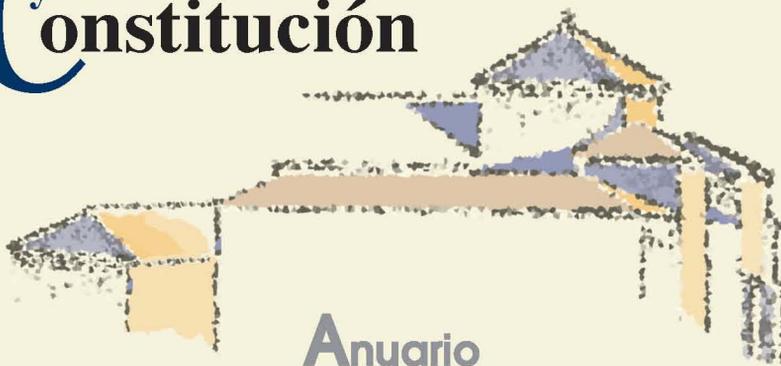




# Parlamento y Constitución



## Anuario

### SUMARIO

#### I. ESTUDIOS

Luis López Guerra, "Algunas reflexiones sobre la ingeniería constitucional".

Miguel Revenga, "Cinco grandes retos (y otras tantas amenazas) para la democracia constitucional en el siglo XXI".

Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Fernando Silva García, "El Control de Convencionalidad de la Jurisprudencia Constitucional".

Roberto Romboli, "La "crisi della legge" nell'evoluzione del rapporto tra "diritto politico" e "diritto culturale". L'attività creativa di diritto della Corte costituzionale e dei giudici comuni".

Marcos Francisco Massó Garrote, "Las fuentes "autónomas" en el ordenamiento jurídico castellanomanchego".

Javier Guillem Carrau, "Las reformas estatutarias y las denominaciones de origen".

#### II. NOTAS, PONENCIAS Y COMUNICACIONES

Jesús López de Lerma Galán, "La denuncia en las Cortes de Cádiz de la publicación El duende político". Wendy Mercedes Jarquin Orozco, "Renacimiento de la finalidad incapacitadora de la pena de prisión a raíz de la LO 7/2003. Análisis a la luz de la Constitución Española".

Saule Amandykova, "Assembly of People of Kazakhstan – a new institution of international consent and interethnic tolerance in Republic of Kazakhstan".

#### III. CRÓNICAS

(1 de enero a 31 de diciembre de 2008)

Enrique Belda Pérez-Pedrero, "Sobre el perfil de los órganos auxiliares de la Comunidad Autónoma y las designaciones de sus miembros".

Tomás Vidal Marín, "A vueltas con la exigencia constitucional de proporcionalidad: comentario al ATC 240/2008". M<sup>a</sup> Del Pilar Molero Martín-Salas, "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas".

María Martín Sánchez, "Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha".

M<sup>a</sup> Joaquina Guerrero Sanz, "Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria".

M<sup>a</sup> Elena Rebato Peño, "Reseña de actividades de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha".

#### IV. SEMBLANZAS Y RESEÑAS

Carolina Salas Salazar, "Comentario al libro "Los Derechos Humanos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución", de Fco. Javier Díaz Revorio".

Pedro Tenorio Sánchez, "Semblanza y obra del Profesor Giuseppe de Vergottini".

## CONSEJO DE REDACCIÓN

**Francisco José Pardo Piqueras**

*Presidente de las Cortes de Castilla-La Mancha.*

**Francisco Calvo Ciriujano**

*Letrado Mayor de las Cortes de Castilla-La Mancha.*

**Evangelina Aranda García**

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

**Pedro José Carrasco Parrilla**

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

**Belén Roldán Moyano**

*Directora de Gestión Documental de las Cortes de Castilla-La Mancha.*

**Milagros Ortega Muñoz**

*Secretaría General del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.*

## COMITÉ ACADÉMICO

**Enrique Belda Pérez-Pedro**

*Profesor Titular de Derecho Constitucional UCLM.*

*Vocal del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.*

**F. Javier Díaz Revorio**

*Profesor Titular de Derecho Constitucional UCLM.*

**Eduardo Espín Templado**

*Catedrático de Derecho Constitucional UCLM.*

*Magistrado del Tribunal Supremo.*

**José Luis García Guerrero**

*Profesor Titular de Derecho Constitucional UCLM.*

**Marcos Francisco Massó Garrote**

*Profesor Titular de Derecho Constitucional UCLM.*

**Manuel Antonio Mirón Ortega**

*Profesor Asociado de Derecho Constitucional UCLM.*

*Letrado de las Cortes de Castilla-La Mancha.*

**Elena Rebató Peño**

*Profesora Titular de Derecho Constitucional UCLM.*

**Tomás Vidal Marín**

*Profesor Titular de Derecho Constitucional UCLM.*

## DIRECTOR

**Eduardo Espín Templado**

*Catedrático de Derecho Constitucional UCLM.*

*Magistrado del Tribunal Supremo.*

## SECRETARIOS

**Manuel Antonio Mirón Ortega**

*Profesor Asociado de Derecho Constitucional UCLM.*

*Letrado de las Cortes de Castilla-La Mancha.*

**F. Javier Díaz Revorio**

*Profesor Titular de Derecho Constitucional UCLM.*

## SECRETARIA ADJUNTA

**Maria Martín Sánchez**

*Profesora Ayudante Doctor de Derecho Constitucional UCLM.*

## CONSEJO ASESOR

**Luis Arroyo Zapatero.** *Catedrático de Derecho Penal UCLM.*

**Feliciano Barrios Pintado.** *Catedrático de Historia del Derecho UCLM.*

**Carmen Chinchilla Marín.** *Catedrática de Derecho Administrativo UCLM.*

**Miguel Ángel Collado Yurrita.** *Catedrático de Derecho Financiero y Tributario UCLM.*

**Antonio Fernández Tomás.** *Catedrático de Derecho Internacional Público UCLM.*

**Nicolás García Rivas.** *Catedrático de Derecho Penal UCLM.*

**Diego López Garrido.** *Catedrático de Derecho Constitucional UCLM.*

**Luis Ortega Álvarez.** *Catedrático de Derecho Administrativo UCLM.*

**José Ramón Serrano-Piedecasas.** *Catedrático de Derecho Penal UCLM.*

**Luis Aguiar de Luque.** *Universidad Carlos III*

**Eliseo Aja Fernández.** *Universidad de Barcelona.*

**Enoch Alberti Rovira.** *Universidad de Barcelona.*

**José Asensi Sabater.** *Universidad de Alicante.*

**Francisco Bastida Freijedo.** *Universidad de Oviedo.*

**Paloma Biglino Campos.** *Universidad de Valladolid.*

**Roberto Blanco Valdés.** *Universidad de Santiago de Compostela.*

**José Luis Cascajo Castro.** *Universidad de Salamanca.*

**Francesc de Carreras Serra.** *Universidad Autónoma de Barcelona.*

**Javier Corchera Atienza.** *Universidad del País Vasco.*

**Luis María Díez-Picazo Giménez.** *Tribunal Supremo.*

**Jorge de Esteban Alonso.** *Universidad Complutense de Madrid.*

**Javier García Roca.** *Universidad de Valladolid.*

**Ángel Garrorena Morales.** *Universidad de Murcia.*

**Ángel Gómez Montoro.** *Universidad de Navarra.*

**Pedro J. González-Trevijano.** *Universidad Rey Juan Carlos.*

**Juan Fernando López Aguilar.** *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.*

**Pablo Lucas Murillo de la Cueva.** *Tribunal Supremo.*

**Luis López Guerra.** *Universidad Carlos III de Madrid.*

**José Antonio Montilla Martos.** *Universidad de Extremadura.*

**Joan Oliver Araujo.** *Universidad de las Islas Baleares.*

**Alberto Pérez Calvo.** *Universidad Pública de Navarra.*

**Javier Pérez Royo.** *Universidad de Sevilla.*

**Pablo Pérez Tremps.** *Universidad Carlos III de Madrid.*

**Manuel Ramírez Jiménez.** *Universidad de Zaragoza.*

**Gerardo Ruiz-Rico Ruiz.** *Universidad de Jaén.*

**Alejandro Saiz Arnaiz.** *Universidad del País Vasco.*

**Remedio Sánchez Ferriz.** *Universidad de Valencia.*

**Juan José Solozábal Echavarría.** *Universidad Autónoma de Madrid.*

**Manuel Terol Becerra.** *Universidad Pablo de Olavide.*

**Antonio Torres del Moral.** *Universidad Nacional de Educación a Distancia.*

**Carles Viver Pi-Sunyer.** *Universidad Pompeu Fabra.*

**Ernst Wolfgang Böckenförde.** *Universidad de Friburgo.*

**Allan Brewer-Carías.** *Universidad Central de Venezuela.*

**Jorge Carpizo Mc Gregor.** *Universidad Nacional Autónoma de México.*

**Ricardo Combellas.** *Universidad Central de Venezuela.*

**Krystian Complak.** *Universidad de Wrocław.*

**José Ramón Cossío Díaz.** *Supremo Tribunal Federal de México.*

**Francisco Eguiguren Praeli.** *Pontificia Universidad Católica de Perú.*

**Héctor Fix Zamudio.** *Universidad Nacional Autónoma de México.*

**José Xavier Garaicoa Ortiz.** *Universidad de Guayaquil.*

**Domingo García Belaúnde.** *Pontificia Universidad Católica de Perú.*

**María del Refugio González.** *Centro Nacional de los Derechos Humanos de México.*

**Peter Häberle.** *Universidad de Bayreuth.*

**César Landa Arroyo.** *Tribunal Constitucional de Perú.*

**Víctor Manuel Martínez Bullé-Goyri.** *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.*

**Luis Paulino Mora Mora.** *Corte Suprema de Costa Rica.*

**Lucio Pegoraro.** *Universidad de Bolonia.*

**Alessandro Pizzorusso.** *Universidad de Pisa.*

**Carlos Restrepo Piedrahita.** *Universidad Externado de Colombia.*

**Roberto Romboli.** *Universidad de Pisa.*

**Marcial Rubio Correa.** *Pontificia Universidad Católica de Perú.*

**Antonio Ruggeri.** *Universidad de Messina.*

**Néstor P. Sagüés.** *Universidad de Buenos Aires.*

**José Luis Soberanes Fernández.** *Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México.*

**Hernán Salgado Pesantes.** *Pontificia Universidad Católica de Ecuador.*

**Luis Fernando Solano Carrera.** *Centro de Estudios Judiciales para Centroamérica y el Caribe.*

**Diego Valadés Ríos.** *Universidad Nacional Autónoma de México.*

**Jorge Reinaldo Vanossi.** *Universidad de Buenos Aires.*

Año 2009

Nº 12

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

Anuario



**C** y **P**arlamento  
**Constitución**

# PARLAMENTO Y CONSTITUCIÓN. ANUARIO

— Año 2009 Nº 12 —

## COLABORAN EN ESTE NÚMERO

**Saule Amandykova**

*Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Caraganda (Kazajstán)*

**Enrique Belda Pérez-Pedrero**

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

**Francisco Javier Díaz Revorio**

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

**Eduardo Ferrer Mac-Gregor**

*Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y profesor de la Facultad de Derecho de la misma Universidad*

**M<sup>a</sup> Joaquina Guerrero Sanz**

*Letrada del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha*

**Javier Guillem Carrau**

*Doctor en Derecho. Letrado de las Cortes Valencianas*

**Wendy Mercedes Jarquin Orozco**

*Profesora invitada UCLM. Asesora de la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Nicaragua*

**Luis López Guerra**

*Catedrático de Derecho Constitucional Universidad Carlos III de Madrid. Magistrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

**Jesús López de Lerma Galán**

*Abogado e investigador de Derecho Constitucional*

**María Martín Sánchez**

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

**Marcos Francisco Masso Garrote**

*Profesor Titular de 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)*

**María Elena Rebato Peño**

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

**Miguel Revenga Sánchez**

*Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz*

**Roberto Romboli**

*Profesor Ordinario de Derecho Constitucional de la Universidad de Pisa (Italia)*

**Carolina Salas Salazar**

*Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Católica del Norte (Chile)*

**Fernando Silva García**

*Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Secretario de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM*

**Pedro Tenorio Sánchez**

*Profesor Titular de Derecho Constitucional y Letrado del Tribunal Constitucional*

**Tomás Vidal Marín**

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



# ÍNDICE

## I. ESTUDIOS

	<u>Págs</u>
<b>Luis López Guerra</b> , <i>“Algunas reflexiones sobre la ingeniería constitucional”</i>	9
<b>Miguel Revenga</b> , <i>“Cinco grandes retos (y otras tantas amenazas) para la democracia constitucional en el siglo XXI”</i>	25
<b>Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Fernando Silva García</b> , <i>“El Control de Convencionalidad de la Jurisprudencia Constitucional”</i>	45
<b>Roberto Romboli</b> , <i>“La “crisi della legge” nell’evoluzione del rapporto tra “diritto politico” e “diritto culturale”. L’attività creativa di diritto della Corte costituzionale e dei giudici comuni”</i>	73
<b>Marcos Francisco Massó Garrote</b> , <i>“Las fuentes “autónomas” en el ordenamiento jurídico castellanomanchego”</i>	129
<b>Javier Guillem Carrau</b> , <i>“Las reformas estatutarias y las denominaciones de origen”</i>	149

## II. NOTAS, PONENCIAS Y COMUNICACIONES

<b>Jesús López de Lerma Galán</b> , <i>“La denuncia en las Cortes de Cádiz de la publicación El duende político”</i>	195
<b>Wendy Mercedes Jarquin Orozco</b> , <i>“Renacimiento de la finalidad incapacitadora de la pena de prisión a raíz de la LO 7/2003. Análisis a la luz de la Constitución Española”</i>	223
<b>Saule Amandykova</b> , <i>“Assembly of People of Kazakhstan – a new institution of international consent and interethnic tolerance in Republic of Kazakhstan”</i>	253

## III. CRÓNICAS

(1 de enero a 31 de diciembre de 2008)

<b>Enrique Belda Pérez-Pedrero</b> , <i>“Sobre el perfil de los órganos auxiliares de la Comunidad Autónoma y las designaciones de sus miembros”</i>	267
<b>Tomás Vidal Marín</b> , <i>“A vueltas con la exigencia constitucional de proporcionalidad: comentario al ATC 240/2008”</i>	279
<b>M<sup>a</sup> Del Pilar Molero Martín-Salas</b> , <i>“Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas”</i>	285
<b>María Martín Sánchez</b> , <i>“Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha”</i>	291
<b>M<sup>a</sup> Joaquina Guerrero Sanz</b> : <i>“Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria”</i>	317
<b>M<sup>a</sup> Elena Rebato Peño</b> , <i>“Reseña de actividades de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha”</i>	339

## IV. SEMBLANZAS Y RESEÑAS

<b>Carolina Salas Salazar</b> , <i>“Comentario al libro “Los Derechos Humanos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución”, de Fco. Javier Díaz Revorio”</i>	351
<b>Pedro Tenorio Sánchez</b> , <i>“Semblanza y obra del Profesor Giuseppe de Vergottini”</i>	361

---

---

# I. ESTUDIOS

---

---

## SUMARIO

- **Luis López Guerra**, Algunas reflexiones sobre la ingeniería constitucional
- **Miguel Revenga**, Cinco grandes retos (y otras tantas amenazas) para la democracia constitucional en el siglo XXI
- **Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Fernando Silva García**, El control de convencionalidad de la jurisprudencia constitucional
- **Roberto Romboli**, La “crisi della legge” nell’evoluzione del rapporto tra “diritto politico” e “diritto culturale”. L’attività creativa di diritto della Corte costituzionale e dei giudici comuni
- **Marcos Francisco Massó Garrote**, Las fuentes “autónomas” en el ordenamiento jurídico castellanomanchego
- **Javier Guillem Carrau**, Las reformas estatutarias y las denominaciones de origen

# ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA INGENIERÍA CONSTITUCIONAL\*

Luis López Guerra  
Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad Carlos III de Madrid  
Magistrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

## SUMARIO

1. *Un recuerdo de don Antonio La Pergola.*
2. *Transiciones a la democracia y asesoramiento constitucional.*
3. *Imitación constitucional.*
4. *Ingeniería constitucional.*
5. *Ingeniería constitucional y derechos humanos.*

\* El presente artículo, escrito en homenaje al Profesor D. Antonio La Pergola, ha sido incluido, en su versión en inglés, bajo el título “Some reflections on constitutional engineering”, en *Liber Amicorum Antonio La Pergola* (Roma, 2008). En la versión en español se han añadido algunas notas bibliográficas.

