marzo, de la Viña y el Vino de Castilla-La Mancha; y cuatro Disposiciones Finales.

Ley 10/2007, de 29 de marzo, de Medios Audiovisuales de Castilla-La Mancha (DOCLM, núm. 82, de 19 de abril de 2007)

Constatada la importancia de los medios de comunicación en una sociedad democrática y plural, como la nuestra, inmersa además en una era en la que la tecnología avanza a una velocidad desmesurada, contamos con desmesurada variedad de tipos de comunicación audiovisual.

El legislador, en un plazo relativamente corto de tiempo, ha pasado de regular radio y televisión por cable, a encontrarse frente al fenómeno de las telecomunicaciones audiovisuales. En consecuencia, existe una dispersión normativa que conviene unificar.

De este modo, la presente Ley unifica los dispersos textos normativos existentes en materia de prestación de servicios de radio y televisión, siendo aplicable a quienes presten dichos servicios en el ámbito de Castilla-La Mancha.

La Ley consta de cincuenta y dos artículos, estructurados en cuatro títulos dedicados a los siguiente, respectivamente: disposiciones generales, títulos habilitantes para la prestación de los servicios de radio y televisión, registro de Radio y Televisión de Castilla-La Mancha y régimen de infracciones y sanciones.

Finalmente, la Ley se cierra con las siguientes: una Disposición Transitoria Única, una Disposición Derogatoria Única, y dos Disposiciones Finales.

Leyes de carácter tributario, financiero o económico

Ley 14/2007, de 20 de diciembre, por la que se amplían las bonificaciones tributarias del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

Esta Ley se aprueba con la pretensión de facilitar la transmisión de bienes

patrimoniales y derechos entre los miembros de una misma familia, rebajando los impuestos que gravan este tipo de transmisiones. De esta manera con la aprobación de esta Ley se modifican diversos aspectos de la Ley 17/2005, de 29 de diciembre, de materias en materia de tributos cedidos, en lo que respecta al impuesto sobre sucesiones y donaciones.

Se trata de una Ley sencilla y escueta, de las denominadas de “artículo único”, que a su vez se divide en dos apartados, seguido de Disposición Transitoria Única y Disposición Final.

El objeto de la misma, tal y como se determina en su primer apartado es que: “los sujetos pasivos incluidos en los grupos I y II de parentesco previstos en (...) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones podrán deducirse el 95 por ciento de la cuota tributaria”. Añadiendo que: “los sujetos pasivos con discapacidad y grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento podrán aplicarse una deducción de 95 por ciento de la cuota tributaria (...)”.

En definitiva, se trata de rebajar, a través de la deducción, el tipo de gravamen en el impuesto de sucesiones y donaciones a los parientes más cercanos y a quienes tienen un alto grado de discapacidad o minusvalía.

Ley 15/2007, de 20 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2008

Los Presupuestos aprobados mediante la presente Ley, Presupuestos para 2008, presentan la peculiaridad de constituir los primeros de la nueva legislatura (VII legislatura). En esta ocasión, vienen determinados esencialmente por tres principios: el desarrollo y modernización de la economía, la solidaridad y la cohesión social, y la mejora del proceso presupuestario con el objetivo de lograr mayor eficacia en la gestión de los recursos públicos.

La Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha elaborada para el 2008, se caracterizan por su equilibrio, dando cumplimiento a lo establecido por la Ley General de Estabilidad Presupuestaria. En esta ocasión, la Ley presenta dos objetivos prioritarios claramente diferenciados:

El primero de los objetivos perseguidos, consiste en impulsar el desarrollo económico y social de nuestra Región, dando cumplimiento al Pacto para el Desarrollo y la Competitividad. A este respecto, entre sus líneas de actuación, una vez más se apuesta por la inversión en capital humano –inversión y garantía de la educación–; en capital tecnológico, apoyando la investigación, el desarrollo y la innovación; y en infraestructuras.

El segundo objetivo prioritario para 2008 es la cohesión social, abarcando en este ámbito diversos sectores: en primer lugar el objetivo de garantizar un nivel de vida digno para todos los ciudadanos, a través políticas de redistribución en beneficio de los menos favorecidos, entre cuyas medidas puede señalarse el mantenimiento de la financiación suficiente para sufragar los servicios sociales; otro objetivo es garantizar las infraestructuras y servicios necesarios para el servicio de la salud; y por último, la atención al medio ambiente y a la cultura, a través de diversas actuaciones.

Formalmente, consta de cuarenta y nueve artículos estructurados a lo largo de seis Títulos, a los que se suman quince Disposiciones Adicionales, una Disposición Derogatoria y Tres Disposiciones Finales.

2. Actividad no legislativa

Durante este período (enero-diciembre 2.007), la actividad no legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha, como viene siendo habitual, se ha centrado esencialmente en las Resoluciones de Pleno aprobadas en virtud de los Debates Generales celebrados sobre asuntos concretos de interés para la Región. No obstante, y a pesar de su menor entidad, también merecen mención las Propositiones No de Ley aprobadas. Por otra parte, incluimos en la actividad no legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha el denominado control político, llevado a cabo en sede parlamentaria a través de preguntas e interpelaciones.

Como hemos señalado, los Debates Generales son tradicionalmente el eje central de la actividad no legislativa ya que es en ellos donde se tratan los temas que más preocupan a los intereses de 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 tienen relevancia en ámbito regional. Además, interesan al ciudadano por los temas tratados, 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 cualquier caso, de interés general.

Dejando a un lado estos Debates Generales sobre asuntos de interés general, normalmente, en cada periodo se celebra un Debate sobre la orientación política general del Consejo de Gobierno, el denominado Debate sobre el estado de la Región. En este periodo por ser periodo de elecciones no se ha contado con dicho Debate, sino con un proceso electoral para elegir Presidencia en nuestra Comunidad.

Tras la victoria del Partido Socialista en las elecciones autonómicas celebradas el pasado 27 de mayo de 2007, el Pleno de las Cortes, en sesión celebrada los días 25 y 26 de junio, ha elegido por mayoría absoluta en primera votación, como Presidente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha a D. José María Barreda Fontes (BOCCLM núm. 3, de la VII legislatura, de 27 de junio de 2007). De esta manera, D. José M^a. Barreda inicia la VII legislatura como Presidente de nuestra Comunidad, por segunda vez consecutiva.

Comenzaremos el repaso de la actividad no legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha durante este año 2.007, con un breve análisis de su labor llevada a cabo a través de los Debates Generales, esto es, mediante las Resoluciones aprobadas en virtud de éstos. A este efecto y como viene siendo tradicional en esta publicación, seguiremos un orden sistemático en función de las materias objeto de dichos Debates. Así, pueden señalarse las siguientes:

* *En materia de educación y cultura:* en esta ocasión han sido aprobadas dos Resoluciones acerca del inicio del curso escolar y de la informatización de los centros educativos:

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General para informar sobre el inicio del curso escolar 2007-2008 en Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 9, de la VII legislatura, de 25 de septiembre de 2007)

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el Plan de Informatización de centros educativos y el Proyecto de conectividad integral (BOCCLM núm. 219, de 22 de febrero de 2007)

* *En materia de agua, agricultura, suelo y medio ambiente:* sobre estos temas han sido aprobadas dos Resoluciones en relación a las campañas de incendios (incluimos la lucha contra incendios entre estas materias) y al sector ganadero:

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la campaña de incendios (BOCCLM núm. 22, de la VII legislatura, de 23 de noviembre de 2007)

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la situación del sector ganadero en Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 22, de la VII legislatura, de 23 de noviembre de 2007)

* *En materia de prestaciones sociales -vivienda, empleo y política social-:* una vez más este sigue siendo uno de los puntos centrales de la política del Gobierno de Castilla-La Mancha, siendo las resoluciones vertidas sobre estos temas las más numerosas, por constituir la vivienda, el empleo y los temas de política social los temas que más preocupan a los ciudadanos. Así, encontramos las siguientes:

- Sobre materia de vivienda:

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la política seguida por el Gobierno Regional en materia de vivienda (BOCCLM núm. 14, de la VII legislatura, de 19 de octubre)

- Sobre materia de empleo:

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la siniestralidad laboral en Castilla-La Mancha, y las políticas seguidas por el Gobierno en sus ámbitos territorial y competencial (BOCCLM núm. 10, de la VII legislatura, de 28 de septiembre de 2007)

- Sobre materia de política social, en general:

Resolución del Pleno de las Cortes relativa al Debate General sobre las actuaciones llevadas a cabo por el Gobierno de Castilla-La Mancha en relación con el asentamiento de ciudadanos rumanos en el municipio de “La Herrera” y sus efectos para la región (BOCCLM núm.9, de la VII legislatura, de 25 de septiembre de 2007)

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la política seguida por el Gobierno de Castilla-La Mancha en materia de Ayudas a las familias, en su ámbito territorial y competencial (BOCCLM núm. 10, de la VII legislatura, de 28 de septiembre de 2007)

Resolución del Pleno de las Cortes sobre el Informe de la Ley de Prevención de Malos Tratos y Protección a las Mujeres Maltratadas correspondiente al año 2006 (BOCCLM núm. 28, de la VII legislatura, de 17 de diciembre de 2007)

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la situación de la seguridad ciudadana en Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 217, de 16 de febrero de 2007)

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la Ley Orgánica de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres y su incidencia en Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 224, de 9 de marzo de 2007)

* *En materia de medidas destinadas a la juventud:* aunque las medidas destinadas a la protección, ayudas e integración de la juventud podrían incluirse entre las medidas de prestación social, hemos considerado más oportuno reflejarlas como medidas específicas por tratarse de un sector social específico para el que se elaboran planes y medidas de ayuda también específicos, como los que se observan en las siguientes Resoluciones:

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre las repercusiones para Castilla-La Mancha del Borrador del Anteproyecto de Ley de Medidas Sanitarias para la Protección de la Salud y la Prevención del Consumo de Bebidas Alcohólicas por Menores (BOCCLM núm. 215, de 9 de febrero de 2007)

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre los efectos que tendrá en nuestra Comunidad la aplicación de las medidas conteni-

das en el Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación de los jóvenes (BOCCLM núm. 28, de la VII legislatura, de 17 de diciembre de 2007)

* *En materia de economía e industria:* en esta ocasión, se han aprobado Resoluciones relacionadas con algunos de los sectores económicos más fuertes en nuestra Región, tales como el turismo, el sector vitivinícola o medidas relacionadas con el sector público:

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la evolución del turismo en la Región durante el periodo actual (BOCCLM núm. 14, de la VII legislatura, de 19 de octubre de 2007)

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la situación actual de la legislación del sector público de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 22, de la VII legislatura, de 23 de noviembre de 2007)

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General al objeto de analizar y estudiar la propuesta de reforma de la OCM del sector vitivinícola y su incidencia para Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 6, de la VII legislatura, de 3 de septiembre de 2007)

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la presencia de Castilla-La Mancha en FITUR y su incidencia en el turismo de la Región (BOCCLM núm. 217, de 16 de febrero de 2007)

* *En otras materias:* en este apartado incluimos las Resoluciones referidas a los más variados ámbitos (político, legislativo, otros sectores no reflejados...) aprobadas:

Resolución del Pleno de las Cortes de Castilla-La Mancha, como consecuencia del debate y votación acumulado, de la Proposición no de Ley 07/PNLP-0004, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, relativa a la creación de una Comisión Permanente Legislativa para la Reforma de la Ley Electoral de Castilla-La Mancha y del Debate General sobre la situación actual de la legislación electoral de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 19, de la VII legislatura, de 13 de noviembre de 2007)

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el Diálogo Social en Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 22, de la VII legislatura, de 23 de noviembre de 2007)

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre los acuerdos alcanzados en la III Conferencia de Presidentes Autonómicos celebrada el día 11 de enero (BOCCLM núm. 217, de 16 de febrero de 2007)