## *1. Un recuerdo de don Antonio La Pergola*

Tuve la oportunidad de conocer a don Antonio La Pergola en la ya lejana primavera del año 1977, en un Congreso celebrado en la Universidad de Salamanca sobre el régimen jurídico de los partidos políticos<sup>1</sup>, en los mismos inicios de la transición española a la democracia. Patrocinaba el Congreso (en realidad el primer congreso en libertad de los constitucionalistas<sup>2</sup> españoles) la fundación alemana Friedrich Ebert, y representaban sin duda sus elementos estelares la intervenciones de destacados constitucionalistas de fuera de España, como Hans Peter Schneider por Alemania, Jorge Carpizo por México, Jorge Reinaldo Vanossi por Argentina, y, desde luego, Antonio La Pergola por Italia. Era don Antonio ya bien conocido en España, través de diversas traducciones de trabajos suyos sobre temas de Derecho constitucional e internacional; pero tuvo además en ese Congreso (y en otras muchas ocasiones posteriores) la oportunidad de ejercer de forma personal y directa una considerable influencia sobre la doctrina jurídica española, y en consecuencia, sobre el mismo proceso de transición a la democracia, proceso en que sus opiniones se hicieron presentes en ámbitos académicos y políticos. La presencia intelectual de don Antonio en España y sus publicaciones en este país han sido cuidadosamente documentadas por su antiguo discípulo en la Universidad de Bolonia, y actual catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Salamanca, José Luis Cascajo<sup>3</sup>. Una y otras vinieron a mostrar al mundo jurídico español al menos dos dimensiones de su relevante personalidad: su condición de comparatista, buen conocedor del Derecho europeo, norteamericano y latinoamericano; y por otro lado, y vinculado a ello, su generosidad intelectual que le puso siempre en disposición de asesorar y colaborar en procesos de reformas legales y constitucionales. En el caso de la transición española, su aportación e influencia se hicieron sentir sobre todo en dos áreas: la organización de la estructura territorial del Estado<sup>4</sup>, y el establecimiento de un sistema de justicia constitucional<sup>5</sup>. En ambos aspectos, su conocimiento del Derecho comparado (particularmente del norteamericano, y claro

1. Las comunicaciones presentadas al Congreso se publicaron, bajo la dirección del profesor Pedro De Vega en el libro *Teoría y práctica de los partidos políticos*, Madrid, 1977.

2. En realidad, la disciplina académica “Derecho Constitucional” era inexistente en el momento en España, por razones obvias. En su lugar, se empleaban las designaciones “Derecho Político” y “Teoría del Estado”.

3. J. L. Cascajo Castro “A modo de epílogo: la obra del profesor Antonio La Pergola en el ámbito de la doctrina de lengua española” en A. La Pergola, *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, 1994.

4. Por ejemplo, en su participación en el Congreso sobre organización territorial del Estado celebrado en la Universidad de La Laguna en 1977, participación recogida en A. La Pergola, “Federalismo y regionalismo: el caso italiano” en G. Trujillo (Coord.) *Federalismo y Regionalismo*, Madrid, 1979.

5. Ver por ejemplo su colaboración “La jurisdicción constitucional en Italia” en A. López Pina (ed.) *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid, 1987, págs. 46-49.

está, del italiano, muy tenido en cuenta en la transición española) representó una valiosa contribución a la discusión doctrinal en aquellos momentos constituyentes<sup>6</sup>, así como en el desarrollo constitucional posterior<sup>7</sup>.

Ambas dimensiones del profesor La Pergola, manifestadas en la transición española, como comparatista y como colaborador intelectual en procesos de reforma, vinieron a traducirse, ya en un plano europeo y tras una amplia experiencia en diversos cargos públicos, en la labor de la Comisión de Venecia, que creó y presidió, y que desempeñó un destacado papel de asesoramiento y evaluación en los procesos de transición a la democracia de muchos países del Centro y el Este de Europa. Como es bien sabido, y a partir de 1989, una de las tareas fundamentales con que se enfrentaban esos países consistía en la adecuación de sus ordenamientos a los standards o modelos constitucionales de los países democráticos europeos; por un lado, para establecer unas condiciones políticas acordes con los principios básicos de libertad y dignidad de la persona; adicionalmente, para hacer posible la incorporación de esos países del Centro y el Este de Europa al proceso de integración europea, dentro de una homogeneidad básica de valores, principios e instituciones. La incorporación de esos países al Consejo de Europa, la ratificación de la Convención Europea de Derechos Humanos, y posteriormente, la integración de muchos de ellos a la Unión Europea han sido fases en un proceso en que la labor de la Comisión de Venecia y de su presidente tuvieron una importancia decisiva<sup>8</sup>.

## **2. Transiciones a la democracia y asesoramiento constitucional**

La creación de la Comisión de Venecia fue la respuesta, en el ámbito europeo, a una necesidad que se ha producido también en otros contextos. En efecto, los diversos procesos de transición a la democracia que se han venido pro-

6. Pueden señalarse como ejemplo las intervenciones del profesor La Pergola en las *Jornadas de Estudios sobre el Anteproyecto de Constitución Española*, celebradas en 1978 en la Universidad de Bolonia. Ver J. L. Cascajo, cit., pág. 356.

7. Un ejemplo de la atención de la doctrina constitucionalista española hacia la obra del profesor La Pergola puede encontrarse en J. F. López Aguilar, "Constitución y Federalismo Europeo. Conversación con el profesor Antonio La Pergola" en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 14 (2002) págs. 7-46.

8. Para una visión sobre el significado de la Comisión de Venecia ver J. Jowell, "*The Venice Commission: disseminating democracy through law*", *Public Law* (Winter 2001), págs. 675-683. Más recientemente, P. Van Dijk, "*The Venice Commission on Certain Aspects of the Application of the European Convention on Human Rights naturae personae*" en Brechtenmoser, S. et alii, (eds.) *Human Rights, Democracy and the Rule of Law. Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Zürich, 2007, págs. 183-202, especialmente págs. 183-188. En español, S. Salinas Alcega, *La Comisión para la democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia)*, Zaragoza, 1999.

duciendo en oleadas sucesivas en los últimos decenios (en la década de los setenta en la Europa del Sur, en la de los ochenta en América Latina, en la de los noventa en Europa Central y Oriental) han dado lugar a un fenómeno que quizás podríamos denominar de globalización del Derecho Constitucional, y que ha tenido como una de sus manifestaciones, la demanda (voluntaria, en mayor o menor medida) por parte de muchos países en transición, de asesoramiento externo o internacional, a la hora de diseñar nuevas instituciones y declaraciones de derechos<sup>9</sup>. En ocasiones, estas demandas se han producido debido a una genuina voluntad de conocer la doctrina y la experiencia constitucional de otros países a la hora de introducir reformas internas; en otras ocasiones, esa demanda se ha originado debido a la necesidad, o conveniencia, de obtener un reconocimiento, o si se quiere, un “sello de calidad” internacional de las reformas efectuadas, para poder formar parte de la comunidad internacional “respetable” de países democráticos, y como consecuencia, para lograr la admisión en foros prestigiosos, como el Consejo de Europa, o la Unión Europea.

La Comisión de Venecia aparece así, junto con Universidades, Institutos diversos, fundaciones y agencias gubernamentales e internacionales varias, como una (y posiblemente la más prestigiosa) de las diversas instituciones que han llevado a cabo una tarea de colaboración y asesoramiento en la creación de las estructuras legales necesarias para la transformación de regímenes autoritarios en regímenes constitucionales; y no sólo en lo que se refiere al Derecho constitucional, sino también en lo que afecta al ordenamiento penal, civil o administrativo, entre otros. La progresiva extensión de la democracia constitucional a áreas hasta ahora caracterizadas por el predominio de regímenes autoritarios supondrá muy probablemente el mantenimiento de este tipo de tareas de colaboración y apoyo; por otro lado, debe señalarse que la labor de asesoramiento constitucional se ha mostrado útil (o al menos se ha requerido su presencia) no sólo en supuestos de transición a la democracia, sino también en procesos de reforma y transformación de regímenes constitucionales asentados.

Estas oleadas democratizadoras, y los consiguientes procesos de “normalización” y “homologación” constitucional han dado lugar a la aparición de agencias, privadas, gubernamentales o internacionales, de asesoramiento jurídico, pero también a que se planteen (o se replanteen) una serie de interrogantes, que

9. Ver las observaciones sobre este tema, de P. Häberle en su trabajo “*Dokumentation von Verfassungsentwürfen und Verfassungen ehemals sozialistischer Staaten in (Süd) Osteuropa und Asien*” en *43 Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart* (1995) 106, en que se hace referencia también a la Comisión de Venecia.

no sólo se refieren a los concretos países que están, o han estado, en fase de transición, sino también en forma más general, al mismo concepto de cuales son los requisitos mínimos de un régimen constitucional. Limitándonos al contexto europeo, inicialmente, los procesos democratizadores de la segunda mitad del siglo XX han planteado al menos dos cuestiones:

1. ¿Cuáles son los standards básicos, cuyo cumplimiento permite a un país integrarse en el “club de las democracias” o, si se quiere, ajustarse a lo que se ha denominado “orden público europeo”?

2. ¿Qué técnicas, o fórmulas concretas, son las más adecuadas, en cada país, para alcanzar esos standards básicos?

Se trata, evidentemente, de preguntas que hacen referencia a dos tareas muy distintas: por un lado, la fijación de objetivos, y por otro, la definición y diseño de las políticas para alcanzarlos.

En cuanto a lo primero, esto es, la definición de los objetivos últimos a alcanzar, ¿cuándo se puede decir que un régimen es democrático, y que respeta suficientemente los derechos humanos? Desde luego, siempre podrá decirse, parafraseando la famosa expresión de un juez del Tribunal Supremo norteamericano (refiriéndose a otras materias) “no puedo definir la democracia, pero la reconozco cuando la veo”. Pero alguna previsión más es necesaria, al menos si se mantiene la voluntad de establecer unas reglas mínimas para pertenecer al “club de las democracias” europeo, o, incluso, en un nivel mundial global

En realidad, y al menos en una primera aproximación, no es muy difícil determinar cuales son los standards básicos para que pueda admitirse que un régimen responde a las exigencias del constitucionalismo moderno, simplemente por remisión a los textos comúnmente aceptados del orden jurídico común europeo. La expresión clásica más general de los fundamentos del constitucionalismo podría encontrarse en el famoso artículo 14 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano: “Un país en que la separación de los poderes y la garantía de los derechos no esté asegurada, carece de Constitución”. En una posición cronológicamente más cercana, el Preámbulo del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 se refiere, por ejemplo, como elementos fundamentales para la justicia y la paz en el mundo, a “un régimen político verdaderamente democrático” y a “una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos”. La combinación (por otra parte indispensable) de instituciones democráticas y garantía de los derechos

humanos (junto con un elemento inseparable de ambos, la preeminencia del Derecho) aparece sin dificultad, y así se reconoce por la doctrina académica, las proclamaciones legales y la jurisprudencia de los tribunales, como el factor común definidor de cualquier modelo constitucional.

En lo que se refiere concretamente a la definición de los derechos humanos reconocidos comúnmente como *standard indisponible*, disponemos de un punto de referencia específico, como es la misma Convención Europea de 1950, y su desarrollo jurisprudencial por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De esa base puede deducirse una serie de derechos cuyo reconocimiento y efectividad constituyen requisito mínimo para la admisión de un país en el “club de las democracias”; de hecho, y formalmente, desde 1993, la ratificación del Convenio de 1950 y sus protocolos y la admisión de la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo se han configurado como requisitos ineludibles para la admisión en el Consejo de Europa<sup>10</sup>.

### ***3. Imitación constitucional***

En forma comprensible, el principal punto de referencia para verificar el grado de democracia de un régimen son las normas legales que lo regulan, y muy especialmente, las normas constitucionales. Desde luego, se trata sólo de una apreciación inicial, puesto que la letra del Derecho puede que tenga una limitada proyección en la práctica. Hace más de medio siglo pudo Karl Loewenstein llevar a cabo su famosa clasificación de las Constituciones en tres tipos: normativas, nominales y semánticas<sup>11</sup>. No basta, para valorar la calidad democrática de un régimen, con examinar la letra de las leyes: es necesario también determinar cómo funcionan en la práctica las instituciones.

Así y todo, es también comprensible que a la hora de realizar una transición a la democracia, una de las tareas iniciales (y usualmente, la más destacada ante la opinión pública) sea la redacción de textos, legales o constitucionales, que establezcan las nuevas instituciones y tablas de derechos. La elaboración de una nueva Constitución suele presentarse como un acontecimiento de alto significado simbólico, como un “empezar de nuevo” sobre bases más firmes y justas. Es cierto que en muchos casos ello puede dar lugar a una cierta “ilusión constitucional”, a una sobrevaloración, y consiguiente decepción, sobre lo que una Constitución puede

10. A partir de 1998, el reconocimiento de la jurisdicción del TEDH ha dejado de ser opcional para los países firmantes del Convenio.

11. K. Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, Chicago, 1957.

realmente aportar a la convivencia y prosperidad de una sociedad. Pero en los casos en que no se produce una simple reforma de instituciones preexistentes, sino la introducción *ex novo* de un régimen democrático, la importancia práctica y simbólica de la aprobación de un nuevo texto constitucional es evidente.