En cuanto a las Proposiciones No de Ley, durante el periodo de 2007, a diferencia del anterior, la actividad no legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha ha sido muy escasa, encontrando tan sólo la siguiente: PNL relativa a enfermedades cardiovasculares atribuibles a la obesidad abdominal, presentada por los Grupos Parlamentarios Socialista y Popular (BOCCLM núm. 226, de 19 de marzo de 2007)

Durante este periodo, coincidiendo con la formación de nuevo gobierno, también se ha procedido a la elección de importantes cargos en la Región, tales como el Síndico de Cuentas o el Defensor del Pueblo. Respecto a la elección del Síndico de Cuentas de Castilla-La Mancha, fue elegido D. Miguel Ángel Cabezas de Herrera Pérez, el 22 de noviembre de 2007 (BOCCLM núm. 22, de la VII legislatura, de 23 de noviembre de 2007). Respecto al Defensor del Pueblo, fue elegido por mayoría absoluta D. José Manuel Martínez Cenzano, el 13 de diciembre de 2007 (BOCCLM núm. 27, de la VII legislatura, de 14 de diciembre de 2007)

Por su parte, y como cada año, es importante destacar el Informe anual emitido por la Defensora del Pueblo en relación con la actividad de su institución en la Región. En esta ocasión, el Informe Anual de 2006 de la Defensora del Pueblo, se presentó como cierre de su mandato ante su inminente renovación (BOCCLM núm. 227, de 26 de marzo de 2007)

Además, hemos de hacer mención a ciertos pronunciamientos o acuerdos de las Cortes de Castilla-La Mancha tales como: Declaración Institucional con motivo del Día Internacional para la eliminación de la Violencia de Género (BOCCLM, núm. 22, de la VII legislatura, de 25 de noviembre de 2007); o la aprobación de Propuesta de Reforma de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 212, de 30 de enero de 2007), de acuerdo con lo establecido en el artículo 159 del Reglamento de la Cámara.

**ACTIVIDAD DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA
MANCHA EN MATERIA CONSTITUCIONAL Y ESTATUTARIA**

Joaquina Guerrero Sanz

Letrada del Consejo Consultivo
de Castilla-La Mancha

Un año más, este trabajo pretende recoger la doctrina más relevante 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 dicho órgano 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 Calidad Agroalimentaria de Castilla-La Mancha, de Medios Audiovisuales de Castilla-La Mancha, y de Montes y Gestión Forestal Sostenible de Castilla-La Mancha.

En este periodo, el Consejo no se ha pronunciado sobre ningún recurso de inconstitucionalidad planteado por el Consejo de Gobierno de nuestra Comunidad, lo que constituye una excepción a lo que viene ocurriendo en años anteriores.

Siguiendo el modelo de las exposiciones realizadas en otras ocasiones, 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.

Dictámenes sobre anteproyectos de Ley

- Dictamen número 16/2007, de 9 de enero, solicitado por el Consejero de Industria y Tecnología, sobre el anteproyecto de Ley de Modificación de la Ley de Medios Audiovisuales de Castilla-La Mancha.

En la Memoria que se acompañaba al anteproyecto de Ley sometido a dictamen se señalaban como objetivos de la norma los siguientes: elevar al rango adecuado la regulación en nuestra región del ejercicio del derecho a informar y a recibir información veraz por estos medios; establecer el organismo regulador y las reglas que ha de aplicar; adaptar nuestro ordenamiento a la regulación básica estatal, que establezca un régimen sancionador; y, por último, una regulación adecuada del régimen de las concesiones o autorizaciones.

Tres fueron las observaciones de carácter esencial que se efectuaron al texto de la norma sometida a dictamen.

La primera de ellas se refirió al régimen sancionador aplicable a las actividades de difusión audiovisual sujetas al ámbito de aplicación del anteproyecto, recogido en su Título V. Los artículos 68, 69, 70 y 71 tipificaban las conductas constitutivas de infracciones como muy graves, graves o leves, y el artículo 72 determinaba las correspondientes sanciones.

El dictamen emitido ponía de manifiesto que *“El repaso de la normativa básica estatal [...] hace posible advertir que existen normas de carácter sancionador en las disposiciones relativas a la regulación de la televisión privada –artículos 24 y 25 de Ley 10/1988, de 3 de mayo, aplicable a la televisión de ámbito autonómico por virtud de lo previsto en el artículo 4. 2 del Real Decreto 945/2005, de 29 de julio–, de la televisión local por ondas terrestres –artículos 16 y 17 de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre– y de las obligaciones y prohibiciones aplicables a todo tipo de radiodifusión televisiva en materia de producción europea propia, restricciones a la publicidad y televenta, protección de los menores e información a los usuarios sobre la programación –artículos 19 y 20 de la Ley 25/1994, de 12 de julio–. Asimismo, existe un precepto de carácter sancionador aislado que afecta transversalmente a todos los medios de radiodifusión y televisión por ondas terrestres, que se halla localizado en el todavía vigente artículo 25.1 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones 31/1987, de 18 de diciembre, en el que se establece –versión actual, extraída de la Ley 10/2005, de 14 de junio– que el incumplimiento del requisito de obtener la previa concesión administrativa para la prestación de dichos servicios públicos “se tipifica como infracción muy grave y dará lugar a la aplicación del oportuno régimen sancionador, pudiendo adoptarse como medida de carácter provisional el cierre de la actividad. Esta infracción implicará una multa económica entre 6.000 y 1.000.000 de euros [...].” De otro lado, las vicisitudes acaecidas en la evolución de la regulación estatal sobre telecomunicaciones y medios de difusión audiovisual –en concreto, el singular tratamiento dado a la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, que hoy está derogada íntegramente, salvo unos pocos preceptos que vienen siendo objeto de continua modificación–, permiten llegar a la conclusión de que en la actualidad no existe normativa básica estatal que contenga un régimen sancionador específico aplicable a los ámbitos de la radiodifusión sonora de frecuencia modulada y de la radio y televisión por*

able, en donde la regulación autonómica, por tanto, no se hallaría constreñida por la observancia de lo determinado en la legislación estatal.

El panorama descrito con anterioridad ya deja entrever la dificultad que conlleva cualquier tentativa autonómica de instaurar un régimen sancionador común aplicable a todas las diferentes áreas de regulación indicada –que refunda el establecido por el Estado a través de diversas normas básicas y el previsto por la Comunidad Autónoma– y, si bien la problemática relativa a la adecuada tipificación de infracciones podría quedar solventada con un minucioso seguimiento y reproducción de cada uno de los tipos de infracción y particularidades configurados por la normativa básica estatal, lograr una homogeneidad en la tabla de sanciones constituye empresa aún más difícil, toda vez que los cuadros de sanciones económicas establecidos en cada una de las leyes estatales precitadas recogen diferentes tramos de cuantías que no coinciden, en ningún caso, con las determinaciones acogidas en el artículo 72.1 del anteproyecto.

La cuestión suscitada ha sido tratada en varias ocasiones por la jurisprudencia constitucional, incluso dentro del ámbito de los medios audiovisuales y las telecomunicaciones abordado por la tan citada Ley 31/1987, de Ordenación de las Telecomunicaciones –véase, FJ 8 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 168/1993, de 27 de mayo–, pudiendo hacerse alusión, para recoger doctrina más reciente, a lo señalado en la Sentencia 157/2004, de 21 de septiembre, en cuyo fundamento jurídico 15 se manifiesta: “Para abordar el enjuiciamiento del art. 72.1 tenemos que partir de nuestra doctrina sobre la potestad sancionadora de las Administraciones públicas, respecto de la cual hemos señalado en el fundamento jurídico 8 de la STC 124/2003, de 19 de junio (RTC 2003, 124), que: «debe señalarse ante todo su carácter instrumental respecto del ejercicio de las competencias sustantivas, como hemos declarado en diversas resoluciones (SSTC 48/1988, de 22 de marzo , F. 25; 227/1988, de 29 de noviembre , F. 29; 96/1996, de 30 de mayo, F. 7). De ahí que las Comunidades Autónomas puedan adoptar normas administrativas sancionadoras cuando tengan competencia sobre la materia sustantiva de que se trate, debiendo acomodarse las disposiciones que dicten a las garantías constitucionales dispuestas en este ámbito del Derecho administrativo sancionador (art. 25.1 CE), y no introducir divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio (art. 149.1.1 CE; SSTC 87/1985, de 16 de julio, F. 8; 196/1996, de 28 de noviembre, F. 3). La regula-

ción de las infracciones y sanciones que las Comunidades Autónomas lleven a cabo estará pues limitada por los principios básicos del ordenamiento estatal (RTC 227/1988, de 29 de noviembre , F. 29) y, en todo caso, habrá de atenerse a lo dispuesto en el art. 149.1.1 CE; de igual modo el procedimiento sancionador habrá de ajustarse al "administrativo común", cuya configuración es de exclusiva competencia estatal (art. 149.1.18 CE), sin que ello implique que toda regulación del Derecho administrativo sancionador, por el hecho de afectar al ámbito de los derechos fundamentales, sea competencia exclusiva del Estado (STC 87/1985, de 16 de julio, F. 8)".

La doctrina anterior no es óbice para que en determinados casos en que las Comunidades Autónomas han dictado normas de índole sancionadora con incidencia sobre disposiciones de igual carácter aprobadas por el Estado con el rango de normativa básica, se haya admitido que está al alcance de aquéllas la introducción de diversas modulaciones en materia de tipificación de infracciones o de determinación de sanciones, siempre que dicho apartamiento de la regulación básica discurra dentro de ciertos límites.

En tal sentido cabe hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional 87/1985, de 16 de julio, en la que se significa: "Sin duda que la norma sancionadora autonómica habrá de atenerse a lo dispuesto en el art. 149.1.1 CE, de modo que no podrá introducir tipos ni prever sanciones que difieran, sin fundamento razonable, de los ya recogidos en la normación válida para todo el territorio. Y también es cierto que el procedimiento sancionador habrá de atenerse al «administrativo común», cuya configuración es de exclusiva competencia estatal (art. 149.1.18 CE). Pero, dentro de estos límites y condiciones, las normas autonómicas podrán desarrollar los principios básicos del ordenamiento sancionador estatal, llegando a modular tipos y sanciones –en el marco ya señalado–, porque esta posibilidad es inseparable de las exigencias de prudencia o de oportunidad, que pueden variar en los distintos ámbitos territoriales. Por lo que aquí importa, y ya que lo impugnado es la modificación en las sanciones, puede decirse que la norma autonómica no infringirá lo dispuesto en el art. 149.1.1 si se limita a sancionar, aunque de distinto modo, una conducta también considerada ilícita en el ordenamiento general y si tal sanción se proyecta sobre un bien (el reconocido en el art. 38 CE, en este caso) que no es distinto del también afectado por el derecho sancionador estatal, sin llegar a afectar a otros derechos constitucionalmente reconocidos."

En esta misma línea argumental abunda lo señalado en la posterior Sentencia 96/1996, de 30 de mayo, FJ 5, en el que el alto Tribunal señala: “El Gobierno Vasco entiende que, al salvar en el plano legislativo «la posibilidad de tipificación por las Comunidades Autónomas, como muy graves, graves o leves, de otras infracciones de sus propias normas en materia de ordenación y disciplina», la Ley implica que el régimen sancionador establecido por la normativa estatal queda agotado, sin que la legislación vasca pueda llevar a cabo un desarrollo normativo de las propias normas básicas estatales. [] La alegación no puede ser aceptada. El inciso final del art. 42.1 LDIEC se limita a reconocer que las Comunidades Autónomas con competencia legislativa en materia de Cajas de Ahorro y Cooperativas de crédito pueden tipificar infracciones distintas a las enumeradas en la Ley estatal, como garantía del cumplimiento de sus propias normas de ordenación y disciplina. Este reconocimiento no afecta a la cuestión, bien distinta, de si las Comunidades Autónomas han de atenerse a la literalidad de las infracciones y sanciones establecidas por la misma Ley 26/1988, o pueden modularlas, según las exigencias de prudencia u oportunidad presentes en los distintos ámbitos territoriales, y con respeto a las exigencias de reserva de ley y de claridad normativa que emanan del art. 25 CE, y de la prohibición de divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio que se asienta en el art. 149.1.1 CE (SSTC 87/1985, fundamento jurídico 8º y 48/1988, fundamento jurídico 25). Por lo que la impugnación debe ser desestimada.”

A raíz de dicha doctrina, puede alcanzarse la conclusión de que la capacidad de configuración de un régimen sancionador por el legislador autonómico con incidencia sobre ámbitos sustantivos concretos donde también opere y tenga incidencia un régimen sancionador estatal dotado de la condición de normativa de carácter básico, debe tener como límite que los criterios de tipificación utilizados por la legislación autonómica no puedan suponer que determinadas conductas constitutivas de infracción según la regulación estatal dejen de ser conceptuadas como tales, que reciban una calificación de distinta gravedad infundada o generadora de divergencias irracionales y desproporcionadas, o que puedan dar lugar a la imposición de sanciones que, apartándose de las previsiones establecidas al efecto por la normativa básica estatal, no queden amparadas por las posibilidades de modulación ineludiblemente asociadas a las exigencias de prudencia o de oportunidad, que pueden variar en los distintos ámbitos territoriales. Ello, por

supuesto, sin perjuicio de que el legislador autonómico pueda agregar nuevos tipos de infracción tendentes a la punición de incumplimientos de obligaciones impuestas únicamente por la regulación autonómica o a ocupar ámbitos sustantivos sancionadores donde no exista regulación básica estatal.

Partiendo de esta máxima, el cotejo minucioso de los listados de infracciones tipificados en la legislación básica estatal previamente identificada permite detectar, cuando menos, algún supuesto en el que la comisión de determinados hechos dentro de algún ámbito audiovisual concreto puede dar lugar a medidas sancionadoras claramente diferentes de las que corresponderían dentro de los márgenes impuestos por dicha regulación estatal.”

Después de citar determinados supuestos en los que se producían contravenciones de la normativa básica estatal en la materia, el Consejo concluyó que *“estando al alcance del legislador autonómico hacer uso de las posibilidades de modulación admitidas por la citada doctrina del Tribunal Constitucional, la introducción de modificaciones que supongan una alteración significativa de los tipos infractores o de los cuadros de sanciones configurados en la legislación básica estatal, sin visible sujeción a las pautas establecidas por la doctrina del Tribunal Constitucional, constituye una práctica normativa de considerable riesgo, a ponderar caso por caso, cuyo uso infundado puede poner en compromiso la constitucionalidad de la regulación proyectada.”*

La segunda de las observaciones de carácter esencial realizadas en el dictamen, relacionada igualmente con la discrepancia tipológica cuestionada en el reparo anterior, se ocupaba de los artículos 69.1. j) (que prevenía que constituye falta muy grave *“la comisión, en el plazo de un año, de dos o más infracciones graves cuando así se haya establecido por resoluciones firmes”*) y 70.1.e) (según el cual será infracción grave *“la comisión, en el plazo de un año, de dos o más infracciones leves cuando así se haya establecido por resoluciones firmes”*), que definían dos tipos de infracciones vinculados a la repetición de conductas en la comisión de infracciones.

El Consejo consideró que *“el anteproyecto de Ley tampoco ha realizado una transcripción literal de los tipos infractores análogos radicados el artículo 24, apartados 2.g) y 3.g) de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, y 20.2, párrafo tercero, de la Ley 25/1994, de 12 de julio, en donde la conducta punible se define como*

la comisión de una infracción muy grave o grave, cuando se hubiere sido sancionado en el plazo de un año por dos o más infracciones de menor, igual o superior gravedad –según los casos–, redacciones que no merecerían el reproche de inconstitucionalidad que se formula a continuación respecto de lo previsto en el anteproyecto de Ley.

Para ello, basta traer a colación lo dicho en la Sentencia del Tribunal Constitucional 188/2005, de 7 de julio, en el que se analizaba la viabilidad de un precepto de similar contenido al de los dos aquí examinados, en la que se declaraba: “4.- [...] el precepto cuestionado pretende castigar hechos realizados por un mismo sujeto ya sancionados previamente, o, en otros términos más directos, concurre en él el elemento relativo a la identidad de hechos exigido para la aplicación del principio non bis in ídem. Y es que, en efecto, el tipo impugnado no sanciona una acción o unas acciones nuevas de un mismo infractor –realmente no se requiere un nuevo comportamiento ilícito de uno de los sujetos sometidos al ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 2/1986 (RCL 1986, 788)–, sino que se persigue sancionar, siguiendo un procedimiento disciplinario específico, hechos anteriores que tienen la particularidad de haber sido castigados previamente por la Administración con la imposición de tres sanciones disciplinarias graves tras la conclusión de los correspondientes procedimientos sancionadores.”; concluyendo su fundamento jurídico 6: “En definitiva, el art. 27.3.j) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo (RCL 1986, 788), de fuerzas y cuerpos de seguridad, al tipificar como falta disciplinaria muy grave el «[H]aber sido sancionado por la comisión de tres o más faltas graves en el período de un año», resulta contrario a la garantía que representa el principio non bis in ídem en su vertiente material o sustantiva, en la medida en que mediante dicho precepto se posibilita la duplicidad en el castigo a un determinado sujeto mediante la imposición de una doble sanción disciplinaria por la realización de unos mismos hechos, teniendo dichas sanciones un mismo fundamento. Y, dado que para la imposición de la sanción por la infracción muy grave tipificada en el precepto cuestionado es necesario seguir un nuevo procedimiento disciplinario distinto a los cumplimentados para la imposición de cada una de las tres (o más) sanciones por la comisión de las tres (o más) faltas graves que integran el tipo cuestionado, existiendo entre ellas, tal y como ya hemos visto, una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, la aplicación de dicho precepto implicaría también una lesión del principio non bis in ídem, pero esta vez desde la perspectiva formal, procesal o, si se quiere más correctamen-

te, procedimental.”

Señalado lo anterior, debe significarse que los tipos infractores configurados en los dos preceptos del anteproyecto mencionados -artículos 69.1.j) y 70.1.e), incurrirán igualmente en la vulneración del principio de “non bis in ídem” reprobada por el Tribunal Constitucional, pues las conductas que se pretenden castigar con los mismos no derivan de actos nuevos que deban ser objeto de corrección, sino de la mera comisión de dos previas infracciones ya sancionadas por resolución firme.”

Por último, y como tercera observación de carácter esencial, en relación a la instauración de la tasa que era objeto de regulación en el Título VI del anteproyecto, se consideró ineludible *“introducir una referencia a la misma en el título de la Ley, no sólo por la trascendencia que dicha normativa presenta dentro de su articulado, sino porque la alusión a tal regulación tributaria en el título de la disposición constituye una exigencia que viene impuesta por lo señalado en el artículo 9.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en el que se establece que “las leyes y los reglamentos que contengan normas tributarias deberán mencionarlo expresamente en su título y en la rúbrica de los artículos correspondientes”.*

El anteproyecto presentado por el Gobierno, que fue finalmente aprobado por Ley 10/2007, de 29 de marzo, de Medios Audiovisuales de Castilla-La Mancha, adaptó el texto a las dos primeras consideraciones esenciales descritas, y no atendió a la última de las observaciones efectuadas respecto al título de norma.

- Dictamen número 17/2007, de 31 de enero, solicitado por el Consejero de Agricultura, sobre el anteproyecto de Ley de Calidad Agroalimentaria de Castilla-La Mancha.

Los objetivos de este Anteproyecto de Ley consistían en definir las figuras de calidad en que pueden ampararse los operadores de productos agroalimentarios de calidad diferenciada, siendo estas figuras de calidad el instrumento necesario para fomentar, potenciar y garantizar los productos agroalimentarios de calidad diferenciada; regular el marco de los órganos de gestión y entidades de control de los productos agroalimentarios de calidad diferenciada; asegurar la protección de los derechos y legítimos intereses de los productores agrarios, de los operadores económicos, de los profesionales del sector agroalimentario y de los consumidores finales; establecer las obligaciones de los operadores económicos

y de los profesionales del sector agroalimentario y regular la inspección, el control y el régimen sancionador en materia de calidad y conformidad agroalimentaria; y por último, contribuir a la promoción de los productos de calidad diferenciada en el mercado interno e internacional, y preservar y revalorizar el patrimonio de los productos agroalimentarios de calidad diferenciada de Castilla-La Mancha.

Varios fueron los preceptos del proyecto sometido a dictamen a los que el Consejo formuló reparos de carácter esencial, por considerar que su contenido normativo pudiera ser contrario a la Constitución, a la legislación europea o a las normas básicas estatales.

En primer lugar, el artículo 8.1 de la norma configuraba los nombres geográficos protegidos y las denominaciones geográficas como bienes de titularidad pública, añadiendo que no podían ser objeto de apropiación individual, venta, enajenación o gravamen.

El Consejo hacía referencia a la consagración de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre bienes de dominio público y sobre denominaciones de origen, recogiendo que *“esta influencia jurisprudencial se pone de manifiesto a partir de las Sentencias del Tribunal Constitucional 77/1984, de 30 de julio, 227/1988, de 29 de noviembre, 227/1988, de 29 de noviembre, 103/1989, de 8 de junio, y 149/1991, de 4 de julio. En efecto, la Sentencia 227/1988 declaró que la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico "iure privato". () En dicho sentido, la Sentencia 149/1992, de 4 de julio, reiterando lo proclamado en las Sentencias 77/1984, de 30 de julio y 227/1988, de 29 de noviembre, advierte que la titularidad del dominio público no es en sí misma un criterio de delimitación competencial y, en consecuencia, la naturaleza demanial no aísla a la porción del territorio así caracterizado de su entorno ni la sustrae de las competencias que sobre ese espacio corresponden a otros entes públicos que no ostentan esa titularidad. () Por su parte, la Sentencia 211/1990, de 20 de diciembre, del Tribunal Constitucional advirtió que, a diferencia de la propiedad industrial, que presuppone un derecho individualizado de utilización exclusiva, la denominación de*

origen se caracteriza por no ser "apropiable", objeto de propiedad individualizada o colectiva. La existencia de un concepto y una regulación autónoma de la denominación de origen, diferente de la propiedad industrial, encuentra también reflejo en el plano internacional. En suma, la denominación de origen es un atributo que refleja la vinculación existente entre un lugar y un producto, cuya característica de calidad se conecta al medio geográfico en que se produce. Se trata de una figura que no puede definirse por la materia a la que se aplica, de modo que tanto la experiencia española como la de otros países conocen denominaciones de origen de productos tradicionales vinculados al lugar geográfico no alimenticios o agrícolas, por ejemplo, cerámica, paños, tapices, bordados, mármoles, etc."

En atención a la doctrina indicada, si bien se consideraba correcto desde el plano constitucional y comunitario dotar a las denominaciones de origen y las indicaciones geográficas protegidas de la categoría de bien demanial de titularidad pública, se formuló reparo esencial al inciso quedan protegidos ante *"usos diferentes a los regulados en la presente Ley"*.

La redacción examinada contravenía el artículo 13 del Reglamento 510/2006 que sólo otorgaba protección de Denominación de Origen Protegida (DOP) o Indicación Geográfica Protegida (IGP) frente a los productos que sean *"comparables"* a los registrados pero no *"frente a usos diferentes a los regulados en la presente Ley"*, que *"es dicción que parece que abarca todos los usos, en general, cuestión que además de contravenir el ordenamiento comunitario al respecto puede confundir y hacer pensar que el hecho de que por ejemplo se pueda registrar el mazapán de Toledo, este registro impida que un coche pueda llamarse también "Toledo". De manera que la adecuación a la normativa comunitaria implicaría una redacción que concretara que la protección se otorga frente a "otros productos de la misma o similar naturaleza distintos de los amparados"*.