Frente a lo que ocurre en procesos de reforma constitucional, en los supuestos de cambio radical de régimen, esto es, cuando se trata de reintroducir (o a veces de establecer por primera vez) un régimen democrático tras un período autoritario más o menos largo, el constituyente y sus asesores se encuentran ante un vacío constitucional, y por ello cuentan con un mayor libertad de acción. En alguna ocasión, la existencia de una tradición constitucional anterior permite llenar el vacío dejado por el régimen autoritario utilizando normas o instituciones vigentes en épocas anteriores. Como ejemplo, la reintroducción de la democracia en Austria se llevó a cabo mediante la puesta en vigor de nuevo de la Constitución de 1920<sup>12</sup>. Sin embargo, en la mayoría de los casos, cabe sospechar que, o bien esa tradición es inexistente, o no ha dejado huellas, o, incluso, que resulta inutilizable por encontrarse esa tradición en el origen de la misma crisis, en su momento, del régimen democrático. En tales casos se hace necesario comenzar prácticamente de cero.

Al constituyente y sus asesores se les abren, en esas ocasiones, varias vías de acción. Una de ellas representaría lo que podría denominarse opción de óptimos: dados los objetivos a lograr para conseguir un régimen democrático homologable, se trataría de buscar las instituciones y técnicas más adecuadas idealmente (desde la perspectiva ideológica del constituyente) para alcanzar esos objetivos. Se trataría, de seguirse esa línea, de una tarea en gran manera abstracta, de construcción de una Constitución ideal, a la luz de los valores y preferencias de los constituyentes y sus asesores. En estos (teóricos) supuestos, la libertad de acción del legislador constituyente es máxima.

Pero incluso en los (hipotéticos) supuestos en que exista esa libertad, la selección de fórmulas organizativas de las instituciones políticas, a efectos de conseguir una razonable credibilidad democrática, aparece, en todo caso, limitada; después de todo, la experiencia constitucional acumulada ha venido a establecer una lista de alternativas o modelos, en lo que ya resulta difícil introducir nuevas fórmulas o variaciones. Ello no quiere decir que, con ocasión de períodos cons-

12. Otros ejemplos pueden encontrarse en dos de los países bálticos. Letonia, al recuperar su independencia, restableció la vigencia de la Constitución de 1922. En Lituania se reinstauró (brevemente) la Constitución de 1938. Ver al respecto I. Ziemele, *State Continuity and Nationality: The Baltic States and Russia*, Leiden, 2005, págs. 32-36 y 38-40.

tituyentes, no se creen técnicas o fórmulas nuevas, que se añaden al conjunto de fórmulas constitucionales ya existentes. Un ejemplo de este tipo de “creación” o invención pudiera ser el establecimiento, bajo la inspiración de Hans Kelsen, de la jurisdicción constitucional concentrada en la Constitución austriaca de 1920<sup>13</sup>, o el Consejo de la Magistratura creado por la Constitución francesa de 1946, e imitado con mayor éxito por la Constitución italiana de 1948, o el procedimiento de *habeas data* introducido por la Constitución brasileña de 1988<sup>14</sup>.

Sin embargo, en la gran mayoría de los procesos constituyentes, las alternativas disponibles son forzosamente limitadas. En cuanto a la Jefatura del Estado, la decisión se mueve entre la monarquía y la república; en cuanto a la organización territorial, entre los modelos centralizados (tipo francés) federales (tipo norteamericano o alemán) o regionales (tipos italiano). En lo que se refiere a la relación entre poderes, las posibilidades de elección se sitúan entre las fórmulas presidencial, parlamentaria, o mixta (tipo francés, como solución intermedia). Y finalmente (aun cuando cabrían muchos más ejemplos) en lo que se refiere al sistema electoral, las fórmulas presentes se mueven dentro de la dualidad sistema mayoritario *versus* sistema proporcional.

En realidad, a la hora de diseñar reformas orgánicas, más o menos radicales, de las instituciones políticas para efectuar una transición a la democracia y crear un sistema “homologado” internacionalmente, es difícil evitar inspirarse en otros ejemplos ya ensayados. Como consecuencia, en muchos casos la reforma constitucional ha sido un ejercicio de imitación constitucional (o de préstamo constitucional, traduciendo literalmente la expresión anglosajona “*constitutional borrowing*”) esto es, el recurso (si no existe una tradición constitucional propia) a modelos de otros países<sup>15</sup>. La Constitución española, si bien adopta instituciones heredadas de épocas anteriores, es también buen ejemplo de ese *constitutional borrowing*: en ella son visibles instituciones tomadas del modelo de la Alemania federal (así el diseño del Tribunal Constitucional, o de la *Konstruktive Misstrauenvotum*, por ejemplo) de Suecia (el Ombudsman, en su versión española del Defensor del Pueblo) de Italia (la fórmula general de la autonomía regional, a su vez inspirada en la Constitución republicana de 1931) de Francia

13. Ver sobre este tema, P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, 1987.

14. Ejemplo seguido por las Constituciones de Paraguay (1992) Perú (1993) Argentina (1994) y Ecuador (1996).

15. La revista *International Journal of Constitutional Law*, vol. I, núm. 2 (2003) dedica un número especial al *constitutional borrowing*. Para una apreciación crítica, en lo que se refiere a Europa Central y del Este, ver, en ese volumen, el artículo de W. Osiatynski, “Paradoxes of constitutional borrowing”, págs. 244-288.

(las leyes orgánicas, con las peculiaridades propias españolas) o de México (el recurso de amparo, al menos en el nombre)<sup>16</sup>.

Resulta comprensible que, a la hora de diseñar un régimen constitucional, se tengan en cuenta experiencias de otros países que hayan resultado satisfactorias; ello explica la difusión de instituciones como los Tribunales Constitucionales, los Consejos del Poder Judicial, los Defensores del Pueblo, o de las diferentes generaciones de derechos, por poner algunos ejemplos, por lo que no es infrecuente que se hable de “familias de Constituciones”<sup>17</sup>. Ahora bien, el “*constitutional borrowing*” no deja de plantear numerosos problemas, como ha podido verificarse en muchas ocasiones. Las instituciones que se han mostrado más útiles en la historia constitucional de los diversos países son resultado, en muchos casos, no de una planificación intelectual, sino de la experiencia de muchos años, y de ensayos repetidos de prueba y error; responden tanto a soluciones que tomaban en cuenta los problemas y las condiciones específicas de la sociedad y la política del momento, como a tradiciones culturales arraigadas. Por ello, el trasplante, sin más, a contextos distintos, puede dar lugar a situaciones disfuncionales, o, al menos, imprevisibles.

Un ejemplo a considerar pudiera ser el referente a los Consejos de la Judicatura, instituciones que se han extendido, en un fenómeno de difusión constitucional, a numerosos países, a partir sobre todo de la experiencia italiana introducida por la Constitución de 1948. Su justificación en el contexto europeo se hace residir en el deseo de liberar a la judicatura de la posible influencia del poder ejecutivo, a través de los mecanismos de designación, promoción, inspección y disciplina de los miembros del poder judicial. La creación de los Consejos de la Judicatura en Europa ha venido en la práctica a suponer una reducción de las competencias del poder ejecutivo en materia de organización judicial.

El ejemplo europeo ha sido adoptado en varios países de América Latina. Ahora bien, la situación en ese contexto es distinta. Tradicionalmente, los poderes de designación, promoción, inspección y disciplina de jueces se han encontrado en el constitucionalismo latinoamericano, no en manos del poder ejecutivo, sino en manos de la instancia superior de la judicatura, esto es, el Tribunal Supremo. Este se configuraba (y aun se sigue configurando, en laudos casos)

16. Ver sobre este tema, el trabajo de Santiago Varela, “La Constitución española en el marco del Derecho constitucional comparado” en T. R. Fernández (Coord.) *Lecturas sobre la Constitución española*, Madrid, 1978, vol. I., págs. 13-36.

17. Sobre esta cuestión, permítaseme la referencia a mi artículo “*The Application of the Spanish Model in the Constitutional Transitions in Central and Eastern Europe*”, en *Cardozo Law Review*, 19 (1998) págs. 1937-1951.

como órgano jurisdiccional, y como órgano de gobierno del poder judicial. Como consecuencia, la introducción de los Consejos de la Judicatura, y la atribución a los mismos de competencia de gobierno de los jueces no ha supuesto una disminución de las competencias del poder ejecutivo... sino de las competencias del Tribunal Supremo. Los miembros del Consejos de la Judicatura son designados por instituciones parlamentarias, por Universidades, o incluso, en algunos países, por instituciones de la sociedad civil: con ello, se ha abierto una posible vía de influencia política en la judicatura antes inexistente<sup>18</sup>.

Un fenómeno de difusión cultural o de *constitutional borrowing*, ha venido, pues, a introducir fórmulas aparentemente más eficientes para la independencia de la justicia; pero al establecerse en un contexto radicalmente distinto de aquel en que se crearon los Consejos de Justicia, sus efectos posiblemente también no sean los mismos, e incluso cabe temer que en algún supuesto sean los contrarios a los deseados.

#### ***4. Ingeniería constitucional***

No deja de resultar comprensible que la tendencia a adoptar modelos ya establecidos en nuevos sistemas constitucionales se halle presente tanto entre los líderes políticos del momento (deseosos de imitar modelos que hayan mostrado un cierto éxito) como por parte de los asesores y expertos que colaboren en el proceso de transición, asesores y expertos que muy probablemente tenderán a introducir en otros contextos las instituciones con que están familiarizados, de su país de origen. No es difícil verificar que los expertos norteamericanos recomiendan el sistema presidencial, los europeos el parlamentario y los franceses el semi-presidencial. No obstante, la práctica derivada de las ya numerosas ocasiones en que se han llevado a cabo procesos democratizadores con asistencia de asesores internacionales ha venido a mostrar que la simple imitación de modelos de otros contextos no tiene por qué ser particularmente exitosa. Por ello, frente la “imitación constitucional” se configura una alternativa que parece más adecuada, consistente en seguir una vía lógica distinta: en lugar de buscar modelos prestigiosos, para introducirlos en el ordenamiento nacional, la vía a veces denominada “ingeniería constitucional” trataría de verificar cuáles son las condiciones y problemas reales de la vida política del país, y de buscar las herramientas legales que permitan más adecuadamente ajustarse a esas condiciones y resolver esos problemas. Se

18. Sobre este tema, me remito a mi trabajo “La reforma de la justicia en América latina: consideraciones desde la perspectiva de la gestión de la justicia” en *Parlamento y Constitución*, 10 (2006-2007) págs. 9-32.

trataría así de añadir una perspectiva política a la tarea jurídica de construir un orden constitucional, partiendo de que la letra de las leyes, por sí sola, puede no ser suficiente para llevar a una práctica política democrática y estable.

Este enfoque supone por un lado, una posición realista, en cuanto considera a las instituciones jurídicas, no como fines en sí mismas, sino como instrumentos para lograr una adecuada convivencia; supone por otro lado (y desde la perspectiva de asesor, o del estudioso) a la hora de proponer o analizar reformas institucionales en otros contextos, la renuncia al condicionamiento que implica el considerar como “naturales” las propias instituciones, por el mero hecho de estar acostumbrado a ellas.

La perspectiva de la ingeniería constitucional se ha visto popularizada por la obra de Giovanni Sartori<sup>19</sup>, si bien el uso del término ha sido frecuente en la doctrina constitucionalista italiana<sup>20</sup>. En realidad, la idea subyacente a la ingeniería constitucional ha estado largo tiempo presente en los estudios de la política y la Constitución: dadas las condiciones de una comunidad determinada, ¿cuáles son las mejores técnicas jurídicas para conseguir objetivos concretos en esa comunidad? Frente a la opción de óptimos a que se hace referencia más arriba, consistente en buscar fórmulas idealmente perfectas, la ingeniería constitucional supone una opción por lo razonablemente posible.

La ingeniería constitucional, en cuanto busca un orden político estable y efectivo, aparece como un enfoque especialmente adecuado a la hora de configurar las estructuras orgánicas de la democracia, es decir, el aparato institucional. Una característica común de las manifestaciones de este enfoque es la consideración de factores extrajurídicos como datos de hecho condicionantes, especialmente (y este sería quizás una nota común a las expresiones de este enfoque) la presencia de los partidos políticos. En gran manera, el desarrollo de la ingeniería constitucional puede considerarse como un desarrollo y continuación de los famosos estudios de Maurice Duverger sobre la relación entre leyes electorales y sistemas de partidos<sup>21</sup>; Duverger vino a emplear un tipo de análisis que no sólo se refería al estudio formal de las normas (las características de la ley

19. Posiblemente la obra más conocida sobre esta materia sea G. Sartori, *Ingegneria Costituzionale comparata*, Milano, (primera edición, 1995). Para una visión general, G. Sartori, “La ingeniería constitucional y sus límites” *Teoría y Realidad Constitucional* 3 (1999) pág. 79.

20. Ver por ejemplo P. Lucas Verdú, “Una reciente aportación de la doctrina italiana a la teoría de la Constitución: la “ingeniería constitucional”, *Revista del Departamento de Derecho Político de la UNED*, núm. 4, Otoño 1979, págs. 27 a 38.

21. M. Duverger, *Les partis politiques* (primera edición: Paris, 1951).

electoral) sino a sus consecuencias sobre la realidad política. Estudios posteriores han venido a revisar, confirmar o desmentir (según los casos) las leyes de Duverger; pero su metodología, consistente en determinar los efectos políticos de las normas legales se ha revelado como extremadamente útil a la hora de decidir entre las diversas alternativas posibles en el diseño constitucional.

El área “natural” de la ingeniería constitucional es sin duda el Derecho electoral, como arma para operar sobre el sistema de partidos, y, directa o indirectamente, sobre todo el sistema político. Pero no es éste el único ámbito de actuación de esta metodología. Una aplicación destacada ha sido la referente al sistema de relación entre los poderes, esto es, y fundamentalmente, al diseño de las relaciones entre los poderes ejecutivo y legislativo: en otros términos a la elección entre los sistemas presidencial o parlamentario, o fórmulas intermedias. Un ejemplo inicial de ingeniería constitucional en este campo pudiera ser la introducción, ideada por el profesor Nawiasky, de la “moción de censura constructiva” en la Ley Fundamental de Bonn como fórmula para asegurar la estabilidad gubernamental, fórmula imitada, como ya se apuntó, por la Constitución Española (y los Estatutos de la gran mayoría de las Comunidades Autónomas). En épocas más recientes ha encontrado aplicación en las reformas constitucionales de América Latina; a este respecto, han resultado sin duda influyentes los trabajos de Juan Linz<sup>22</sup>, y del mismo Sartori, respecto de las ventajas y desventajas de los sistemas presidencial y parlamentario, y de las fórmulas intermedias. Un ejemplo elocuente de la aplicación de la ingeniería constitucional (en cuanto que supone un apartamiento de modelos e ideales tradicionales en las repúblicas latinoamericanas) sería el representado por la introducción, en Constituciones como las de Argentina o Perú, de fórmulas semiparlamentarias, como la creación, manteniendo al Presidente de la república como Jefe del Estado y Jefe del Gobierno, de un “Jefe de Gabinete” (Argentina) o un Primer Ministro (Perú) responsables ante el Parlamento.