Por su parte, el artículo 11, titulado *"Procedimiento de reconocimiento de las denominaciones de origen protegidas y las indicaciones geográficas protegidas"*, en su apartado 3 recogía una habilitación reglamentaria, si bien nuestra Comunidad Autónoma carecía de título competencial para establecer *"el procedimiento de inscripción en el registro de la Comunidad Europea de denominaciones de origen protegidas o de indicaciones geográficas protegidas y en su caso el procedimiento de modificación"*, que era una competencia ejecutiva que

detentaba en exclusiva la Comisión Europea y que ya había desarrollado mediante la publicación del Reglamento (CE) n° 1898/2006 de la Comisión, de 14 de diciembre, que establecía las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 510/2006, del Consejo de 20 de marzo, sobre la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios. En consecuencia, señalaba el dictamen que *“si atendemos a la redacción actual de este precepto que remite a un desarrollo reglamentario, sin ninguna matización, el procedimiento de inscripción en el Registro de las Comunidades Europeas contravendría lo establecido en los reglamentos comunitarios precitados.”*

Asimismo, el artículo 33.7, que recogía el concepto de órgano de gestión, contenía una disposición que resultaba una intromisión en un organismo que se rige íntegramente por las normas del Derecho Civil, cuando señalaba que reglamentariamente se debían establecer las mayorías cualificadas necesarias para la adopción de acuerdos y decisiones por el órgano de gestión, y ello porque *“muchos de sus acuerdos y decisiones pueden no guardar relación directa con la normativa que se regula en el anteproyecto de Ley, por lo que la habilitación reglamentaria contenida en dicho apartado debe limitarse a aquello que pueda tener una trascendencia en el ámbito material objeto de regulación por la Ley.”*

Seguidamente, el artículo 63, que tipificaba las infracciones graves, en sus apartados 4 y 7 se utilizaban términos jurídicos indeterminados tales como *“inmediatamente”* y *“adecuados”*. El Consejo consideró en su dictamen que *“si la utilización de conceptos jurídicos indeterminados es criticable en la redacción de las normas en general, en materia de régimen sancionador dichos términos deben considerarse proscritos si su concreción no es factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia que permitan prever con suficiente seguridad la naturaleza y características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada. Como dijo el Tribunal Constitucional en su Sentencia 26/1994, de 27 de enero (RTC 1994,26), el principio de seguridad jurídica que rige en el derecho administrativo sancionador “supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (“lex previa”) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (“lex certa”) aquellas conductas, y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción”, lo que hace recaer sobre el legislador el*

deber de configurar las leyes sancionadoras con el máximo esfuerzo para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito proscrito y prever las consecuencias de sus acciones, lo que supone, según dijo el Tribunal Constitucional en la Sentencia 100/2003, de 2 de junio (RTC 2003,100), que “esta garantía conlleva la inadmisibilidad de formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y del juzgador”.

Por todo ello, se entendió que en el punto 4 de este artículo debía sustituirse el término “*inmediatamente*” por otra expresión que determinase el momento desde el que la no comunicación de las materias o elementos que no cumplieran la legislación en materia de calidad y conformidad se consideraba como infracción. Y en el mismo sentido, debía delimitarse qué se entiende por “*procedimientos de trazabilidad adecuados*”, bien mediante una determinación de los mismos o bien mediante algún tipo de referencia que permitiera prever cuando dichos procedimientos no eran los adecuados.

El artículo 67, apartado c), por su parte, utilizaba la reincidencia como elemento de tipicidad y de graduación de las sanciones. La consideración del concepto de reincidencia, aunque sin denominarlo así expresamente, se usaba como elemento de tipicidad en el artículo 63.28 para calificar como grave la comisión de una infracción leve, cuando se hubiera sido sancionado por resolución firme por otra infracción leve cometida en los tres años anteriores, al igual que se hacía en el artículo 65.9 para calificar como muy grave una infracción cuando se hubiera sido sancionado por resolución firme por otra infracción grave cometida en los tres años anteriores. En cambio, en el artículo 67 se consideraba la reincidencia como un criterio de graduación de las sanciones para las faltas muy graves.

El Consejo consideró que “*la opción seguida en la redacción del anteproyecto de Ley en esta cuestión, se encuentra dentro del marco predeterminado en los artículos 129 y 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, conforme ya se ha dicho por este Consejo Consultivo en otros dictámenes, entre ellos, el 59/2002. Sin embargo, habiéndose optado por este sistema mixto en la consideración de la reincidencia, su concreta plasmación debe ajustarse a los términos contemplados en el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en la que se dice que en la imposición de las sanciones se debe-*

rá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar: “c) la reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así se haya declarado por resolución firme”. Consiguientemente, el plazo de tres años que se establece en la letra c) del artículo 67 para la consideración de la reincidencia no se adecua a lo establecido en el artículo 131.3.c), que al tener el carácter de norma básica vincula a todas las Administraciones Públicas, por lo que debe ser modificado en ese sentido.”

Por último, la Disposición Final Tercera, además de facultar al Consejo de Gobierno para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y ejecución de la Ley, habilitación innecesaria dado que en el artículo 13 Uno del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha ya le atribuía la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, que consisten precisamente en desarrollar y ejecutar las leyes, contenía una amplia habilitación al Consejero competente en materia de agricultura para el desarrollo reglamentario de la Ley. El dictamen consideró que *“teniendo en cuenta la habilitación conferida en esta disposición adicional, más la que de forma directa se efectúa en el artículo 32.3 del anteproyecto, resulta que al titular de la Consejería competente en materia de agricultura se le confiere potestad reglamentaria para desarrollar aspectos de la Ley que en algunos casos afectan a derechos o intereses de los ciudadanos (sirvan de ejemplo las tramitaciones contenidas en los artículos 17.3, 20.3, 23.3, 32.3,). Se considera, por ello, necesario revisar las habilitaciones en su globalidad porque de otra forma alguno de los reglamentos que apruebe el Consejero podrían incurrir en nulidad.”*

El anteproyecto sometido a dictamen del Consejo Consultivo fue aprobado mediante Ley 7/2007, de 15 de marzo, de Calidad Agroalimentaria de Castilla-La Mancha, atendiendo en el texto definitivamente aprobado a los reparos esenciales puestos de manifiesto.

- Dictamen número 18/2007, de 31 de enero, solicitado por el Consejero de Medio Ambiente y Desarrollo Rural, sobre el anteproyecto de Ley de creación del organismo autónomo Espacios Naturales de Castilla-La Mancha.

La finalidad principal de la norma sometida a la consideración del Consejo

Consultivo se justificaba en que la creación del Organismo Autónomo Espacios Naturales de Castilla-La Mancha, además de dar respuesta a las diversas cuestiones declaradas inconstitucionales en virtud de la Sentencia 194/2004, de 10 de noviembre, sería el encargado de gestionar la Red Regional de Áreas Protegidas y de los Recursos Naturales. Por otro lado, se modificaban una serie de aspectos puntuales de la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de Conservación de la Naturaleza, con el fin de subsanar ciertas deficiencias referidas a la transposición de las Directivas 79/409/CEE y 92/43/CEE, y solucionar algunas dificultades que se habían suscitado en la aplicación del mecanismo de protección recogido en el artículo 6 del Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, por el que se establecían medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitat naturales y de la fauna y flora silvestres; y atender a los modificaciones introducidas por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental, en relación con el establecimiento de medidas compensatorias para proyectos del Estado en la Red Natura 2000.

El dictamen emitido sobre el citado anteproyecto introdujo una consideración, con carácter general, sobre el veloz crecimiento de la Administración Institucional en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Así, conforme ya tuvo ocasión de señalar el Consejo en sus dictámenes 93/2006 de 14 de junio y 223/2007, de 13 de diciembre, *“el relativamente reciente surgimiento de la llamada Administración institucional de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, y su veloz crecimiento unido a la carencia de una norma legal autonómica que establezca las causas que puedan dar lugar a la creación de nuevos entes públicos y determine la naturaleza jurídica que deben tener cada uno de ellos dentro de las diversas categorías que existen en el mundo del derecho, regulando al mismo tiempo sus caracteres, directrices comunes de su organización, régimen jurídico y su integración y relaciones con la Administración general autonómica –al modo en que se efectúa en el Título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que sólo resulta de aplicación a los organismos públicos creados por ésta–, recomiendan “la observación de criterios de prudencia y racionalidad en el empleo de dichas fórmulas organizativas, considerando que la constitución de tal clase de entes ha de venir justificada, en cada caso, por beneficios tangibles ligados a mejoras en los sistemas de gestión*

de los servicios y a la mayor eficacia de las estructuras organizativas. Así, la justificación de estos extremos reviste una importancia primordial en la motivación de las iniciativas de esta índole, demandando su adecuado tratamiento en las Exposiciones de Motivos de las disposiciones tendentes a su creación.”

Continuó el dictamen indicando que *“en el presente caso, la creación del nuevo ente tiene su principal justificación en la necesidad de asumir por parte de la Comunidad Autónoma la gestión de los Parques Nacionales a la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional expresada en su Sentencia 194/2004, de 10 de noviembre, cuyo contenido ya ha sido resumido en la consideración precedente. En este sentido este Consejo no puede dejar de llamar la atención ante dos cuestiones principales que suscita la creación del Organismo Autónomo: en primer lugar, la amplitud de competencias que pretende asumir, puesta de manifiesto en los artículos 2 y 30 del anteproyecto al atribuirle la “planificación, conservación, gestión, tutela, promoción y seguimiento de áreas protegidas y recursos naturales que la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de Conservación de la Naturaleza, atribuye a la Consejería competente en medio ambiente”, así como “las competencias de la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de Conservación de la Naturaleza en materia de áreas y recursos naturales protegidos no referidas en el artículo 2”; y en segundo lugar, la necesidad de prever la transferencia de todas las competencias que en materia de gestión de parques nacionales venía ostentando la Administración General del Estado, con la consiguiente subrogación por esta nueva persona jurídica en los derechos y obligaciones que hasta ahora ostentaba aquélla, y con las consiguientes transferencias de personal y bienes de una al otro; operación siempre compleja de realizar si no está suficientemente analizada y programada. () Junto a la creación del citado Organismo Autónomo el anteproyecto aborda un contenido diferenciado consistente en la modificación de determinados preceptos de la Ley 9/1999, de 26 de mayo, que se aborda en la disposición adicional tercera, modificación que obedece a la necesidad de adaptar plenamente la Ley autonómica tanto a las Directivas comunitarias 1979/409/CEE, de 2 de abril, y 1992/43/CEE, de 21 de mayo, como a la normativa básica estatal ya citada en la consideración precedente. () Ante este segundo contenido del anteproyecto, plenamente diferenciado y ajeno a lo que constituye la creación del Organismo Autónomo, este Consejo no puede dejar de apuntar la conveniencia de que hubiera sido tratado en un anteproyecto de Ley diferenciado, opción que, desde un punto de vista abstracto, se muestra plenamente justificada tanto por la necesidad de respetar*

el principio de división material del ordenamiento jurídico, como por facilitar notablemente el conocimiento y localización de las modificaciones producidas. Atendiendo a la modificación en particular deben citarse, además, como razones que igualmente abonan la conveniencia de escindir el anteproyecto en dos textos diferenciados, en primer lugar la entidad de la modificación que afecta a un total de 20 preceptos de la Ley, y en segundo lugar la existencia de un Capítulo como el II, “Planificación”, incluido a su vez en el Título II del anteproyecto, regulador de las normas generales de aplicación a los Planes Rectores de Uso y Gestión de los Parques Nacionales, cuyo contenido, –siguiendo lo ya apuntado por el Consejo Económico y Social en su dictamen– tendría un mejor acomodo en la citada Ley 9/1999, de 26 de mayo, en concreto en la Sección 3ª del Capítulo I del Título III de la Ley, referida a la “Planificación de los espacios naturales protegidos”. () Sin ánimo de profundizar en la crítica a la opción legislativa escogida por quien tiene capacidad de iniciativa, a través de proyecto, incluso parece que a tenor del contenido cualitativo y cuantitativo del mismo, hubiera sido más lógico en busca de la razonable utilización y conocimiento de las normas por parte del operador jurídico, que las innovaciones contenidas en esta propuesta fueran concretadas en exclusiva a través de la modificación de la Ley 9/1999, de Conservación de la Naturaleza. () Así, la calidad del sistema jurídico de la Comunidad Autónoma hubiera ganado en concreción y sistematismo si el organismo autónomo que es el centro de la regulación, hubiera sido incorporado a través de un nuevo título en la mencionada ley, sin necesidad de la búsqueda de dos textos (de los cuales uno, el que se somete a nuestra consideración, trata un órgano de la máxima importancia pero cuya razón de ser no es otra que contribuir desde los aspectos de gestión y ejecución a los fines de la Ley 9/1999). Por todo ello, no desmerecería la consideración del Organismo Autónomo, el ser regulado como parte de la norma protectora y generalista.”