### ***5. Ingeniería constitucional y derechos humanos***

¿Hay un campo de actuación para la ingeniería constitucional en lo que se refiere a la regulación jurídica de los derechos humanos? Cabría, en una primera impresión, abrigar dudas al respecto. Los derechos humanos, en su vertiente de derechos fundamentales o libertades públicas reconocidas en las constitucio-

22. J. Linz y A. Valenzuela, eds. *The Failure of Presidential Democracy (2 vols.) I. Comparative Perspectives. II. The Case of Latin America*. Baltimore and London, 1994.

nes, responden a valores básicos en un sistema democrático, y no son fórmulas coyunturales; la consagración de esos derechos, no sólo en los textos constitucionales, sino también en numerosos textos internacionales, así como la creación de órganos internacionales de garantía les aleja del ámbito de lo meramente instrumental. Los textos constitucionales han podido incluso establecer la existencia de un “contenido esencial”<sup>23</sup> de los derechos fundamentales, que no puede verse alterado o modificado, al servicio de otros intereses, por importantes que éstos sean; alguna jurisprudencia ha podido ir incluso más allá, y hablar en algún caso del contenido absoluto<sup>24</sup> de algún derecho fundamental, en el sentido de que ese derecho, en su integridad, debería ser inmune a la acción del legislador o de cualquier aplicador del Derecho.

Las instituciones que integran la estructura orgánica de los regímenes constitucionales permiten al constituyente y al legislador un amplio margen de actuación a la hora de introducir fórmulas organizativas, sin que, al final, se resienta el carácter democrático del sistema. Ahora bien, si ciertamente los derechos fundamentales son susceptibles de límites y restricciones, ello será siempre con sometimiento a estrictas condiciones que las Constituciones, la jurisprudencia nacional e internacional, y la misma cultura común constitucional han establecido cuidadosamente. Parecería pues que la ingeniería constitucional, en cuanto tarea de búsqueda de soluciones *ad hoc* para las situaciones y problemas muy distintos tuviera poco que hacer en este campo. Y de hecho, y como se indicó más arriba, la literatura y la práctica de la ingeniería constitucional ha encontrado su área de estudio y respecto de las cláusulas “orgánicas” de las constituciones, que versan sobre materias como elecciones, estructura de los poderes y relaciones entre ellos.

Así y todo, y en un análisis más profundo, no es difícil encontrar aspectos referentes a los derechos fundamentales en los textos constitucionales y legales en donde se abre un amplio campo de acción a la ingeniería constitucional, esto es, al diseño de fórmulas que permitan adecuar la regulación jurídico-constitucional a las necesidades, condiciones y objetivos específicos de un país. Si bien la definición y el contenido de los derechos fundamentales básicos ya están, felizmente, fuera del alcance del constituyente y el legislador democrático, no ocurre lo mismo con una materia directamente relacionada con ellos, materia en que sin duda caben infinidad de fórmulas; me refiero las herramientas técnicas de garantía de los derechos fundamentales, esto es, a los instrumentos jurídicos

23. Así, art. 53.1 de la Constitución española, siguiendo el modelo del art. 20 de la Ley Fundamental de Bonn.

24. STC 91/2000, caso Paviglianitti.

para dotar de efectividad a las tablas y declaraciones de derechos que integran la “parte dogmática” de las Constituciones.

La garantía de un derecho es parte fundamental del mismo: como se ha podido decir, la garantía “pone dientes” al derecho, cuya enunciación constitucional, sin ella, no pasa de ser una mera declaración o buen deseo. Y si el elenco de derechos imprescindibles para que pueda calificarse a un Estado de constitucional, y el mismo contenido de esos derechos se encuentra en gran manera ya homologado y “globalizado” por la cultura constitucional común, y, más eficazmente, por la jurisprudencia internacional, no ocurre lo mismo con el sistema de garantías y formas concretas de protección, que varían notablemente, y que, ciertamente, presentan aun un amplio margen para su innovación y mejora. No puede negarse, en todo caso, que también en este campo existe un mínimo común denominador en los regímenes constitucionales, mínimo común denominador que podría situarse en la existencia de una garantía judicial de los derechos, garantía administrada por órganos independientes. Pero se trata de una garantía que es susceptible de mejoras que aumenten su efectividad, de acuerdo con las circunstancias de cada país. Y aquí, de nuevo, debe recordarse que ni la búsqueda de fórmulas ideales abstractas y perfectas, ni la mera imitación o *constitutional borrowing* de fórmulas acuñadas en otros contextos puede ser el mejor mecanismo.

Todavía carecemos de una literatura académica suficiente que estudie los sistemas comparados de garantía de los derechos fundamentales, y sus consecuencias sobre la efectiva vigencia de estos, con la intensidad con que se han estudiado, por ejemplo, las consecuencias de los sistemas electorales, los sistemas de relación entre ejecutivo y legislativo, o de los sistemas de organización territorial. Y sin embargo, los problemas que se plantean en este ámbito son considerables, y se manifiestan progresivamente, conforme se van extendiendo a contextos cada vez más amplios el régimen constitucional y la pretensión de construir auténticos estados de derecho, y a medida que los diversos regímenes constitucionales –aún los más antiguos y arraigados– tratan de profundizar en la protección de los derechos de la persona.

Pongamos un ejemplo. El recurso específico para la protección de derechos fundamentales, como vía jurídica diferenciada y distinta del resto de remedios ante los Tribunales se ha introducido en muchos ordenamientos. Las manifestaciones de esta técnica garantista, que pretende establecer un procedimiento específico, son muy variadas: ejemplos de esa técnica pueden ser el recurso de amparo español (el “amparo judicial” y el amparo constitucional) la *Verfassungsbeschwerde* alemana o

la tutela colombiana, para poner sólo unos pocos ejemplos. Y varían tanto los derechos así protegidos (según listas más o menos extensas) como los órganos competentes para conocer de esos procedimientos, los trámites y fases que configuran a cada uno de esos procedimientos, y las consecuencias y efectos de las decisiones que se adopten. Y la experiencia ha venido a mostrar que de la introducción de esa técnica en sus diversas variantes pueden derivarse consecuencias tanto funcionales como disfuncionales para la efectiva protección de los derechos, y para la misma regularidad y buen orden en las relaciones entre los órganos del Estado. Un ejemplo de tales consecuencias pudiera ser la utilización abusiva de ese procedimiento, y el consiguiente colapso de los órganos judiciales competentes; otro pudiera ser el surgimiento de tensiones entre los órganos judiciales especializados en la materia y los órganos superiores de la jurisdicción ordinaria: valga referirse a la famosa “guerra de las cortes” en Italia<sup>25</sup> que ha tenido diversas expresiones en varios países. Es lícito pues plantearse, con ocasión de procesos de innovación o reforma constitucional, en diversos contextos, si efectivamente, en las condiciones que se den en un país y momento determinado es conveniente o no la existencia de un procedimiento específico de defensa de derechos fundamentales; y en los supuestos de contestación positiva, que derechos deben quedar por él protegidos, y qué órgano u órganos deben ser los encargados de esa protección. Cuestiones todas ellas de ingeniería constitucional, para la que sería útil contar más literatura sobre derecho comparado.

Otro ejemplo, respecto de aplicación de la ingeniería constitucional al campo de las declaraciones de derechos podría ser el referente a las garantías de los derechos sociales y económicos o de la “segunda generación”<sup>26</sup>. Como es bien sabido, en los procesos constituyentes, a la hora de decidir sobre el grado de reconocimiento y garantía constitucional de estos derechos, dos tipos de consideraciones aparecen como dignas de especial atención: por una lado, la aspiración universal a que la comunidad política asegure unas mínimas condiciones de bienestar y seguridad existencial: por otro, la conciencia de que ello exige emplear recursos cuya disponibilidad no está asegurada. El problema reside por tanto en introducir mecanismos de garantía que aseguren la satisfacción de esos derechos sociales en tanto se disponga de suficientes medios, pero, al tiempo, disponiendo de suficientes salvaguardias para evitar que ello se convierta en una carga que la comunidad política no pueda soportar, cuando esos

25. Un interesante análisis de la “guerra de las Cortes” en Italia y sobre todo en el contexto español, puede encontrarse en el trabajo de Rosario Serra Cristobal, *La guerra de las Cortes: la revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Madrid, 1999 .

26. Ver sobre este tema, R. Uprimny, “Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía” en M. García, C. Rodríguez y R. Uprimny, en *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, 2006, págs. 147-202.

medios no sean disponibles, o deban destinarse a otros fines más urgentes. Los ordenamientos constitucionales creados en el último medio siglo se han enfrentado con esta cuestión en forma muy diversa: un ejemplo pudiera ser el modelo español (con antecedentes, por ejemplo, en la Constitución de la Unión India) de reconocer diversas categorías de derechos, cada una con un nivel distinto de garantías. Habría así derechos fundamentales, derechos constitucionales y derechos derivados de “principios económicos y sociales”; estos principios darían lugar a derechos en tanto fueran objeto de desarrollo legal. Se trata sólo de una de las posibles fórmulas a emplear por el constituyente, y sin duda es mejorable. También en este tipo de problemas la ingeniería constitucional podría beneficiarse de una mayor atención de la doctrina.

Los ejemplos de la posible aplicación de la ingeniería constitucional al ámbito de los derechos podrían multiplicarse. Para terminar, valga hacer referencia a una última cuestión, que ya se ha mencionado más arriba. Como se ha dicho, al menos en un aspecto existe consenso en materia de protección y garantía de los derechos fundamentales: que en último término esa protección quede asegurada por órganos jurisdiccionales independientes. Ahora bien, ello plantea una dificultad de orden eminentemente práctico. ¿Cómo asegurar esa independencia judicial frente a poderes públicos y privados? El tema del gobierno de los jueces, de nuevo, aparece como especialmente necesitado de fórmulas que aseguren, por un lado, la no sujeción de la judicatura a presiones indeseables, y por otra, y concurrentemente, que la justicia vaya a funcionar eficientemente como un servicio público, prestado por funcionarios responsables... lo que exige un determinado nivel de inspección y control. Dentro del creciente conjunto de trabajos que se ocupan de la reforma judicial desde una perspectiva comparada (y que reflejan experiencias o efectúan propuestas de “ingeniería constitucional”) los que versan sobre el gobierno de los jueces, sea este encargado a una Corte Suprema, al Ministerio de Justicia, a un Consejo Judicial, o a fórmulas mixtas, representan un núcleo creciente<sup>27</sup>, que muestra que también en este campo se hace presente la necesidad de buscar fórmulas nuevas. También aquí ha podido afirmarse que la mera adopción de soluciones intentadas en otros contextos, como por ejemplo, la adopción de la fórmula de los Consejos de la judicatura, no tiene por qué ser forzosamente una buena idea; y ello tanto en el contexto latinoamericano (a que ya se ha hecho referencia) como en el contexto europeo<sup>28</sup>.

27. Un análisis y resumen de esos trabajos puede encontrarse en P. Deshazo y J. E. Vargas, *Judicial Reform in Latin America*, Washington, 2006.

28. Ver, por ejemplo, K. Malleon, “*Creating a Judicial Appointments Commission: Which Model Works Best?*”, *Public Law* (Spring 2004) págs. 102-121.

# CINCO GRANDES RETOS (Y OTRAS TANTAS AMENAZAS) PARA LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL EN EL SIGLO XXI\*

Miguel Revenga Sánchez  
Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad de Cádiz

## SUMARIO

1. *¿Qué significa “democracia constitucional”?*
2. *El reto de la participación democrática (y la amenaza del alejamiento y la impostura).*
3. *El reto de la efectividad de los derechos (y la amenaza de hacer de ellos algo banal).*
4. *El reto del reconocimiento y de la inclusión de Grupos diferenciados (y la amenaza de la disgregación y el desapego).*
5. *El reto de la normatividad (y la amenaza del retorno del constitucionalismo nominal).*
6. *El reto de la adaptación del constitucionalismo a los nuevos espacios (y la amenaza de la ausencia de asignación de responsabilidades).*

\* El presente texto es la versión escrita de una conferencia pronunciada en Fortaleza (Brasil), el 6 de noviembre de 2009, en el transcurso de un Congreso Internacional de Estudios Constitucionais, por invitación del profesor Paulo Bonavides.

A Rafael del Águila, in memoriam

### 1. ¿Qué significa “democracia constitucional”?

Democracia Constitucional es el rótulo con el que cualificamos a la forma de organización política inspirada en los ideales del constitucionalismo. A comienzos del siglo XXI tales ideales están necesitados de una reformulación, a la vista de la experiencia histórica del constitucionalismo, desde la era de las revoluciones (la francesa y la de los Estados Unidos de América, fundamentalmente), pero también la de la descolonización americana y la de la emancipación por doquier de Naciones y pueblos que, levantándose contra el pasado, se decidieron a tomar el destino en sus manos, mediante el ejercicio de lo que desde entonces conocemos como poder constituyente<sup>1</sup>.

Aquellos fueron momentos de Revolución, de revolución constitucional, que es una afirmación de la capacidad de un pueblo para adueñarse del presente, pero también un alarde de auto-confianza: la que se precisa para programar el futuro de cualquier comunidad política, con el fin de que discurra por los caminos, y bajo la guía de los ideales, trazados en el texto de la Constitución. Revolución, pues, de escritura, y creencia en las cualidades casi-taumatúrgicas de las palabras para transformar la realidad, y para generar energía utópica entre quienes, acatando lo que ellas disponen, practicaron la virtud constitucional de sujetarse a restricciones, para que el ejercicio del poder se acomodara a la filosofía de fondo que preparó el triunfo del movimiento constitucional.

Pero hablamos de ideales del constitucionalismo reformulados; ideales que precisan una puesta al día, porque una experiencia histórica de dos siglos nos enseña que las palabras no generan, por sí solas, praxis constitucional. Sirviendo como espejo y medida de una realidad cambiante, las Constituciones de aquella época revolucionaria de fundación de Naciones, nacieron acaso demasiado vinculadas a las necesidades y aspiraciones de una clase social —el *tercer estado* de Sieyès— que se presentaba como el todo sin serlo en absoluto<sup>2</sup>. Fuera de él, o en sus márgenes, quedaba todo un sector de la población radicalmente privado de la

1. Véase, entre la bibliografía más reciente, el completo y sugerente trabajo de Pedro Salazar Ugarte, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, UNAM/Fondo de Cultura Económica, 2006.