Por lo demás, tan sólo se realizó una observación de carácter esencial al contenido del proyecto, referida al apartado 3 del artículo 20, que exigía la previa autorización del Organismo Autónomo para todo proyecto, plan o programa de obras, trabajos o aprovechamientos que se pretendieran realizar en un Parque Nacional y no figurasen regulados por el Plan Rector de Uso y Gestión. El Consejo consideró que “*la regulación del precepto debería en consecuencia adaptarse a la Ley básica estatal incluyendo en su redacción el referido informe del Patronato. A estos efectos conviene tener presente que si bien el citado*

precepto estatal fue enjuiciado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 194/2004, de 10 de noviembre, declarando inconstitucional el inciso “y autorizado por la Comisión Mixta de Gestión”, por entender que la intervención aprobatoria de la Comisión Mixta de Gestión vulneraba las competencias autonómicas de gestión, dicho Alto Tribunal precisó que “la vulneración se limita a la intervención preceptiva de la Comisión Mixta, pues el resto de la regulación contiene una prescripción normativa materialmente básica por enderezarse a la mejor conservación del espacio natural”.

Y la vista de la discordancia existente entre el precepto examinado y el previsto por la Ley básica estatal se confirió a la indicada observación carácter esencial.

Tanto el proyecto que el Gobierno Regional remitió a las Cortes Regionales para su aprobación, como la Ley 11/2007, de 20 de marzo, de creación del Organismo Autónoma Espacios Naturales de Castilla-La Mancha tuvieron en cuenta el mencionado reparo de carácter esencial.

- Dictamen número 222/2007, de 27 de noviembre, solicitado por el Consejero de Ordenación del Territorio y Vivienda, sobre el anteproyecto de Ley de Creación de la Empresa Pública de Gestión de Suelo de Castilla-La Mancha.

Dos razones son las que justificaban la creación de la empresa pública citada. Por un lado, la gestión y urbanización del suelo, así como la promoción de viviendas de protección pública, que conllevaba una complejidad que hacía necesario que la administración autonómica se dotase de un instrumento ágil que permitiera una gestión más adaptada al sector económico, a fin de coadyuvar a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en la ejecución de los nuevos planes de vivienda con la finalidad de garantizar una vivienda digna y adecuada para todos los ciudadanos de nuestra comunidad autónoma. Y por otro, se perseguía la gestión del suelo necesario para el desarrollo económico de la Región, a cuyo efecto *“La creación, gestión y potenciación de suelo industrial aprovecharía a conseguir otro de los objetivos básicos”* definidos en el artículo 4 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, aprobado por la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto.

El Consejo Consultivo recordó que la decisión de crear la empresa pública

debía ir acompañada de prudencia y ponderación, pues, recordando el dictamen 12/2006, de 8 de febrero, *“la invocación de esta cautela normativa conlleva la sugerencia de analizar de manera concienzuda, antes de acometer la constitución de nuevas entidades; en primer término, la propia necesidad de recurrir a un ente de gestión personificado, como fórmula realmente favorecedora del desempeño de las funciones y cometidos del órgano promotor; en segundo lugar, el tipo de entidad instrumental que para cada supuesto resulte idóneo, atendiendo especialmente al eventual ejercicio de potestades administrativas que demande su actuación y al carácter –predominantemente administrativo o mercantil– de los servicios y actividades asumidos por la misma; y en tercer y último lugar, las peculiaridades normativas que en los diferentes órdenes materiales analizados sean requeridas por cada una de las entidades instrumentales proyectadas, ponderando debidamente las consecuencias que, desde una perspectiva de sistemática y seguridad jurídicas, traerá consigo la introducción de singularidades de configuración o funcionamiento que supongan un apartamiento del incompleto modelo general definido en nuestro ordenamiento autonómico”*.

Respecto al contenido del anteproyecto, en el dictamen se realizó una consideración de carácter esencial en cuanto a la regulación que de los recursos humanos del ente se recogía en su artículo 9.4.

Este precepto establecía que: *“Los funcionarios que pasen a prestar sus servicios en puestos directivos quedarán en la situación administrativa de servicios especiales, según lo previsto en el artículo 87.1.c) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”*. Después de recordar que la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público ha supuesto una modificación en materia de situaciones administrativas de los funcionarios públicos, al establecer en su artículo 87.1 que *“Los funcionarios de carrera serán declarados en situación de servicios especiales: [...] c) Cuando sean nombrados para desempeñar puestos o cargos en Organismos Públicos o entidades, dependientes o vinculados a las Administraciones Públicas que, de conformidad con lo que establezca la respectiva Administración Pública, estén asimilados en su rango administrativo a altos cargos”*, el Consejo Consultivo declaró que *“la condición que se establece en la actual normativa básica de función pública para poder declarar en la situación administrativa de servicios especiales a quienes sean nombrados para desempeñar puestos o cargos en una entidad dependiente de una Administración Pública, como es el caso de las*

empresas públicas, es que dicho puesto o cargo esté asimilado en su rango administrativo a los altos cargos.”

Se continuó expresando que *“la condición que se impone en la normativa básica para que los funcionarios de carrera que pasen a prestar sus servicios en la empresa pública queden en situación de servicios especiales es la de que desempeñen puestos o cargos asimilados a altos cargos”*. Sin embargo, la única referencia a esta tipología directiva se encuentra actualmente en el artículo 25 de la Ley 6/2006, de 20 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2007, precepto, que aunque no define la figura de los altos cargos, sí efectúa una enumeración de los mismos al disponer en su número 1 que *“Las retribuciones de los altos cargos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha serán las que establezcan los Presupuestos Generales del Estado para Ministro, Secretario de Estado, Subsecretario y Directores Generales, que se corresponderán con Presidente, Vicepresidente, Consejeros, y Directores Generales y asimilados de la Comunidad Autónoma, respectivamente”*.

Así, se argumentó que *“los altos cargos de la Junta de Comunidades son los expresamente relacionados en el artículo transcrito y sus asimilados. En la medida que el personal directivo de la empresa pública de gestión del suelo de Castilla-La Mancha se pueda asimilar a alguno de ellos, si el correspondiente nombramiento recae en un funcionario de carrera, podrá ser declarado en la situación administrativa de servicios especiales, pero para ello se requiere, con carácter previo, conocer las características y condiciones que concurren en cada uno de ellos, aspecto que en el momento de aprobarse la Ley que se propone resulta de imposible determinación por cuanto ni siquiera se han aprobado sus Estatutos y por lo tanto no se conoce la organización de la empresa. Por lo tanto, la determinación de si un concreto puesto directivo es o no asimilable a un alto cargo, es una cuestión que únicamente puede ser establecida en el momento de su creación o una vez que haya sido creado, en consideración a las características que concurren en el mismo, siendo en ese momento cuando se debería proceder a la asimilación a Alto Cargo que corresponda mediante la oportuna disposición administrativa.”*

Por ello, se consideró improcedente que se efectuara una regulación autonómica sectorial de esta cuestión, y en caso de llevarse a efecto, debería adecuarse a lo establecido en la ley básica sin efectuar modificaciones o silencios que alteren o

puedan alterar su contenido, pues, como dijo el Tribunal Constitucional en su Sentencia 222/2006, de 6 de julio, *“omitir puede ser en ocasiones tanto como contradecir, sin que el silencio sobre una condición básica por parte del legislador autonómico pueda calificarse de inocuo, indiferente o neutro”*. Consecuentemente, en el apartado 4 del artículo 9 del anteproyecto, no debe utilizarse la expresión *“según lo previsto”*, sino *“cuando sean asimilados a altos cargos”* o *“cuando concurran las circunstancias exigidas en el artículo 87.1.c) [...]”*. Ello no obstante, el dictamen insistió en que lo más procedente sería su mera eliminación, *“toda vez que como este Consejo Consultivo ya ha advertido con reiteración, la mera reproducción de la normativa básica entraña el peligro de incurrir en inconstitucionalidad sobrevenida si se modificase la legislación básica.”*

Por último, se indicó también *“la posibilidad de concretar en la Ley cuál es el personal directivo y su asimilación a Alto Cargo, aunque tal solución debería valorarse atendidas las diferencias que ello puede provocar con otras sociedades mercantiles autonómicas, lo que refuerza la indicación anteriormente realizada de que es necesario llevar a cabo una regulación general de la Administración instrumental en la que se contemple entre otros extremos, la situación de los funcionarios que pasen a desempeñar en ella sus funciones.”*

El proyecto de Ley fue finalmente aprobado mediante Ley 1/2008, de 17 de abril de 2008, de creación de la Empresa Pública de Gestión de Suelo de Castilla-La Mancha, atendiendo a la consideración de carácter esencial efectuada por el Consejo Consultivo.

- Dictamen número 246/2007, de 27 de diciembre, solicitado por el Consejero de Medio Ambiente y Desarrollo Rural, sobre el anteproyecto de Ley de Montes y Gestión Forestal Sostenible de Castilla-La Mancha.

La conveniencia de aprobar la Ley en proyecto se justificaba, en la memoria incorporada al expediente, en que la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha contara con una regulación de las actividades relacionadas con lo forestal y con los montes adaptada a las exigencias actuales y a los nuevos criterios, priorizando la conservación de los valores naturales sobre el aprovechamiento de los recursos cuando no fuera posible su compatibilización, todo ello en el marco de la legislación básica contenida en la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, modificada por la Ley 10/2006, de 28 de abril.

El Consejo consideró que determinados artículos del texto sometido a dictamen podrían resultar inconstitucionales, al vulnerar preceptos constitucionales o estatales, plenos o básicos, que se especificaban en cada caso. Los citados artículos eran los siguientes:

1.- El artículo 5.4 del anteproyecto decía que *“en el uso de sus competencias la Consejería ejercerá las potestades de autorización, control, supervisión, intervención administrativa, fomento y policía que aseguren que la planificación y gestión forestal se realice de forma ordenada, racional y sostenible, así como las de establecer limitaciones del derecho de uso y disfrute de los montes para garantizar, por razones de interés general, el pleno desarrollo de las funciones ambientales y sociales que desempeñan”*.

El Consejo consideró que *“el texto citado únicamente es válido en la medida en que las limitaciones a que se refiere sean las establecidas expresamente a lo largo del articulado de la Ley. Sin embargo, tal y como está redactado se trata de una deslegalización de una materia, el derecho a la propiedad privada, que constituye un aspecto sometido a reserva material de ley (artículo 33.2 de la Constitución). La deslegalización de materias reservadas a la ley es de por sí una técnica excepcional que debe utilizarse con extrema cautela, imponiendo condiciones o modalidades que impidan la deslegalización en blanco.”*

A este respecto, se citó jurisprudencia del Tribunal Constitucional, contenida en dos de sus sentencias. La primera de ellas, la 83/1984, de 24 de julio, en la que se afirma que *“Este principio de reserva de ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador.”* Y la segunda de estas Sentencias, la número 37/1987, de 26 de marzo, refiriéndose al derecho de propiedad, afirma que *“el art. 33.2 de la propia*

Constitución flexibiliza la reserva de Ley en lo que concierne a la delimitación del contenido de la propiedad privada en virtud de su función social, que debe ciertamente regularse por la Ley, pero también por la Administración «de acuerdo con las Leyes» cuando éstas recaben la colaboración reglamentaria de aquélla. Prohíbe esta concreta reserva de Ley toda operación de deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido del derecho de propiedad privada por reglamentos independientes o extra legem, pero no la remisión del legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos, remisión inexcusable, por lo demás, cuando, como es el caso arquetípico de la propiedad inmobiliaria, las características naturales del bien objeto de dominio y su propia localización lo hacen susceptible de diferentes utilidades sociales, que pueden y deben traducirse en restricciones y deberes diferenciados para los propietarios que, como regla general, sólo por vía reglamentaria pueden establecerse”.

De dicha doctrina el Consejo Consultivo extrajo que, “*si bien es posible la colaboración reglamentaria en el establecimiento de limitaciones al derecho de propiedad de los montes teniendo como fundamento la función social que éstos cumplen, dichas restricciones no pueden realizarse de forma tan amplia como aparece en el precepto examinado, porque ello supone una vulneración del principio de reserva de ley establecido en el artículo 33 de la Constitución.*”

Asimismo, se propuso que la norma examinada debería replantearse la atribución a la Consejería competente el “*establecer limitaciones*”, pues es el Consejo de Gobierno el órgano competente para desarrollar reglamentariamente las limitaciones a la propiedad, ya que en él reside tal potestad ex artículo 11.1.c) de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

2.- El artículo 54.2 del anteproyecto, después de atribuir al Consejo de Gobierno la competencia para declarar zonas prioritarias de restauración hidrológico-forestal, establecía que esta declaración implicaría la posterior redacción del correspondiente proyecto de restauración indicada, o, en su caso, plan de conservación de suelo, declarándose de interés general las obras y trabajos que se derivasen de ellos. No obstante, el artículo 42 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, dispone que el Ministerio de Medio Ambiente podrá declarar de inte-

rés general actuaciones de restauración hidrológico-forestal fuera del dominio público hidráulico a petición de las Comunidades Autónomas, lo que supondría que la Ley básica reserva la competencia para declarar de interés general actuaciones de restauración hidrológico-forestal a dicho Ministerio.

El Consejo consideró que, en principio, el precepto indicado parecía contradecir la reserva competencial efectuada por el artículo 42 de la Ley básica.

Por ello, se argumentó que *“si lo que, en el precepto autonómico analizado, se requiere es que el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma haga una declaración de la zona prioritaria de restauración hidrológico-forestal para, después, proponer al Ministerio de Medio Ambiente la declaración de interés general conforme al precitado artículo 42 de la Ley de montes estatal, así debería indicarse con claridad. O si la declaración de interés general autonómica está referida solamente a las obras y trabajos necesarios para ejecutar las actuaciones de restauración hidrológico-forestal ya declaradas de interés general por la Administración del Estado también debería indicarse así. En cualquier caso, es necesario salvar, con una redacción nítida, cualquier ambigüedad que pueda inducir a una interpretación contradictoria entre el precepto básico y el de desarrollo.”*

3.- El artículo 64.1 del proyecto disponía que los ingresos obtenidos por la enajenación de los aprovechamientos forestales tras un incendio en un monte se destinarían íntegramente a la restauración y mejora del mismo, conforme a proyecto o plan técnico aprobado y, en su caso, elaborado por la Consejería. En el dictamen emitido se consideró que *“esta vinculación de unos ingresos privados, si se trata de montes de esta clase, a una finalidad determinada, aunque pueda parecer razonable desde el punto de vista forestal, puede afectar a la libertad de empresa (artículo 38 CE) y, además, resultar totalmente desproporcionada (artículo 9.3 CE) cuando en el incendio se hayan perdido otros bienes que pudieran ser dignos de igual protección, como pueden ser la propia vivienda o la actividad profesional que constituía el medio de vida de su titular. Por ello, se estima correcta la obligación que se establece, en el apartado 2 del artículo 65, de que las indemnizaciones que perciba el titular del monte para costear su restauración estará obligado a invertirlas íntegramente en la rehabilitación y mejora del monte, pero no los ingresos por aprovechamientos forestales tras un incendio, cuando el propietario del monte puede incluso ser*

*totalmente ajeno al siniestro. Esta consideración se encuentra íntimamente relacionada con la falta tipificada en el **punto 24 del artículo 80**, en el que se contempla como falta grave el incumplimiento de la obligación impuesta en el artículo 64.1.”*

4.- El artículo 81.1.c) del anteproyecto calificaba como infracción muy grave “*La reincidencia por comisión en el término de tres años de una infracción de la misma naturaleza cuando haya sido declarado por resolución firme. De apreciarse esta circunstancia el importe de la multa podrá incrementarse en un cincuenta por ciento, sin exceder, en ningún caso, del límite más alto fijado para las infracciones muy graves*”. Recordaba este Consejo que opción se encontraba dentro del marco predeterminado en los artículos 129 y 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Sin embargo, se señaló que “*de seguir este sistema de graduación de la sanción, su concreta plasmación debe ajustarse a los términos contemplados en el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en el que se dice que, en la imposición de las sanciones, se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar: “c) la reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así se haya declarado por resolución firme*”. Consiguientemente, el plazo de tres años que se establece en la letra c) de este artículo para la consideración de la reincidencia no se adecua a lo establecido en el artículo 131.3.c), que, al tener el carácter de norma básica, vincula a todas las Administraciones Públicas, por lo que debe ser modificado en ese sentido.”

5.- En el artículo 89.c) de texto normativo propuesto se contemplaba como sanción accesoria, “*para el caso de cooperativas, empresas e industrias forestales, inhabilitación para contratar con la Administración forestal por un tiempo entre cinco y diez años para las infracciones muy graves y hasta cinco para las graves*”. Citando la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en su Sentencia 1993/331, de 12 de noviembre, –según la cual las normas que regulan las condiciones de la contratación son normas que tienen por objeto garantizar la igualdad y la seguridad jurídica en la contratación, asegurando a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones, lo que las convierte en un elemento básico de la legislación sobre contratos–, se puso de

manifiesto por el Consejo que *“en el artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, se contienen en forma tasada las prohibiciones para contratar, entre las que no se encuentra la prevista en el anteproyecto. A mayor abundamiento debe tenerse en cuenta que el actual Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha no atribuye a esta Comunidad ninguna competencia en materia de contratación administrativa, por lo que este precepto incurre en un exceso competencial.”*

6.- La sanción accesoria prevista en el artículo 89 d) del anteproyecto permitía que, *“para los casos en que el beneficio económico obtenido por el infractor sea superior a la máxima sanción prevista, ésta podrá ser hasta el doble o triple de la cuantía de dicho beneficio”*. A juicio del Consejo, dicha sanción no se adecuaba a lo establecido en el artículo 77.3 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, toda vez que en la Ley básica se limita al doble de la cuantía del beneficio obtenido. Además, en el anteproyecto se preveía una duplicación de esta sanción, pues, junto a contemplarse como sanción accesoria, también se preveía en el artículo 91.3 del texto examinado, y el mismo supuesto, una indemnización por la cuantía del beneficio obtenido. Por último se aconsejaba que *“siendo intención manifestada en la Exposición de Motivos de seguir la misma estructura que la Ley básica, el contenido del artículo 89.d) debería trasladarse al artículo 91 con el mismo límite fijado en la legislación básica.”*

7.- Finalmente, la Disposición Final Cuarta facultaba al Gobierno regional *“para actualizar, mediante decreto, el importe de las multas establecidas en esta ley de acuerdo con los índices de precios al consumo”*, facultad que la disposición final quinta de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, atribuye al Gobierno de la Nación mediante Real Decreto. Se señaló, por tanto, que *“siendo el importe de las multas que establece el artículo 87 del anteproyecto mera transcripción de las cantidades que fija, con carácter básico, el artículo 74 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, su incremento de acuerdo con los índices de precios de consumo debe realizarse también uniformemente para todo el territorio español por el Gobierno de la Nación.”*

La Ley 3/2008, de 12 de junio, de Montes y Gestión Forestal Sostenible de Castilla-La Mancha, aprobada por las Cortes de esta comunidad autónoma, acogió todas las observaciones esenciales formuladas por el Consejo Consultivo,

exceptuando la señalada en último lugar.

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 2007:

- Dictamen número 7/2007, de 17 de enero, solicitado por el Consejero de Medio Ambiente y Desarrollo Rural, sobre el anteproyecto de Ley de declaración del Parque Natural de la Serranía de Cuenca.

- Dictamen número 157/2007, de 19 de septiembre, solicitado por la Consejera de Economía y Hacienda, sobre el anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2008.

- Dictamen 206/2007, de 7 de noviembre, solicitado por la Consejera de Economía y Hacienda, sobre el anteproyecto de Ley por el que se amplían las bonificaciones tributarias del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

**RESEÑA DE ACTIVIDADES DE DERECHO PÚBLICO
DE LA UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA***
(De 1 de enero de 2007 a 31 de diciembre de 2007)

M^a Elena Rebato Peño

Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO

1. *VII Edición de los Cursos de Postgrado en Derecho (Toledo, Enero 2007).*
2. *Actividades del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional (Ciudad Real/Toledo, Septiembre 2007).*
3. *Jornadas Universitarias: “La libertad de enseñanza: ¿Un derecho fundamental en peligro?” (Albacete, 18 y 19 de Octubre).*
4. *Jornada sobre el Sistema Electoral Estatal y Autonómico (Toledo, 22 de octubre de 2007).*
5. *VIII Jornadas de Justicia Constitucional: “Justicia Constitucional y Estado Autonómico” (13 y 14 de noviembre).*
6. *XII Jornadas de Derecho Constitucional: “Derecho de Asociación y Partidos Políticos” (28 y 29 de noviembre de 2007).*

* La relación de actividades de derecho público que en esta reseña se ofrecen no es exhaustiva y responde principalmente a las informaciones ofrecidas por las áreas implicadas a la responsable de la sección.

1. VII Edición de los Cursos de Postgrado para Iberoamericanos (8 a 25 de enero de 2007)

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, volvió a ser la sede de una nueva edición de los cursos de postgrado para iberoamericanos, que se desarrollaron desde el día 8 de enero al 25.

En esta edición se ofertaron los siguientes programas académicos:

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 o el coste de los accidentes de tráfico.

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 y Derechos Humanos”; 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. María Elena Rebato Peño, Profesora Titular de Derecho Constitucional.

Siguiendo la tradicional vinculación del Área de Derecho Constitucional al estudio de los problemas de la Justicia Constitucional, en esta edición de los cursos de postgrado ha querido centrarse en uno de los aspectos más esenciales de la misma, como es la garantía de los derechos humanos.

IV. “Fiscalidad Internacional” 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 mostrar la evolución que está experimentando el derecho tributario internacional, con la consiguiente modificación en el desarrollo de las relaciones empresariales y llegando a una conclusión principal, como es la práctica imposibilidad de que los Estados realicen de manera aislada políticas efectivas en materia tributaria.

V. “Gobierno corporativo de las sociedades mercantiles”, dirigido por el catedrático de Derecho mercantil, D. Javier Juste Mencía y coordinado por el Dr. D. Francisco J. Martínez Segovia.