2. Sobre la teoría de Sieyès situada en su contexto histórico, puede verse el trabajo de Ramón Máiz, *Nación y Revolución. La teoría política de Emmanuel Sieyès*, Madrid, Tecnos, 2007.

posibilidad misma de devenir ciudadano y, por tanto, miembro activo de la comunidad política: el género femenino, en primer lugar, pero no sólo la mujer; en su punto de arranque, el constitucionalismo contemporiza con la esclavitud y con la servidumbre negadora de la genuina condición humana. Y ello pese a su afirmación acerca del valor (y de la necesidad de garantizar) unos derechos *del hombre y del ciudadano*, dirá la Declaración de 1789, como componente inseparable, junto con la división de los poderes estatales, del concepto mismo de Constitución.

La suerte del constitucionalismo dieciochesco estaba implícita en esas señas genéticas: un léxico atractivo, sin la adecuada gramática constitucional, que pudiera valer como argumento para defender su despliegue pacífico, frente a los retrocesos de carácter conservador (el retorno del *Rey por la gracia de Dios*, por ejemplo)<sup>3</sup> o las rupturas de impronta radical-revolucionaria. Un constitucionalismo aquel inauténtico o *de boquilla* (por decirlo castizamente), en el que se abrían abismos insondables entre los dogmas de la Constitución y la realidad política subyacente o, como se dijo más tarde, entre la Constitución *formal* –la *hoja de papel* para Lassalle– y la Constitución *material*; precisamente lo opuesto de cuanto hoy exigimos a una democracia digna de llamarse constitucional<sup>4</sup>.

En el siglo XXI la **Democracia Constitucional** no puede ser sino práctica democrática; una práctica que resiste el escrutinio sobre el modo mediante el que los deseos (abstractos) de los más se transforman en decisiones (concretas) de los menos, sin que la legitimidad de esa operación se vea sustancialmente comprometida por falseamientos de la realidad o exclusiones *a priori*. Mediante el sufragio universal dotado de garantías y asentado sobre firmes presupuestos de carácter fáctico y jurídico, en la democracia constitucional puede hablarse de la voluntad general no como un dogma de resonancias *rouseauianas*, sino como la energía primigenia que se genera desde abajo y asciende hacia los gobernantes, permitiendo que, si algo queda de la renacentista *voluntas* soberana, sea para dar algún sentido a la atribución que de la misma se hace al pueblo.

Y decimos democracia y la adjetivamos como democracia *constitucional*, con variadas justificaciones y argumentos. Unos puramente negativos, fundados en lo que nos enseña la aventura histórica de lo que es quizá la palabra de mayor

3. Para el principio del *Gottesnagdentum*, véase Werner Jun, “El Principio Monárquico y el Constitucionalismo alemán del siglo XIX”, *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, 2 (2000), págs. 559 y ss.

4. Véase Javier Jiménez Campo, “Contra la Constitución material”, en AA.VV. *Estudios de Derecho Público en homenaje a Juan José Ruiz Rico*, Madrid, Tecnos, 1997, págs. 42 y ss.

capacidad evocadora de cuantas conforman nuestro vocabulario político<sup>5</sup>: no la democracia del pueblo reunido en el *agora* y decidiendo de continuo sobre su destino sin vínculos ni limitaciones de carácter formal. Tampoco la democracia del pueblo asimilado a cierta clase social, con un partido a la vanguardia de la marcha triunfal hacia un inalcanzable horizonte utópico, convertido en dogma político exclusivo y excluyente. Y menos aún la democracia de caudillos providenciales para un pueblo descreído de la utilidad del debate y la confrontación plural, y dispuesto a sucumbir –vale decir a entregar su capacidad de discernimiento– a la supuesta clarividencia del líder carismático.

La democracia constitucional del siglo XXI aspira a mantener viva la gran transformación de la era de las Revoluciones; proclama la capacidad del poder constituyente para expresar la voluntad de las generaciones vivas y dejarla escrita, de modo solemne, en un documento. Y porque se toma en serio la capacidad de tales generaciones para decidir en ciertos momentos especiales de la vida de un pueblo, y es consciente de que la suerte de lo decidido depende de la medida en que las generaciones futuras se reconozcan en lo que aquellas dejaron escrito, reafirma la utilidad de los instrumentos clásicos: separación conceptual entre poder constituyente y poderes constituidos, rigidez constitucional y reglamentación de la reforma como antídoto contra el desgaste y el envejecimiento natural de las Constituciones. Nada que no intuyeran, o acertaran a explicar, unos *padres fundadores* que acaso hoy se verían sorprendidos por la difusión a escala planetaria del hábito de redactar Constituciones, aun cuando la práctica del buen gobierno, basado en el compromiso con un constitucionalismo genuino y puesto al día, no esté tan extendido.

Hacia finales de la década de los 40 del siglo pasado, la reconstrucción de la democracia desde las cenizas de la guerra trajo consigo importantes novedades en los modos de formular los ideales del constitucionalismo y en los de enfrentar la cuestión crucial, aquella que cualquier Constitución no puede eludir: cómo hacer para que la Constitución tenga efectividad sin traicionar sus objetivos ni desnaturalizar sus fundamentos. Aquel momento triste de la historia de la humanidad fue también un momento de esperanza: en el orden internacional se sentaron las bases de un nuevo concierto fundado en el reconocimiento de los derechos (Chapultepec, 1945; San Francisco, 1948; Roma, 1950)<sup>6</sup>, y en el orden

5. Véase el ya clásico trabajo de Giovanni Sartori, *Teoría de la Democracia*, vol. 1 (El debate contemporáneo) y 2 (Los problemas clásicos), Madrid, Alianza, 1993.

6. Véase Antonio Caccéese, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona, Ariel, 1993.

interno, el deseo de dotar a la dignidad de la persona y a los derechos inherentes a ella de verdadera *fundamentalidad*, sedujo a la teoría del Derecho ganándola para la causa del constitucionalismo, precisamente allí donde la operación podía tener más significado (Alemania, Italia)<sup>7</sup>.

De la mano de lo novedoso de un lenguaje programado al servicio de una interpretación de la Constitución adecuada a los valores y a los derechos escritos en ella, la garantía jurisdiccional ha ido encontrando en la arquitectura del sistema el lugar que no pudo hallar durante los turbulentos años de Entreguerras. Y desde entonces para acá no es exagerado decir que la fuerza normativa de la Constitución, esto es, su capacidad para generar una práctica conforme a ella de la que resulte el cumplimiento de sus postulados básicos, se nos aparece como un poderoso tópico del pensamiento constitucional que condensa en torno a lo que significa todo lo que de valioso puede haber en un movimiento cuyo sentido último no es sino la salvaguarda de la libertad de cada ser humano, en el ámbito de un sistema de organización política de carácter justo<sup>8</sup>.

Las transiciones hacia la democracia de la década de los 70 del siglo pasado (entre las que se encuadra la española), las que se sucedieron en América Latina tras la caída de regímenes autoritarios de diverso pelaje, y las que protagonizaron los países del antiguo “telón de acero”, a partir de los años 90, representan otros tantos casos y escenarios de lo que Bruce Ackerman ha caracterizado como el “ascenso del constitucionalismo mundial”<sup>9</sup>. Se trata, como decimos, de un constitucionalismo avisado, esto es, conocedor de los errores del pasado y bien pertrechado de justificaciones teóricas y argumentos prácticos. Su principal atractivo radica acaso en que no aspira, como lo hicieron a menudo otros *ismos* del pensamiento político, a ofrecer interpretaciones monolíticas de la realidad, ni a moldear ésta a imagen de las representaciones de un mundo feliz convenientemente programado. No hay en él más dogmas que los necesarios para mantener las condiciones que posibilitan el diálogo y la confrontación política entre formas diversas de entender lo que en cada momento es mejor para la mayoría. Y la flexibilidad para propiciar el debate y alentar la alternativa es también la prin-

7. Pueden verse, entre otros muchos, los trabajos de Francisco Javier Díaz Revorio, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997; Luis M. Cruz, *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Granada, Comares, 2005.

8. La obra de referencia es la de Konrad Hesse, *Die normative Kraft der Verfassung*, traducida (por Pedro Cruz Villalón) e incorporada como Capítulo III del libro *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

9. Bruce Ackerman, “El ascenso del constitucionalismo mundial”, incluido en *La política del diálogo liberal*, Barcelona, Gedisa, 1999.

cipal fuente de su fortaleza. Un proyecto, en suma, al que no dudamos en atribuirle un *discreto encanto*, sobre todo cuando comparamos sus señas de identidad, colmadas de mesura y buen sentido, con las de ciertas ideologías que, aspirando a moldear el mundo a imagen y medida de ellas, acabaron por volverse en contra de los intereses y aspiraciones de los mismos individuos concretos a quienes pretendían redimir<sup>10</sup>.

Con esa combinación de resueltas afirmaciones de principio —y cómo no mencionar aquí el valor de la dignidad del individuo, en la que se funda el reconocimiento de sus derechos— y estipulaciones textuales abiertas a diferentes entendimientos e interpretaciones de cuanto implican, el constitucionalismo del siglo XXI ha devenido la forma de organización política que hace posible la democracia; más precisamente: está concebido para generar prácticas democráticas. Y al mismo tiempo necesita de ellas para ser un constitucionalismo vivo, es decir uno cuya práctica se inspire en el reconocimiento del valor de la Constitución, y tenga por objetivo el cumplimiento de ésta.

Pero la democracia constitucional es también un proyecto frágil. Puesto que pretende no sólo establecer limitaciones al ejercicio *vertical* del poder (lo que de por sí ya es tarea ardua), sino también generar buenas prácticas sociales, u *horizontales*, de apego y reconocimiento a cuanto la Constitución significa, es un proyecto que depende de la *voluntad generalizada de cumplir la Constitución*. La Constitución demanda actitudes leales. Exige lecturas desprejuiciadas y dispuestas a atender las razones del otro, en un clima circundante de aprecio y respeto por la legitimidad de la Constitución y por el carácter razonable de las estipulaciones que contiene.

Los retos de la democracia constitucional en el siglo XXI son los desafíos que cualquier comunidad política, incluida la incipiente comunidad universal de individuos iguales en dignidad y afectados por problemas comunes, tiene que

10. Véase Rafael del Águila, *Crítica de las Ideologías. El peligro de los Ideales*, Madrid, Taurus, 2008; una obra que fue, por desgracia, la última que escribió el autor, y en la que advierte de los riesgos asociados no tanto a los ideales políticos, como a las formas (dogmáticas, fanáticas y/o fundamentalistas) a través de las cuales se han sostenido. Del Águila, como el buen socrático que fue, propugna allí políticas de mesura, basadas en la reflexividad y en la capacidad de escucha, porque “los principios que nos constituyen no son menos firmes ni menos importantes porque los sostengamos tentativamente”. Son propuestas que encajan como un guante con la mejor tradición del constitucionalismo de impronta liberal, aunque ciertamente (como el propio del Águila afirma en las líneas finales de su trabajo) el libro sobre cómo practicar dichas políticas de la mesura, frente a los impecables y los implacables (por decirlo en los términos que del Águila usó recurrentemente a partir de su libro *La senda del mal*) está aún por escribir.

afrontar. Para contribuir a resolverlos, quizá ha llegado el momento de que el constitucionalismo reivindique las cualidades que le son propias, buscando en el discurso público el espacio que le pertenece como un formidable ideal regulativo, de alcance muy superior al de proyectos y programas que a menudo no elevan sus miras por encima del deseo de seducir en el corto plazo a aquellos votantes a quienes van dirigidos.

Los cinco retos que a continuación enumeramos no agotan, ni mucho menos, el compendio de las cuestiones que tiene que afrontar la democracia constitucional en nuestros días. La selección de los mismos está justificada porque suponen otros tantos problemas del constitucionalismo, que siempre es conveniente reconsiderar bajo el prisma de circunstancias históricas y pautas políticas y culturales que podemos considerar novedosas, si no inéditas. Y se trata, al mismo tiempo, de una selección condicionada por el carácter de las amenazas y los falseamientos que se ciernen sobre un proyecto que, desde la Ilustración para acá, ha demostrado capacidad de resistencia, pero también bastante inclinación *camaleónica* a moldear sus contenidos para satisfacer las apetencias de un poder político renuente a sujetarse a las condiciones del genuino constitucionalismo.

## ***2. El reto de la participación democrática (y la amenaza del alejamiento y la impostura)***

Pese a su dimensión emotiva y su carga utópica, la democracia constitucional es un proyecto *frío*. No puede exhibir logros inmediatos ni presumir de balances que sitúen a éstos más cerca de unas supuestas metas. Su éxito depende de que los valores políticos que la Constitución preconiza no se vean traicionados por una praxis divergente y ajena a ellos. El de la participación democrática es el reto asociado a lo que el constitucionalismo tiene no ya de gobierno consentido, sino de auto-gobierno. Es la respuesta tentativa al fenómeno (en cierto modo odioso) de la delegación del poder en manos ajenas, y encarna la aspiración a que entre los gobernantes y los gobernados no se abran fosos insosdables de separación y de distancia.

El reparto del poder mediante elecciones libres, periódicas y competitivas es el instrumento del que se vale el constitucionalismo para mantener viva su legitimidad democrática. Ésta se quiebra fatalmente si faltan garantías suficientes para la limpieza de los procesos electorales. Y aunque podamos ser conscientes de que los elementos que componen cualquier sistema electoral (determinación

de las circunscripciones, composición del censo y sistema de escrutinio, entre otros) son factores que mediatizan más o menos la voluntad del elector, también sabemos que allí donde no hay graves desacuerdos sobre las condiciones mismas de los procesos electorales, éstos cumplen satisfactoriamente la función para la que han sido diseñados.

El reto de la participación democrática no está relacionado con la legitimidad de las elecciones como forma de reparto del poder, sino con el escaso potencial que tiene el voto como vehículo de transmisión de los deseos del elector<sup>11</sup>. La versión del constitucionalismo que logró asentarse en el pasado hizo de la representación política (y de la proscripción del mandato imperativo) un dogma funcional a las ideas de soberanía de la Nación y expresión de la voluntad general. Y con el paso del tiempo, la democracia representativa pasaría a ser justificada como la única forma posible de organizar el ejercicio del poder en una democracia de masas.

La historia de los partidos políticos denota, por otra parte, que el constitucionalismo hizo de la necesidad virtud, y acabó llevando al texto de la Constitución lo que no era sino el producto de una evolución accidental y en cierto modo opuesta a los postulados –preservar la voluntad general contra los intereses *de facción*– que le habían servido de sustento. Pero una cosa es constatar que, en las condiciones actuales, la *democracia de partidos* es la forma consustancial de la democracia, y otra bien distinta olvidar el escaso mordiente participativo de que la misma adolece. Para empezar, ya no sirve el argumento de la imposibilidad material de conocer de continuo los deseos del ciudadano. Éstos pueden conocerse –como se conocen bien sus preferencias, por ejemplo en la cuestión de los llamados *sharings* de audiencia– sin que expresar tales deseos, ni canalizarlos hacia quien corresponda, plantee dificultades que no puedan salvarse. Y aunque esta suerte de *democracia telemática* no anularía la separación entre quienes deciden qué preguntar, cuándo hacerlo, y en qué condiciones, y aquellos que se limitarían a pulsar el botón (o manejar el ratón), lo cierto es que la posibilidad misma de inquirir, hace más ilusoria la idea de que los representantes/delegados de los partidos, que son quienes de verdad les seleccionan y promueven, expresan los deseos del cuerpo electoral.