El programa del curso pretende acercar a los alumnos la evolución sufrida en el derecho comparado en materia de regulación de las sociedades mercantiles, en general y en particular sobre el gobierno de las mismas.

VI. “Derecho Penal Económico: cuestiones de parte general y especial”, dirigido por los Catedráticos de Derecho Penal, D. Luís Arroyo Zapatero y D. José Ramón Serrano-Piedecabras y coordinado por los doctores D. Eduardo Demetrio Crespo y D. Jesús Iván Mora González.

El presente curso realiza un análisis jurídico-penal de la fenomenología delictiva económica en general, centrándose en algunos tipos penales cuya comisión es más frecuente, como por ejemplo, los delitos contra la hacienda pública o el blanqueo de capitales.

VII. “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.

VIII. “Globalización, Constitucionalismo y Derechos Sociales”, dirigido por D. Antonio Baylos Grau, Catedrático de Derecho del Trabajo y D. Luís Prieto Sanchos, Catedrático de Filosofía del Derecho y coordinado por los doctores D. Joaquín Pérez Rey y D. Santiago Sastre Ariza.

Las Áreas de Derecho del Trabajo y de Filosofía del Derecho ofrecen de manera conjunta este programa académico centrado en el estudio de cuestiones relativas al constitucionalismo y derechos sociales, desde una óptica comparada.

2. Actividades del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional' (Ciudad Real/Congreso de Toledo)

A) CONFERENCIAS

- Conferencia del Profesor Pedro R. David, Magistrado de la Corte de Casación Argentina, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad J.F. Kennedy: “El Derecho penal internacional: homenaje a los maestros Jerome Hall y Manuel López Rey y Arrojo”. 24 de septiembre de 2007, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real.
- Lección inaugural del curso académico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real impartida por Juan Guzmán, (Juez que proceso a Pinochet), el 24 de septiembre de 2007.

B) CONGRESOS INTERNACIONALES

- El instituto de Derecho penal europeo e internacional organizó en el campus de Toledo los días 20-22 de septiembre el XV Congreso Internacional de Defensa Social, de la *Société Internationale de Defense sociale*, bajo

1. Información ofrecida gracias a la colaboración de D^a. Ana Cristina Rodríguez Yagüe, Profesora Ayudante de Derecho Penal del campus de Ciudad Real.

los Auspicios del Naciones Unidas, el Ministerio de Defensa y el Gobierno Regional de Castilla-la Mancha.

Debido a su gran trascendencia, se recogen aquí la relación de actividades realizadas en el Congreso y sus conclusiones fundamentales.

XV Congreso Internacional de Defensa Social organizado por la *Società Internationale de Defense Sociale*, 20-22 de septiembre, Toledo

Memoria de Actividades Económicas

Entre los días 20 y 22 de septiembre se llevó a cabo en la ciudad castellano-manchega de Toledo el XV Congreso Internacional de Defensa Social, organizado por la *Società Internationale de Defense Sociale* que preside el Prof. Dr. Luís Arroyo Zapatero. Con el objetivo de estudiar respuestas científicas a temáticas candentes como la modernización de la justicia penal militar y el derecho penal aplicable a las intervenciones militares en el exterior, la sede de la Universidad de Castilla-La Mancha de Toledo se convirtió durante esos días en el escenario de un interesante debate y foro de opinión entre profesionales, académicos, militares y políticos.

Se le otorgó la Medalla *Cesare Beccaria* al juez chileno Juan Guzmán, que procesó al dictador Pinochet en su país, y se premiaron los trabajos de los jóvenes investigadores: Kristina Karsai (*University of Szeged*, Hungría), Sonia Mariza Florencio Hidalgo (Universidad de Coimbra, Portugal), Andreas Schüller (*Leiden University*, Holanda) y Miguel Ángel Rodríguez Arias (Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real).

Durante el Congreso, la *Società Internationale de la Defense Sociale*, que es una entidad consultiva de Naciones Unidas, adoptó dos resoluciones sobre cuestiones de honda trascendencia social y política, donde se expresa la preocupación por la persistencia de viejas y nuevas amenazas a la vigencia internacional de los derechos humanos representadas por la práctica de la pena de muerte en numerosos países del globo, así como por la nueva amenaza que supone el incremento del reclutamiento, contratación y empleo de tropas mercenarias en conflictos armados a lo largo de los cinco continentes.

La *Società* cuenta entre sus miembros directivos a personalidades como Sergio García Ramírez (Presidente de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos), Klaus Tiedemann (Catedrático emérito de Derecho penal, Universidad de Friburgo de Br.), Ulrich Sieber (Director del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo de Br.), Pedro David (Magistrado *ad litem* del Tribunal Penal Internacional para los crímenes de la ex Yugoslavia) o Eugenio Raúl Zaffaroni (Magistrado de la Corte Suprema Argentina) y tiene una página web donde puede ampliarse esta información www.defensesociale.org.

- RECLAMAN APOYO A LA INICIATIVA POR LA MORATORIA MUNDIAL DE LA PENA DE MUERTE Y COMPLETA RATIFICACIÓN SOBRE DEL CONVENIO ONU CONTRA EL EMPLEO DE MERCENARIOS.

En su Asamblea General celebrada en Toledo (España) el pasado 22 de septiembre de 2007, la *Société Internationale de Defense Sociale*, entidad con estatus consultivo en Naciones Unidas de Prevención del Crimen expresó, en sendas resoluciones, su honda preocupación por la persistencia de viejas y nuevas amenazas a la vigencia internacional de los derechos humanos representadas por la práctica de la pena de muerte en numerosos países del globo, así como por la nueva amenaza que supone el incremento del reclutamiento, contratación y empleo de tropas mercenarias en conflictos armados a lo largo de los cinco continentes.

La *Société Internationales de Defese Sociale* quiere expresar su deseo de que la moratoria mundial de la pena de muerte sea unánimemente respaldada, como primer paso hacia la completa abolición mundial de la misma. Respecto a la cuestión de los mercenarios, la *Société Internacional* reclama igualmente de la comunidad internacional un mayor compromiso en la lucha contra este fenómeno así como una completa ratificación de la Convención ONU de 1989 que hasta ahora ha sido únicamente ratificada por 28 países.

La *Société Internationale de Defense Sociale*, Presidida por el Prof. Luís Arroyo Zapatero de la UCLM, cuenta entre los miembros de su Consejo de Dirección con personalidades como Sergio García Ramírez, Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fausto Pocar, Presidente del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Pedro R. David, Magistrado *ad litem* del mismo, o Eugenio Raúl Zaffaroni, Magistrado de la Corte Suprema de Argentina.

- SEGUNDA RESOLUCIÓN DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA *SOCIÉTÉ INTERNATIONALE DE DEFENSE SOCIALE*: EL MERCENARISMO COMO NUEVA AMENAZA GLOBAL A LA PAZ Y SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD.

1.- La actividad mercenaria y el fenómeno de la cesión estatal de funciones militares a empresas privadas de seguridad ha venido experimentando un fuerte aumento a lo largo de los cinco continentes. El Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y de obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, la propia Asamblea General de Naciones Unidas, así como distintas organizaciones de la sociedad civil, han venido denunciando las nuevas situaciones de impunidad en la violación de los derechos humanos ante la ausencia de un sometimiento, efectivo, a las reglas del Derecho militar, nacional e internacional.

2.- La especial inhumanidad de situaciones como las relativas al reclutamiento de menores de edad y nuevos desafíos como el uso fraudulento de filiales con personalidad jurídica en un país, que ofrecen sus servicios en otro y reclutan su personal en un tercero, constituyen hoy motivos de honda preocupación para la Sociedad Internacional de Defensa Social.

3.- Ante todo ello, conscientes de nuestra responsabilidad como organización científica consagrada a una política criminal humanista, queremos unir nuestra voz a la de Naciones Unidas y los restantes organismos internacionales para recordar, una vez más, la urgencia de una plena ratificación de la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios, hecha en 1989 y apenas ratificada por 28 Estados, la especial necesidad de abrir un intento proceso de revisión y reforzamiento de la misma, y de propiciar un mayor compromiso de la comunidad mundial en la persecución internacional de este fenómeno.

PRIMERA RESOLUCIÓN DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA *SOCIÉTÉ INTERNATIONALE DE DEFENSE SOCIALE*.

1.- En 2007, el movimiento internacional para la abolición de la pena de muerte hizo significativos avances respecto a una resolución de moratoria sobre la pena de muerte suscrita por Naciones Unidas.

La pena de muerte se aplica en la actualidad en numerosos países alrededor del mundo incluyendo los EEUU y China, miembros permanentes del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

2.- A pesar de todo, el largo recorrido histórico hacia la progresiva reducción de la pena de muerte en el mundo se muestra claro e irreversible: el número de países abolicionistas *de jure* o *de facto*, de ha incrementado hasta los 130. E incluso entre los países que mantienen la pena de muerte se constata una paulatina reducción de número de ejecuciones. Finalmente en la Unión Europea la pena de muerte constituye una reminiscencia remota y frecuentemente resulta prohibida en sus Constituciones.

3.- El debate sobre la pena de muerte se ha centrado tradicionalmente en argumentos tanto de carácter ético como utilitario. De uno u otro modo continúa constituyendo igualmente en la actualidad la negación de los derechos humanos y su mismo fundamento en la vida y dignidad de la persona.

4.- No debemos olvidar tampoco que el Estatuto de la Corte Penal Internacional prevé igualmente el rechazo formal de la Comunidad Internacional ni siquiera al penar los más graves crímenes de guerra o contra la humanidad. Cincuenta años después de los juicios de Nuremberg ello constituye todo un hito en la humanización de la Justicia Penal Internacional.

5.- El 28 de septiembre por iniciativa de Italia y Portugal la reunión de los Ministros de Asuntos Exteriores de los 95 países que han firmado por la moratoria de la pena de muerte tendrá lugar en la sede de Naciones Unidas.

En este contexto, y al término de su decimoquinto Congreso Internacional (Toledo, 20 a 22 de septiembre de 2007), la Asamblea Internacional de la *Société Internationale de Defense Sociale*, movimiento internacional en pro de una política criminal como enseñara Cesare Beccaria, desea expresar su unánime apoyo a dicha propuesta de moratoria mundial sobre la pena de muerte, como nuevo paso hacia su completa erradicación de la tierra.

C) CURSOS

- Durante el año 2007, los miembros del Instituto de Derecho penal europeo e internacional organizaron e impartieron un Curso de Especialista en

Derecho penal económico e Internacional que se celebró a lo largo de todo el año en la Universidad de Ibagué, contando con una matrícula de 40 alumnos licenciados en Derecho.

D) JORNADAS Y SEMINARIOS

- Durante el curso académico 2006/2007 se organizó con alumnos de 2º y 3º curso de Derecho, y en colaboración con el área de Derecho constitucional, un Seminario titulado “Derecho penal y extranjería”, donde se trataron por parte de alumnos, de profesores y de profesionales (de la Policía e Instituciones Penitenciarias) diversos temas relacionados con el Derecho penal, el Derecho constitucional y la extranjería. Su duración total fue de 30 horas.
- Seminario sobre la Autorregulación.

Los días 18 y 19 de diciembre de 2007, el Departamento de Derecho público y de la empresa, y en colaboración con el Instituto de Derecho penal europeo e internacional, organizó en la Finca Galiana (Ciudad Real) un seminario sobre Autorregulación.

La sesión del día 18 versó sobre los Modelos de autorregulación en el Derecho español, presidida por Luís Ortega Álvarez, y contó con los siguientes intervinientes:

- Luís Antonio Velasco San Pedro (Universidad de Valladolid): “El gobierno corporativo como forma de autorregulación”;
- José Esteve Pardo (Universidad de Barcelona): “Modelos de autorregulación en el Derecho administrativo”;
- María Encarnación Gil (Universidad de Castilla-La Mancha): “La autorregulación de los riesgos laborales”;
- Manuel Maroto Calatayud (Universidad de Castilla-La Mancha): “Autorregulación y partidos políticos”.

La sesión del día 19, presidida por Luís Arroyo Zapatero, trató el tema de las sanciones y la autorregulación y contó con:

- Merce Danaculleta i Gardella (Universidad de Girona): “Autorregulación y sanciones administrativas y disciplinarias”;

- Bernardo Feijoo (Universidad Autónoma de Madrid): “Autorregulación y responsabilidad individual”;
- Carlos Gómez Jara (Universidad Autónoma de Madrid): “Autorregulación y responsabilidad sancionadora corporativa”; Giulio Di Simone (*Università degli Studi di Salento*): “Los modelos de organización en la experiencia sancionadora administrativa italiana”.

3. Jornadas Universitarias: la libertad de enseñanza : ¿un derecho fundamental en peligro?²

Objetivo de las Jornadas es propiciar una reflexión sobre la configuración, a lo largo de la historia del constitucionalismo y en nuestra ley fundamental de 1978, de la libertad de educación. Se profundizará en la situación actual de este derecho, hoy regulado por la Ley Orgánica 2/2006, de Educación, y en sus desarrollos autonómicos. Para ello las ponencias adoptarán un doble punto de vista que entendemos complementario: el jurídico y el análisis de la realidad social.

La libertad de enseñanza se configura al tiempo que, hacia el siglo XVIII, con la Ilustración, se acentúa la preocupación por la enseñanza y su proyección social. Pero hoy no ha perdido valor a juzgar por los textos constitucionales y el interés que despierta en la sociedad civil (recuérdese la manifestación de 1984 contra algunas iniciativas alentadas por el presidente francés Mitterrand).

Las Jornadas buscan un *enfoque abierto* de estas cuestiones a través de la participación de profesores con diversas especialidades y de organizaciones sociales. En cuanto a los primeros es de notar la participación de especialistas de las Universidades Carlos III de Madrid, Castilla-La Mancha y Complutense de Madrid. La organización de las Jornadas recae en el Área de Derecho Eclesiástico del Estado de esta Facultad.

Dentro de la metodología subrayamos que, para incentivar la participación y provecho de los asistentes, se ofrecen ponencias con una rica temática siempre seguidas de un tiempo de coloquio. También se prevé el recurso a medios técnicos como el videoprojector que facilite el seguimiento de las exposiciones.

2. Información ofrecida gracias a la colaboración de D. Jose M^a Martí, Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado del campus de Albacete.

Además, en el programa se propone un *Foro de Debate* sobre «Educación-Sociedad, Familia y Poderes públicos (en torno a la lectura de algunos textos internacionales)», donde se esbochen algunos de los problemas principales surgidos en este terreno y, sobre todo, se escuchen y comenten las inquietudes dudas o reflexiones de los asistentes. A lo mismo se aspira con la *mesa redonda* sobre «Las confesiones religiosas y la libertad de enseñanza: sus planteamientos; como titulares de centros educativos».

Destinatarios y evaluación. Dado que el título de las Jornadas puede interesar a muy diversos sectores de la sociedad, y la Universidad no debe desatender ninguna solicitud legítima, se intentará dar difusión a lo referido a las Jornadas. Sin embargo, éstas se dirigen prioritariamente a los estudiantes de la UCLM, Campus de Albacete. El número máximo de inscritos sería de 250 (dada la capacidad de las aulas) y, si no se cubriese un mínimo de inscripciones que garantizase el buen desarrollo de las Jornadas, éstas se podrían suspender, tratando de evitar perjuicios para los inscritos.

Para incentivar la participación y evaluarla se establecerá un sistema de control de la asistencia a los actos programados (sólo se excusará una falta justificada) y se pedirá la entrega de un resumen o comentario sobre alguno de los puntos de las Jornadas.

Intervendrán en estas jornadas, profesores de la UCLM: Dr. D. David García Pardo; Dra. D^a. Carmen González Carrasco y D. Santiago Catalá y profesores de otras universidades: Dr. D. Agustín Motilla de la Universidad Carlos III y Dra. D^a. Paloma Lorenzo, de la Universidad Complutense. También participaron miembros del colectivo de Profesionales por la Ética de Castilla-La Mancha, D^a. Victoria Llopis y D^a Caridad Navarra de CONCAPA de Albacete.

4. Jornada sobre el Sistema Electoral Estatal y Autonómico

La Asociación Popular de Estudiantes y la Universidad de Castilla-La Mancha, organizaron el 22 de octubre de 2007 una jornada titulada “El Sistema Electoral Estatal y Autonómico, con especial incidencia en Castilla-La Mancha”.

Esta Jornada, que se desarrolló en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, tenía como principal finalidad poner en conocimiento de los asistentes a la misma los distintos sistemas electorales existentes en la actualidad, tanto a nivel estatal, autonómico como también a nivel comparado.

Sin lugar a dudas, tal y como manifestó el director de este encuentro, el profesor de Derecho Administrativo, D. Jesús Labrador Encinas, en el punto de mira de estas jornadas se encuentra la propuesta de reforma electoral en la Comunidad Autónoma en ese momento.

Las ponencias de carácter general sobre los sistemas electorales existentes y sus aspectos técnico-jurídicos corrieron a cargo de los profesores titulares de Derecho Constitucional, D. Fco. Javier Donaire, de la Universidad Carlos III y por D. José M. Vera Santos de la Universidad Rey Juan Carlos.

Por el contrario las intervenciones de D. Enrique Belda Pérez Pedrero, y D^a M^a Elena Rebato Peño, ambos profesores titulares de la UCLM se centraron en el análisis del sistema electoral castellano-manchego y en la valoración de la propuesta de reforma electoral efectuada por el Gobierno Autonómico.

Las conclusiones a las que se había llegado a lo largo de esta intensa jornada fueron expuestas y debatidas en la Mesa Redonda Final en la que participaron D. Fco. Javier Díaz Revorio, Profesor Titular de la UCLM y D^a. María Martín Sánchez, Profesora Ayudante de la UCLM.

5. VIII Jornadas de Justicia Constitucional: Justicia Constitucional y Estado Autonómico

Las VIII Jornadas de Justicia Constitucional celebradas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo durante los días 13 y 14 de noviembre, vincularon en esta ocasión la Justicia Constitucional con el Estado Autonómico.

Tal y como afirmó el director de estas Jornadas, D. Francisco Javier Díaz Revorio, Profesor Titular de la UCLM, la relación entre Justicia Constitucional y Estado Autonómico “*se pone de manifiesto a través de todos estos años de jurisprudencia constitucional en los cuales el papel del Tribunal Constitucional para la definición y*

desarrollo de la Constitución en materia autonómica ha sido decisivo no sólo para la interpretación de la Constitución sino para los Estatutos de Autonomía”.

La inauguración de estas Jornadas, que acogieron a un centenar de alumnos, corrió a cargo de D. Luís Aguiar de Luque, Vocal del Consejo General del Poder Judicial y Catedrático de Derecho Constitucional, cuya ponencia abordó la cuestión de las reformas estatutarias y la Administración de Justicia.

La situación actual del Estado Autonómico, con la oleada de reformas estatutarias que se están produciendo y que se producirán en un futuro, están teniendo incidencia en determinados aspectos como la administración de justicia en las Comunidades Autónomas, los derechos estatuyentes del ciudadano, o la definición de las propias Comunidades Autónomas como tales o como nacionalidades o regiones. Estas cuestiones serán abordadas por los ponentes de las jornadas, así como otras como la labor efectuada por el Tribunal Constitucional en el control de las Comunidades Autónomas, por la Profesora Titular de la Universidad Rey Juan Carlos, D^a. Esther González Hernández; o la inevitable referencia al Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha desde una perspectiva exclusivamente constitucional, por parte de D. Tomás Vidal Marín, Profesor Titular de la UCLM.

La propuesta de reforma “*no nata*” de la Constitución de 1978, en materia de Comunidades Autónomas y por tanto de reforma del Título VIII de la Constitución fue analizada por el Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid, D. Juan M^a Bilbao Ubillos.

Los procesos constitucionales más relacionados con el ámbito autonómico, el conflicto de competencias y el recurso de inconstitucionalidad fueron objeto de la ponencia del Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Jaume I, D. Artemi Rallo.

Cerró estas Jornadas el Magistrado del Tribunal Supremo y catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Eduardo Espín Templado, que realizó un balance del Estado de las Autonomías, tras más de veinte años de jurisprudencia constitucional.

Intervinieron como comunicantes y miembros de las distintas mesas redondas que completaron las jornadas los profesores titulares de derecho constitu-

cional, D. Enrique Belda Pérez- Pedrero, D^a. M^a. Elena Rebato Peño, la Profesora Ayudante y Secretaria de las Jornadas, D^a. María Martín Sánchez y D^a. M^a Pilar Molero Martín-Salas, becaria de investigación.

6. XII Jornadas de Derecho Constitucional: “Derecho de Asociación y Partidos Políticos”

La Facultad de Ciencias Sociales de Ciudad Real acogió durante los días 28 y 29 de noviembre de 2007 la duodécima edición de las Jornadas de Derecho Constitucional, dirigidas por D. Luis M^a Díez Picazo, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM y D. Tomás Vidal Marín, Profesor Titular de Derecho Constitucional. Estas jornadas tienen como finalidad principal ofrecer a los alumnos de Derecho, Administración y Dirección de Empresa y Relaciones Laborales, un análisis más exhaustivo de los derechos fundamentales. Es por ello que cada año se dedican al estudio de uno de ellos, correspondiendo en este curso el análisis de la libertad de asociación y de los partidos políticos como asociaciones de especial relevancia constitucional, como lo demuestra su mención expresa en el artículo 7 de la Constitución.

A lo largo de dos intensas jornadas se abordaron cuestiones como la génesis de la Ley Orgánica 6/2002 de Partidos Políticos, a cargo del ex ministro de Justicia y Catedrático de Derecho Constitucional, D. Juan Fernando López Aguilar, en cuya intervención se combinaron a la perfección su experiencia política con su acreditado conocimiento del texto constitucional.

Al concepto de representación política y a la función representativa que llevan a cargo los partidos políticos dedicó su ponencia el Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional, D. Eduardo Espín Templado.

No podía estar ausente de unas jornadas de este calado, la cuestión de la disolución de los partidos políticos, que además fue un tema recurrente que de manera más o menos tangencial abordaron todos los intervinientes de las jornadas. No obstante, fue el profesor Titular de Derecho Constitucional, D. Víctor Ferreres Comellas de la Universidad Pompeu Fabra, el que de una manera más directa abordó este aspecto y la puso en relación directa con el tema de la democracia militante y la libertad de expresión.

Tampoco faltó la referencia a la cuestión de la financiación de los partidos políticos tras la reciente Ley Orgánica 8/2007, a cuyo análisis dedicó su intervención, D^a. Piedad García-Escudero Márquez, Letrada de las Cortes Generales; o a la ley de igualdad y las modificaciones electorales que ésta ha producido, conferencia a cargo del Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos, D. Enrique Álvarez Conde.

Cerró estas jornadas el Profesor Titular de Derecho Constitucional, D. Francisco J. Díaz Revorio con una ponencia sobre la democracia interna de los partidos políticos y el control jurisdiccional de los mismos, en la que hizo referencia a la cuestión del nuevo entendimiento del mandato imperativo en la actualidad no entre representante y representado, sino entre representante y partido político.

Algunas de estas ponencias fueron completadas con comunicaciones a cargo de miembros del Área de Derecho Constitucional de Ciudad Real, como D. Enrique Belda Pérez-Pedrero, Profesor Titular de Derecho Constitucional y D^a. Ana M^a. Valero Heredia, Profesora Asociada de Derecho Constitucional.

Dep. Legal: TO-984-2000

ISSN: 1139-0026

Edita: Cortes de Castilla-La Mancha

Diseño: Jer Publicidad

Impresión: Da Vinci