Está luego la espinosa cuestión de la regulación jurídica de los partidos. Si éstos tienden a ocupar en régimen de cuasi-monopolio las vías de la participación, será

11. Para un desarrollo más completo de esta idea, permítaseme remitir a mi trabajo “La participación política en la actualidad”, *Derechos y Libertades. Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, 18 (2008) (Monográfico sobre La participación política del inmigrante), págs. 53 y ss.

preciso algún grado de intervención sobre la vida interna del partido para garantizar allí unos mínimos de calidad democrática<sup>12</sup>. No es tarea fácil, pues estamos ante decisiones de principio que corresponde adoptar e implementar precisamente a aquellos que más beneficio obtienen de la des-regulación y el des-control. Pero la alternativa es clara: o se toma en serio la necesidad de ajustar la vida interna de los partidos a pautas democráticas (con las salvedades que procedan para garantizar la expresión coherente de sus líneas ideológicas y sus propuestas), o bien los partidos tenderán a configurarse como espacios opacos, o islotes de poder descontrolado, cuya prácticas será contempladas, cada vez más, como las propias de una *casta profesional* (la llamada clase política), privilegiada y entregada a la defensa de intereses que será difícil hacer pasar por expresión de los deseos del elector.

La soberanía del pueblo y el derecho de los ciudadanos a participar, no forman parte, como pretendió un famoso informe de mediados de los 70 del siglo pasado, de una especie de conjura contra la gobernabilidad de las democracias<sup>13</sup>. Tampoco son dardos envenados contra la legitimidad de los partidos y las elecciones como instrumentos básicos para el reparto del poder, pero corresponde al constitucionalismo incentivar que signifiquen alguna cosa más que la mera adhesión, papeleta mediante, a propuestas programáticas y listas electorales. Le corresponde, en suma, tomarse en serio el potencial acumulativo del derecho a participar, y de las posibilidades de controlar a los gobernantes y exigirles cuentas, como ingredientes de los que depende la posibilidad de dirigirles demandas, evaluar rendimientos y sentirse ciudadanos de una democracia de calidad, esto es, una con capacidad para alimentar de continuo la legitimidad y auto-corrregir sus defectos<sup>14</sup>.

### ***3. El reto de la efectividad de los derechos (y la amenaza de hacer de ellos algo banal)***

El constitucionalismo vive sin duda un “tiempo de los derechos” (por utilizar la conocida expresión de Norberto Bobbio)<sup>15</sup>. Un constitucionalismo sin dere-

12. Puede verse, entre otros muchos, Miguel Ángel Presno, *Los partidos políticos y las distorsiones jurídicas de la democracia*, Barcelona, Ariel, 2000.

13. Me refiero, como se adivina, al *Informe sobre la gobernabilidad de las democracias*, elaborado a solicitud de la “Comisión Trilateral” por Crozier y Huntington (entre otros autores), y en el que se aboga por una versión schumpeteriana de la democracia, que sitúe determinadas cuestiones consideradas claves para conservar el bienestar y el crecimiento económico a resguardo de los caprichos del elector y los “excesos” participativos.

14. Remito a un par de monografías, una de corte jurídico-constitucional, la de Rafael Bustos, *La responsabilidad política del Gobierno: ¿realidad o ficción?*, Madrid, Colex, 2001, y otra de índole política, la de José María Maravall, *El control de los políticos*, Madrid, Taurus, 2003.

15. Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.

chos nunca fue concebible. Pero ahora asistimos por doquier a procesos de generalización, intensificación y especialización de Declaraciones de derechos de la más variada naturaleza y fundamento. Parece como si cualquier demanda o aspiración de carácter individual o colectivo, que en otro tiempo hubiéramos tratado como una simple reivindicación política, hoy necesitara expresarse en la lengua (y bajo al veste) de Declaraciones de derechos, para lograr consideración y respeto.

Como indicio del auge que han cobrado los derechos humanos en el mundo de nuestros días, es una tendencia que no podemos sino celebrar con entusiasmo. El problema es que muchos de tales repertorios de derechos acceden al universo de lo jurídico con una etiqueta de *soft law* ya incrustada en sus señas genéticas: un derecho que lo es sólo a medias, y que está más cercano a las Recomendaciones, la Proclamación de intenciones, o los Códigos de buenas prácticas, que a una Declaración de derechos en su genuino significado<sup>16</sup>.

Las Declaraciones de derechos son una creación del constitucionalismo. Surgen al hilo de él o en unidad de acto con la Constitución, y han experimentado una evolución que podemos describir como la de la afanosa búsqueda de una efectividad que ha tendido a negárseles<sup>17</sup>. En la segunda mitad del siglo XX la humanidad dio, como hemos dicho, ciertos pasos trascendentes en esa dirección. Pasos adelante en el orden internacional y avances en el orden interno, esto es, en el seno de los Estados, que son los únicos órdenes políticos para cuya regulación se han generado hasta ahora Constituciones. Es en dicho ámbito espacial en el que se ha asistido a la evolución más acabada en la causa de los derechos. Me refiero a la que se corresponde con la capacidad de extraer todas las implicaciones derivadas de la idea (o el concepto) de la *fundamentalidad* de los derechos<sup>18</sup>. Para ser en verdad fundamentales no les basta a los derechos con venir expresados como base o fundamento de la comunidad política organizada, cualquiera que ésta sea. Hace falta que los derechos estén dotados de mecanismos que puedan condicionar de manera efectiva el funcionamiento de tal comunidad, de manera que a su vertiente de garantías dirigida a dispensar protección contra las vulneraciones, se sobre-

16. Véase, en términos generales, Alberto Bovino, “Soft Law y derechos humanos”, disponible en <http://nohuboderecho.blogspot.com>.

17. Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, Madrid, Trotta/Universidad Carlos III, 1996.

18. Véase, por ejemplo, Francisco Bastida, “Fundamentalidad de los derechos y sistema constitucional democrático”, que es el Epígrafe IV del Capítulo 1 del libro del propio Bastida (junto a I. Villaverde, P. Requejo, M.A. Presno, B. Aláez e I. Fernández Sarasola), *Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004.

ponga una dimensión más genérica u objetiva, que es la que permite a los derechos, en tanto que fundamentales, hacerse presentes y condicionar el conjunto de la actividad de carácter público (y en bastantes supuestos también el de las actividades dichas *horizontales o inter-privatos*).

En el orden internacional hay también avances espectaculares. Hasta hace poco era impensable que el Estado tuviera que comparecer como demandado ante un tercero imparcial a instancias de un individuo. Los sistemas de protección supranacional de los derechos, con el inter-americano y el europeo a la vanguardia, son la mejor prueba del modo en el que los derechos humanos consolidan su posición como un *prius* legitimante en el orden interno y externo<sup>19</sup>. Pero sin desdeñar todo lo que ello implica, el constitucionalismo del siglo XXI debería ser capaz de alcanzar una mayor precisión sobre los significados de los derechos en tanto que derechos *fundamentales*, y hacerlo mediante consensos tan amplios que el ámbito definido por ellos pudiera en verdad asentarse como una zona resistente a discusiones, o alteraciones de orden coyuntural, susceptibles de horadar su estatuto constitucional.

Y desde ese punto de vista, nos parece que sólo los Estados; *rectius*, los Estados democráticos y, por ende, constitucionales, disponen por ahora de posibilidades reales de extraer todas las consecuencias que se derivan de la *fundamentalidad* de los derechos. El criterio-guía al efecto debería ser el valor indisponible de la dignidad de la persona, y el *modus operandi*, el consistente en dejar de lado las construcciones (que lo son de carácter doctrinal, pero también de fuerte impronta ideológica) que distinguen entre generaciones de derechos, o entre derechos de libertad y derechos de prestación, o entre libertades negativas y positivas (por señalar algunas) para centrarse en los mínimos constitutivos de una vida digna en una sociedad que pueda ser adjetivada, con razón, como sociedad decente<sup>20</sup>.

Por intentar ser más claro: el constitucionalismo del siglo XXI debería ser capaz de asestar un golpe definitivo al “limbo” en el que reposan ciertos derechos a los que, por pereza mental, continuamos denominando “sociales”, como

19. Amaya Úbeda de Torres, *Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo y americano de protección de los derechos humanos*, Barcelona, Reus, 2007.

20. La referencia es, naturalmente, Avishai Margalit, *La sociedad decente*, Barcelona, Paidós, 1997; y para la crítica de las aproximaciones doctrinales clásicas a la posición de los derechos sociales como derechos prestacionales o de tercera generación, Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.

si disponer de igualdad de oportunidades ante la educación, de un lugar adecuado para vivir, o de un sistema de salud eficiente, fueran cuestiones genéticamente distintas, y de menor importancia, que poder expresarse libremente o tener al alcance jueces y tribunales ante los que acudir en demanda de justicia.

Y a la inversa, y nos guste o no, eludir el debate sobre la verdadera *fundamentalidad* de los derechos, y actuar como si todos los derechos incluidos en la Constitución fueran del mismo tipo y carácter, sin prelación ni jerarquías, también puede ser un factor que, en proporción directa a la extensión y variedad del elenco, acabe por hacer de los derechos algo banal y sin sentido.

#### **4. El reto del reconocimiento y de la inclusión de Grupos diferenciados (y la amenaza de la disgregación y el desapego)**

Se suele señalar con bastante razón que el constitucionalismo tuvo en sus orígenes una agenda oculta: fue un proyecto concebido a la medida de los intereses del varón de raza blanca, católico y –diríamos también– heterosexual.

La evolución del sistema constitucional ha ido corrigiendo esos déficits de origen, a través de un proceso no sólo de ensanchamiento de su base personal, sino también de apertura hacia (y reconocimiento del) valor de lo que pudiéramos llamar la dimensión grupal. Y ello en consonancia con las aportaciones de la filosofía política contemporánea, bien insistente en recordarnos que los individuos no somos reproducciones a escala de modelos abstractos, pero tampoco *robinsones* no concernidos por las características de los grupos a los que pertenecemos, por convicción, o por nacimiento<sup>21</sup>.

No seremos nosotros quienes objetemos la necesidad de (buena) teoría que nos ayude a entender la complejidad de nuestras sociedades plurales. La idea de un vínculo de pertenencia “ciego” a particularismos de cualquier índole –el elemento subjetivo de la vieja teoría del Estado que todo lo fiaba a la sumisión a un mismo orden jurídico– fue más bien un modo de encubrir exclusiones sistemáticas. Pero las (llamadas) políticas del reconocimiento, y el auge del pensamiento de impronta comunitaria, plantean al proyecto constitucional demandas de acomodo, y procesamiento de conflictos, a los que hasta ahora no había tenido que enfrentarse.

21. Sobre todo esto las referencias clásicas son Charles Taylor, *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, así como Will Kymlicka, *Las odiseas multiculturales*, Barcelona, Paidós, 2009 y antes *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996.

Damos por descontado que, como proyecto racional, el constitucionalismo es una ideología que propone soluciones de naturaleza práctica para problemas complejos. En este contexto ello significa que el constitucionalismo puede, y debe, ensanchar sus márgenes a la búsqueda de un adecuado *modus vivendi* entre comunidades y grupos con concepciones del mundo y/o puntos de vista diversos sobre cuestiones tenidas por básicas o importantes<sup>22</sup>. Pero la consideración de lo diverso, y la apertura hacia lo plural, estimamos que no debería ser tan elástica como para que las señas de identidad del proyecto constitucional queden relativizadas o desdibujadas hasta hacerse irreconocibles. Dicho de otro modo: la tolerancia democrática es una virtud bien querida y ponderada, desde siempre, por el constitucionalismo que lo fue genuinamente; pero la tolerancia tiene límites (“¡tolerancia plena, encefalograma plano!”, dice un agudo aforismo), que no pueden sobrepasarse y máxime si consideramos los derechos fundamentales *de la persona* como el horizonte o telón de fondo en el que puede germinar aquella virtud de la tolerancia<sup>23</sup>.

La convivencia del constitucionalismo con construcciones sociales y grupales de carácter identitario siempre estará cuajada de dificultades. Para emprender la búsqueda de soluciones hay que operar con espíritu pragmático, pero también con convicciones. Porque dista de ser claro que lo que pueda haber de artificioso y coercitivo en un determinado proyecto constitucional, lo sea en mayor medida que las pertenencias grupales que se esgrimen sistemáticamente como dogmas *a priori* incompatibles con la integración constitucional.

Si el constitucionalismo se muestra incapaz de definir con precisión los contornos del “consenso básico superpuesto”, y no encuentra el modo o los argumentos para defenderlo pragmática y contundentemente, entonces estará renunciando a llevar adelante su proyecto, para entregarse a una suerte de indiferentismo, o de fomento de la disgregación social en comunidades o grupos; lo opuesto a toda la impronta liberadora que dicho proyecto pretendió con el reconocimiento de derechos del individuo<sup>24</sup>.

22. Para una encendida defensa de las políticas del “*modus vivendi*”, véase John Gray, *Las dos caras del liberalismo. Una nueva interpretación de la tolerancia liberal*, Barcelona, Paidós, 2001.

23. El aforismo reproducido en el texto es de Rafael Sánchez Ferlosio, y aparece en su libro *Vendrán más años malos y nos harán más ciegos*, Barcelona, Destino, 1993; un intento de aproximación a los problemas de la tolerancia contemplados desde la perspectiva de un constitucionalismo de derechos fundamentales como el que (por fortuna) hoy tenemos, aparece en el Capítulo 1 (“¿Qué significa hoy ser tolerante? Una moderada defensa de la intransigencia”) de la Parte Segunda de mi trabajo *La Europa de los derechos entre tolerancia e intransigencia*, Madrid, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2007.

24. El concepto de “consenso básico superpuesto” procede, como es sabido de John Rawls, *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995. Véase el interesante trabajo de Carlos Peña, “La tesis del Consenso Superpuesto y el debate liberal-comunitario”, *Estudios Públicos*, 82 (2001), págs. 169 y ss.

Perfiles completamente diversos presenta otro de los grandes retos del constitucionalismo emparentado con el anterior, y característico de sociedades que han mudado en poco tiempo su configuración, debido a la llegada masiva de personas procedentes del extranjero. Las consecuencias que, desde el punto de vista de la titularidad de los derechos, se derivan de los vínculos de nacionalidad, tienden a convertirse, en las sociedades de inmigración en privilegios odiosos y de difícil justificación. La dignidad también empuja aquí en la dirección de la universalización de los derechos<sup>25</sup>, pero el vínculo de pertenencia nacional, propio de lo que acabamos de llamar la vieja teoría del Estado, todavía hace que ciertos derechos políticos, y específicamente el derecho de voto en aquellas elecciones en las que, como suele decirse, se pone en juego la soberanía, se alcen como un muro insalvable de separación<sup>26</sup>.

Derribar un muro semejante, comenzando por reconocer que puede haber vínculos de ciudadanía de carácter escalonado, y que no coincidan exactamente con la nacionalidad, es también para el constitucionalismo una tarea urgente<sup>27</sup>. Como lo es, y de carácter aún más acuciante, adoptar medidas preventivas para que allí donde la faz de las sociedades se ha transformado como consecuencia del fenómeno de la inmigración, el constitucionalismo no acabe por cobrar un rumbo escindido, o de dos velocidades, uno dirigido a quienes son titulares de un estatuto de ciudadanía sólidamente anclado en el *ius sanguinis*, y otro mucho más lábil o sedicente, en el que las sucesivas generaciones de quienes llegaron un día para trabajar, y acabaron quedándose, no se sientan reconocidos ni integrados.

### ***5. El reto de la normatividad (y la amenaza del retorno del constitucionalismo nominal)***

Una Constitución con fuerza de obligar, acatada y cumplida por quienes viven bajo ella en condiciones de libertad individual y colectiva, es el objetivo

25. Tal ha sido el *leit motif* de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional en materia de titularidad de los derechos fundamentales por los extranjeros, desde la famosa Sentencia 107/1984, con la división tripartita de grupos de derechos, hasta la saga de Decisiones de 2007, encabezadas por la STC 236/2007; véase, por todos, María del Camino Vidal, “Los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en la Constitución española”, en Eliseo Aja (coord.), *Los derechos de los inmigrantes en España*, Valencia/Barcelona, Tirant/Institut de Dret Public, 2009, págs. 25 y ss.

26. Véase Pablo Santolaya y Miguel Revenga, *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

27. Sobre esto, el (espléndido) trabajo de referencia es el de Benito Aláez, *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Tribunal Constitucional, 2006.

perseguido por el constitucionalismo de todos los tiempos. Un objetivo sencillo de enunciar, pero complicado de llevar a cabo, tanto más complicado cuanto más ambiciosa sea la Constitución en sus afanes organizadores, garantistas y de dinamización y transformación social.

Lo que solemos llamar la *norma normarum* del Estado Constitucional, si en verdad se pretende que lo sea, carga sobre los destinatarios de sus prescripciones, una serie de tareas que quizá están sólo al alcance de un nuevo y aristotélico “Gran Legislador”, inasequible al desaliento. Para empezar, la Constitución debería recuperar su condición de hilo a través del cual pasan todos los segmentos del Derecho. Decimos “recuperar”, porque cada vez es más difícil reconocer en el concepto de “ordenamiento jurídico” algo más que el piadoso deseo de tener certidumbres sobre el significado, los alcances (espacial y temporal) y el lugar que ocupan todas y cada una de las normas en la jerarquía de las fuentes. Y sin embargo, frente a la multiplicación inabarcable de normas y de fuentes de producción jurídica, y frente al riesgo de incurrir en lo caótico, que ciertamente acecha a los sistemas jurídicos de nuestras sociedades tecnificadas, sólo la Constitución puede representar la instancia que insufla orden y racionalidad al conjunto del sistema<sup>28</sup>. A ella le compete delimitar los ámbitos de competencias y establecer las prelacións, como también le corresponde determinar las pautas de apertura del sistema hacia la recepción de normas de origen no estatal, y asentar sobre bases sólidas los procedimientos para la resolución de las antinomias y los conflictos.

Recuperar para la Constitución el lugar que le corresponde, y lograr que sea visible desde todos los rincones y por todos los operadores jurídicos, es requisito *sine qua non* de la constitucionalidad, entendida como compromiso efectivo con su vigencia. Un objetivo, el de la normatividad constitucional, que no deja de ser una versión mejorada y desbordante de lo que el constitucionalismo decimonónico pretendía con su alabanza y glorificación de la ley como producto de la voluntad general. El haber abandonado la concepción de una imponente *voluntas* soberana y centralizada, no significa renunciar a la pretensión de una cultura de la legalidad que desarrolle y dote de sentido a lo que el Estado democrático tiene de Estado de Derecho. El anhelo de “gobierno de la ley” continúa significando búsqueda de un Derecho racional en el contexto de un sistema jurídico empeñado en erradicar el arbitrio y el abuso (o las desviaciones) de poder.

28. Una interesante discusión sobre esta idea puede encontrarse en el Capítulo I (“Sobre la Constitución del estado Constitucional”) del trabajo de Josep Aguiló, *La Constitución del Estado Constitucional*, Lima/Bogotá, Palestra/Temis, 2004.

Por eso se ha dicho acertadamente que el principio de legalidad representa el poder de los que no tienen poder<sup>29</sup>. Una Constitución genuinamente normativa nunca podrá dar respaldo a regulaciones ambiguas, calculadas para amparar ámbitos de poder oculto o para perpetuar prácticas de corrupción y ventajismo. He ahí otro gran reto que el constitucionalismo tiene que afrontar con decisión, como corresponde a la defensa de intereses que son vitales para su subsistencia.

El retorno del constitucionalismo nominal es lo que aguarda a la vuelta de la esquina si se transige con quienes se toman la Constitución a beneficio de inventario<sup>30</sup>. Combatir el cinismo constitucional es cuestión de esgrimir buenos argumentos y de plasmarlos en buenas leyes. Es también, por supuesto, asunto que atañe a quienes están investidos de la autoridad para extraer de la Constitución los significados relevantes para hacer frente a este o aquel problema. Cuál sea el concreto sistema de garantía jurisdiccional de la Constitución es secundario con respecto a lo que en verdad importa: hacer visible para la generalidad de los ciudadanos el significado y la importancia de la tarea de interpretar la Constitución. Mediante la interpretación, la Constitución se mantiene como un instrumento vivo y perpetúa su prístino valor fundamental en el ámbito de lo jurídico, hasta el punto de que la lectura de todas las demás normas del sistema debería ser inconcebible sin el armazón constitucional, que es el que lo mantiene en pie y re-dirige la aplicación de las normas hacia finalidades compatibles con ella.

La normatividad de la Constitución demanda, por último, actitudes vigilantes para que el paso del tiempo no relegue sus disposiciones al baúl de lo insertible. La capacidad de los intérpretes para actualizar la Constitución es muy amplia, sobre todo cuando en ella abundan las estipulaciones abstractas y las normas de principio; pero no es ilimitada. El poder constituyente constituido no es sólo una venerable teoría de la primera hora constitucional, sino un remedio muy práctico contra la herrumbre. El poder de reforma es además un formidable instrumento propiciatorio de diálogo inter-generacional al servicio del común interés en el valor de la Constitución normativa. Será el marco de posibilidades de ésta el que determine cuándo ha llegado el momento de abandonar la políti-

29. La expresión es del filósofo italiano Paolo Flores d'Arcais; véase especialmente el Capítulo VIII ("La primacía de la legalidad") de su libro *El individuo libertario*, Barcelona, Seix Barral, 2001.

30. Naturalmente, la idea de la Constitución "nominal", como equivalente a un texto con apariencia de Constitución, pero incapaz de propiciar una práctica política que se corresponda con ella, procede de Karl Loewenstein, (*Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1976), y es sin duda, del repertorio de fórmulas y teorías, una de las que posee mayor expresividad didáctica; véase el clásico trabajo de José Antonio González Casanova (que fue quien tradujo al castellano la obra de Loewenstein), "La idea de Constitución en Karl Loewenstein", *Revista de Estudios Políticos*, 139 (1965), págs. 73 y ss.

ca ordinaria y embarcarse en una política constitucional, esto es, una de largo alcance y sometida por ello a cierta excepcionalidad, de forma y de fondo<sup>31</sup>. Puede ser que en este campo los excesos también sean perjudiciales para la normatividad de la Constitución; no sabríamos decirlo. Lo que es seguro es que la *desuetudo* de la facultad de reforma, por desidia, o por causas relativas a las condiciones que se requieren para practicar política constitucional, condena a la Constitución a una mudanza de naturaleza en perjuicio de su normatividad<sup>32</sup>.

### ***6. El reto de la adaptación del constitucionalismo a los nuevos espacios (y la amenaza de la ausencia de asignación de responsabilidades)***

La desnacionalización del constitucionalismo y del Derecho Constitucional pertenece de lleno al signo de estos tiempos. Hace tiempo que el Estado se resquebraja como unidad con capacidad de decisión soberana, y la redefinición de los espacios para el ejercicio del poder político, *intra* y *extra*-muros del Estado ha pasado a ser un tópico de obligada consideración por politólogos, constitucionalistas y otras hierbas del saber teórico de las llamadas ciencias sociales<sup>33</sup>.

Aquello de que el Estado es demasiado grande para gestionar lo pequeño, y demasiado pequeño para gestionar lo grande, es una ingeniosa manera de explicar que los procesos de descentralización, y los de integración supranacional, traslucen tendencias que, hoy por hoy, parecen irreversibles.

El constitucionalismo tiene mucho que decir acerca de tales tendencias y de las perspectivas abiertas por ellas. Tiene credenciales que se basan, como hemos dicho, en el carácter de sus premisas básicas, incisivas, y a la vez lo suficientemente abstractas como para que su universalización no sirva de acicate para causar brechas culturales, ni para maliciar choques de civilizaciones. Tiene cierto aire intemporal y se ha sometido a la prueba de su aplicación en épocas y contextos bien distintos,

31. La diferenciación entre los tiempos de la política ordinaria y los tiempos de la política constitucional procede de la teoría sobre los cambios en la Constitución norteamericana elaborada por Bruce Ackerman en sus dos trabajos de referencia, *We the People: Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, y *We the People: Transformations*, Cambridge, Harvard University Press, 1998.

32. El tiempo dirá si tal es el caso de la Constitución española, aunque me temo que ha dicho ya bastante sobre las dificultades (¿insalvables?), y sobre la anomalía que ello supone en el contexto de lo que suele llamarse el constitucionalismo de nuestro entorno.

33. Véase, recientemente, el “Cuaderno” Tercero (“A la busca del espacio perdido. La teoría tradicional del Estado se tambalea”), del libro de Francisco Sosa Wagner e Igor Sosa Mayor, *El Estado fragmentado. Modelo austro-húngaro y brote de naciones en España*, Madrid, Trotta, 2006.

lo que le ha permitido corregir sus defectos más palpables y experimentar una evolución convergente con los ideales del gobierno democrático.

Puede presentarse además como fuente inspiradora del proceso de integración supranacional más desarrollado de cuantos se han dado en el mundo contemporáneo. La Unión Europea es, en efecto, el ejemplo más acabado de constitucionalismo allende las fronteras estatales, si bien nos llamaríamos a engaño si dejáramos de reconocer los límites últimos con los que ha tropezado el experimento. Éstos se han situado precisamente en el intento de generar, sobre la base de una práctica pseudo constitucional, un documento adornado con cualidades gemelas a las de cualquier Constitución y susceptible, por ello, de asestar un golpe definitivo a la supremacía de las *Constituciones internas* de los Estados<sup>34</sup>.

La sinuosa vida del constitucionalismo a escala de la Unión Europea muestra lo complicado que puede resultar llevar el tránsito desde lo estatal a lo supranacional más allá de un cierto punto. Pero también permite reafirmar todo lo que de útil y valioso tiene un experimento que, con sus luces y sus sombras, parece que es el único apto para intentar afrontar, con ciertas garantías de éxito, problemas que son sencillamente irresolubles si no media concertación y actividad compartida por una pluralidad de sujetos y de Estados.

De los peligros y de las consecuencias que acarrearán unas prácticas financieras que trascienden fronteras y soberanías estatales libres de controles, y al margen de regulaciones, hemos tenido ejemplos bien recientes. La globalización es, sin duda un *factum* ante el que no conviene perder tiempo con añoranzas del mundo de ayer o lamentaciones por lo que pudo haber sido y no fue. Corresponde enfrentarse al mundo de hoy, profundizando en una senda de la que se nos aparecen indicios aquí y allá (Tribunal Penal Internacional, Protocolo de Kioto, acciones globales de Naciones Unidas, emergencia del G-20 como nuevo actor de la escena global, por citar algunos), pero a la que le falta un larguísimo trecho por recorrer<sup>35</sup>.

Construir un constitucionalismo con instancias y capacidades de gobierno legítimas, y a la medida de los desafíos que el conjunto de la humanidad tiene

34. Véase, por todos, Marta Cartabia, Bruno de Witte y Pablo Pérez Tremps (dirs.), *Constitución europea y Constituciones nacionales*, Valencia/Madrid, Tirant/Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III, 2005.

35. Remito al trabajo, que puede considerarse ya en cierto modo pionero, de Danilo Zolo, *Cosmopolis. La perspectiva y riesgos de un Gobierno mundial*, Barcelona, Paidós, 2004.

planteados, antes que utopía, vuelve a ser razón en marcha. Y hará falta mucha voluntad y buen sentido para ir generándolo al mismo tiempo que se ponen en pie instituciones y políticas de alcance universal. Mientras eso ocurre, nuestra capacidad de influjo como ciudadanos continuará residiendo, fundamentalmente, en el mismo espacio en el que lo ha hecho hasta ahora: en ese ente, con mala salud de hierro, llamado Estado.

Los que continuamos queriendo más integración para la vieja Europa, estamos curados de espantos: conocemos todas las limitaciones y los déficits de los que adolece el proyecto: no hay un verdadero espacio público, ni partidos, ni tan siquiera un Parlamento del que se pueda decir sin retórica que representa al pueblo europeo. Pero el posibilismo, las políticas (y las jurisprudencias) del paso a paso, han acabado por generar un reparto de funciones entre instancias a las que corresponde actuar en cada caso y asumir, por consiguiente, la responsabilidad de sus actuaciones. El concepto estrella para gobernar ese colosal reparto de poder que implica a la Unión y a los Estados, pero también a los entes que, en el interior de éstos, disponen de capacidad de autogobierno, es el de *subsidiariedad*. Se supone que cada instancia no debe intervenir más allá de lo que resulte imprescindible para el ejercicio eficaz de las competencias que tiene asignadas. Se pretende así eludir el riesgo del intervencionismo vertical y ahogador, pero también atajar el intento de escudarse en responsabilidades ajenas para eludir las propias. Es claro que un sistema semejante exige reglas bastante precisas sobre la asignación de las competencias de cada instancia, pero requiere también, y de modo aún más imperioso, que las normas que las desarrollan y el propio proceso de su aplicación esté presidido por un espíritu negociador y de consenso.

El establecimiento de cierta *gobernanza* global requiere osadía para alcanzar pactos y ensayar reglas. Y a nosotros, como miembros de la sociedad civil universal *in fieri*, nos corresponde estar atentos, apoyando a quienes sepan estar a la altura de los desafíos y castigando a los indolentes y a los ineptos.

RESUMEN: El artículo describe cinco grandes desafíos para la democracia constitucional de nuestros días, a cada uno de los cuales le corresponde una amenaza para las señas características de dicho tipo de democracia. Estos cinco retos y amenazas son: I) El de la participación democrática (y la amenaza del alejamiento y la impostura. II) El de la efectividad de los derechos (y la amenaza de hacer de ellos algo banal). III) El del reconocimiento y la inclusión de grupos diferenciados (y la amenaza de la disgregación y el desapego). IV) El de la normatividad constitucional (y la amenaza del retorno al constitucionalismo nominal). V) El de la adaptación a los nuevos espacios (y la amenaza de ausencia de asignación clara de responsabilidades).

ABSTRACT: The article describes five serious challenges to constitutional democracy in our days, each of them accompanied by a threat to the characteristic trends of this type of democracy. These five challenges and threats are: I) The democratic participation (and the threat of civic estrangement and imposture. II) the effectiveness of rights (and the threat of converting them in something trivial. III) The recognition and inclusion of insular groups (and the threat of disintegration and desaffection). IV) The constitutional normativity (and the threat of returning to “nominal” constitutionalism. V) The adaptation to new spaces (and the threat of lack of a clear assignment of responsibilities).

# EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL\*

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra

Profesor de Derecho Universidad de Navarra

Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM

Fernando Silva García

Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid

Profesor de Derecho UNAM

Secretario de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la  
Nación

## SUMARIO

1. *Introducción.*
2. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional en su doble ámbito de validez.*
3. *La eficacia directa de la Convención Americana y de las sentencias de la Corte Interamericana.*
4. *Diálogo entre la jurisprudencia interamericana y la jurisprudencia nacional.*
5. *El Control de la convencionalidad de la jurisprudencia constitucional. Un caso paradigmático.*

\* El presente trabajo constituye una versión ampliada y debidamente actualizada de la ponencia presentada en el X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrado del 16 al 19 de septiembre de 2009 en Lima, Perú.

## 1. Introducción

Hace 160 años, el 13 de agosto de 1849, se dictó la primera sentencia de amparo que se tiene registro. El juez federal de San Luis Potosí (México), aplicó de manera directa (sin existir ley secundaria) el precepto constitucional que regulaba el juicio de amparo, para proteger al solicitante contra una orden de destierro dictada por el gobernador de esa entidad federativa.

A partir de entonces, ese instrumento procesal cobró vitalidad y paulatinamente se fue expandiendo a nivel mundial. Este desarrollo ha tenido un significado trascendental en un importante número de constituciones democráticas, al establecerse el derecho de amparo como una garantía constitucional, es decir, como mecanismo constitucional de eficacia procesal para la salvaguarda de los derechos y de la supremacía constitucional<sup>1</sup>.

Esta tendencia evolutiva tiene un grado de inflexión a partir de la Segunda Guerra Mundial. No solo por la consolidación paulatina de magistraturas constitucionales (sea cual sea su estructura y denominación) que en muchas ocasiones tienen entre sus competencias el conocimiento de este instrumento para la interpretación definitiva y protección de los derechos fundamentales, sino también debido al redimensionamiento de la institución a nivel internacional.

El punto de partida se puede fijar en 1948, con la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 8º) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XVIII), que en términos similares establecen el derecho que tiene toda persona a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Las proclamaciones anteriores marcan el comienzo de una serie de regulaciones para la eficacia procesal de los derechos en sede nacional, regional e internacional<sup>2</sup>. Este tipo de garantías ha tenido un claro desarrollo en el ámbito europeo. No solo

1. Sobre esta expansión, alcances y características modernas, véase Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa-UNAM-Fundación Konrad Adenauer, 2006.

2. En términos similares y con desarrollos, se refieren la Convención Europea para la Protección de los Derechos y las Libertades Fundamentales (art. 13) de 1950; el Pacto Internacional de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos (art. 2.3) de 1966; la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 25.1) de 1969; y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 45) de 2000.

por lo que hace al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Estrasburgo), sino también por la jurisprudencia unificadora del Tribunal de las Comunidades Europeas (Luxemburgo). Hace más de tres décadas que este último tribunal viene expandiendo su jurisprudencia a través del llamado “control de comunitariedad” que deben ejercer los jueces nacionales en sede doméstica, aplicando de manera directa y preferente el derecho comunitario; así como utilizando la figura de la “cuestión prejudicial” (prevista en el artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea), para plantear dudas interpretativas del derecho comunitario (materiales y de eficacia), instrumento que si bien esporádicamente han utilizado los tribunales constitucionales, recientemente se ha planteado por la Corte Constitucional italiana (2008)<sup>3</sup>.

En el ámbito interamericano, con mayor cautela pero de manera progresiva, se advierte también la consolidación y expansión de la jurisprudencia convencional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde sus primeros fallos hace más de dos décadas, realiza implícitamente lo que a partir del 2006 denomina “control de convencionalidad”; es decir, aplica la Convención Americana de Derechos Humanos y sus protocolos adicionales, como parámetro de control de los actos (en sentido amplio) de los Estados que han reconocido expresamente su jurisdicción.

Conforme a la jurisprudencia reciente de este tribunal regional de derechos humanos, el “control de convencionalidad” no solo se lleva a cabo por la propia Corte Interamericana respecto de los casos sometidos a su jurisdicción, sino también lo debe realizar cualquier juez nacional, incluso aplicando el derecho interno bajo los parámetros de la jurisprudencia convencional.

No pretendemos en estas breves líneas estudiar en su conjunto este complejo desarrollo y su problemática, especialmente en aquellos países donde no se permite el control difuso. Nuestra intención simplemente se limita a destacar una de las manifestaciones que estimamos de suma relevancia de ese “control de convencionalidad”: aquella que se manifiesta hacia la propia “jurisprudencia constitucional” emanada por el máximo intérprete en sede nacional. En otras palabras, destacaremos el hecho de que el Estado nacional (“soberano”) está vinculado al derecho internacional de los derechos humanos.

El estudio se centrará en la manera en que las sentencias de la Corte Interamericana pueden desautorizar, a través de un *control de convencionalidad*,

3. Cfr. Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2009, Tomo I, págs. 1231 y ss.

el sentido y alcance de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales; como sucedió en el paradigmático *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, de 6 de agosto de 2008, que abre un horizonte en la concepción de la Corte Interamericana como *tribunal constitucional internacional*<sup>4</sup>.

## **2. La Corte Interamericana como intérprete constitucional en su doble ámbito de validez**

En las últimas décadas se han ido creando tribunales regionales para la protección de los derechos humanos, con un carácter subsidiario y complementario de los organismos e instancias del ámbito doméstico de los estados. Estos tribunales son la *Corte Europea de Derechos Humanos* (Estrasburgo, Francia)<sup>5</sup>, la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* (San José, Costa Rica)<sup>6</sup> y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Arusha, Tanzania)<sup>7</sup>.

4. Sobre esta concepción, véanse Häberle, Peter, “La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado constitucional”, trad. de Joaquín Brage Camazano, *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, UNED, núm. 14, segundo semestre de 2004, págs.153-176; Saiz Arnaiz, Alejandro, “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como tribunal constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa, 2006, Tomo II, págs. 1879-1915; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional. (Dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)”, en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Tomo III, México, IJ-UNAM, 2001, págs. 209-224.

5. Sobre este tribunal y su competencia, véanse, entre otros, los trabajos de Fix-Zamudio, Héctor, “La Corte Europea de Derechos Humanos y el derecho de amparo internacional”; Brage Camazano, Joaquín, “Stratisburgum locutus, causa finita”. El “amparo intereuropeo” ante el Tribunal de Estrasburgo, última instancia de tutela de los derechos fundamentales en Europa”; Morenilla Allard, Pablo, “El proceso de amparo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, los tres trabajos publicados en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, op. cit. supra nota 1, págs. 1105-1155, 1035-1104 y 1157-1220, respectivamente.

6. Cfr., entre otros, AA.VV., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos un cuarto de siglo (1979-2004)*, San José, CIDH, 2005; Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM, 2007; Remotti Carbonell, José Carlos, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Barcelona, Instituto Europeo de Derecho, 2003; Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, 2ª ed., San José, IDH, 1999; García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, 5 vol., 2006-2008; id., “Cuestiones de la jurisdicción interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, vol. VIII, 2008, págs. 187-221.

7. Cfr., entre otros, Odimba, Jean Cadet, “Protección de los derechos fundamentales en África”, en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, op. cit. supra nota 1, págs. 945-984; Saavedra Álvarez, Yuria, “El sistema africano de los derechos humanos y de los pueblos. Prolegómenos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM,

Estos tribunales paulatinamente se han ido configurando como últimos intérpretes de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales a manera de una especie de jurisdicción constitucional en sede internacional. Cuestión no pacífica en la doctrina, si consideramos que la existencia misma de las comisiones y tribunales internacionales y regionales implica en sí mismo un problema con la idea tradicional de soberanía<sup>8</sup>.

Se debe a Mauro Cappelletti el desarrollo doctrinal desde la década de los setenta del siglo pasado, de lo que denominaba la “justicia constitucional supranacional”. Esta dimensión se dirige a la aplicación de los instrumentos internacionales, especialmente de derechos humanos, ya sea en el nivel interno de los estados o bien en su dimensión internacional o transnacional, derivada de las jurisdicciones creadas para tales fines. En realidad este sector se traduce en una dimensión transnacional de la “jurisdicción constitucional de la libertad”, terminología adoptada también por Cappelletti en un clásico estudio de corte comparativo, que constituye el parteaguas del derecho procesal constitucional comparado: *La Jurisdicción constitucional de la Libertad. Con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*<sup>9</sup>.

Cappelletti analizó desde entonces este fenómeno, no sólo por lo que hace a la Corte de Estrasburgo, que aplica una especie de *Bill of Rights* supranacional contenido en la Convención de Roma, sino también la función que desempeña la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, con sede en Luxemburgo, al actuar como

núm. 8, 2008, págs. 671-712; Harrington, Julia, “*The African Court on Humans and Peoples’ Rights*” en Evans, Malcom, y Murray, Rachel (comps.), *The African Charter on Humans and Peoples’s Rights: The system in practice 1986-2000*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, págs. 305-334; Saccucci, Andrea, “*Il Protocollo istitutivo della Corte africana dei diritti dell’uomo e dei popoli: un primo confronto con le altre Corti regionali*”, *Rivista di Diritto Internazionale*, núm. 4, 2004, págs. 1036-1065.

8. Para el destacado constitucionalista mexicano Jorge Carpizo, “los países han delegado y subordinado, en muy diversos grados, algunos aspectos de su soberanía mediante todas o algunas de las siguientes condiciones: i) ha sido por voluntad propia; ii) la participación en el organismo supranacional es en plan de igualdad con los otros Estados; iii) se trata de alcanzar fines o desarrollar actividades que se realicen mejor por Estados asociados que solos; iv) se aceptan instancias jurisdiccionales supranacionales, porque se reconoce que los asuntos en cuestión son de interés de la comunidad internacional o regional; y v) se crean órganos regionales de carácter político, como el Parlamento Europeo”; véase su trabajo “Los derechos humanos”, en AA.VV., *Protección internacional de los derechos humanos*, La Plata, Librería Editora Platense, 2007, págs.25-36, en pág. 29. Sobre el tema, véase de este mismo autor, “La soberanía del pueblo en el derecho interno y en el internacional”, en *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, núm. 28, Madrid, julio-agosto de 1982, págs. 195-209.

9. Esta obra aparece en Italia en 1955: *La giurisdizione costituzionale delle libertà: primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*, Milán, Dott. A. Giuffrè, siendo traducida por Fix-Zamudio seis años después (México, UNAM, 1961).

órgano único y concentrado, con resoluciones con eficacia definitiva y unificadora, realizando una interpretación del derecho comunitario considerado como *lex superior*, encargado del control de la validez comunitaria de las leyes a través de un control disperso o difuso que denominaba “prejudicialidad comunitaria”<sup>10</sup>.

Esta dimensión del *Derecho procesal constitucional internacional* cobra especial importancia en materia de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos y también en ciertos sistemas de integración comunitaria. En el ámbito europeo, por ejemplo, se perfila un “Derecho Constitucional Europeo”<sup>11</sup> o un “orden público constitucional complejo”<sup>12</sup>, dimensión amplia donde se encuentran en buena medida como centro de gravedad los derechos fundamentales, adquiriendo relevancia los convenios sobre la materia y los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo, con nuevos problemas y paradigmas en la actualidad debido a la concurrencia de jurisdicciones y declaraciones<sup>13</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos paulatinamente se ha venido afianzando en su calidad de intérprete final de los derechos humanos<sup>14</sup>. No solo por su actividad en los casos contenciosos que resuelve interpretando el Pacto de

10. Una visión actual del planteamiento de Cappelletti y la manera en que opera en nuestros días en la Unión Europea, pueden verse en Gordon, Richard, *EC law in judicial review*, Oxford, Oxford University Press, 2007; Tajadura Tejada, Javier, y De Miguel, Josu, *Justicia constitucional y Unión Europea. Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Madrid, CEPC, 2008; Türk, Alexander H., *Judicial Review in EU law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2009.

11. Häberle, Peter, “Derecho constitucional común europeo”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, CEPC, núm. 79, enero-marzo de 1993, págs. 13 y ss.; también véase Caballero Ochoa, José Luis, “El derecho internacional en la integración constitucional. Elementos para una hermenéutica de los derechos fundamentales”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 26, julio-diciembre de 2006, págs. 79-106.

12. Cfr. Aparicio Wilhelmi, Marco, *La construcción de un orden público constitucional complejo. Derechos y constitución en el estado español como estado autonómico e integrado en la Unión Europea*, México, UNAM, 2009, *passim*.

13. Cfr. las útiles obras colectivas con múltiples enfoques, especialmente del caso: García Roca, Javier, y Fernández Sánchez, Pablo (coords.), *Integración Europea a través de derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2009; y García Roca, Javier, y Santalaya, Pablo (coords.), *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed., Madrid, CEPC, 2009. Asimismo, Gordon, Richard, *EU law in judicial review*, Oxford University Press, 2007; y *Justicia constitucional y Unión Europea. Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Madrid, CEPC, 2008.

14. Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional. (Dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)”, *op. cit. supra* nota 4; asimismo, Salgado Pesantes, Hernán, “Derecho procesal constitucional transnacional: el modelo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, México, UNAM-Marcial Pons-IMDPC, 2008, Tomo IX, págs. 641-666.

San José, siendo sus resoluciones contenciosas vinculantes para los Estados partes que han reconocido su jurisdicción, sino también por la referencia a su jurisprudencia que los tribunales nacionales realizan, especialmente en los últimos años<sup>15</sup>. En este sentido, se advierte desde hace tiempo la concepción cada vez más marcada de la “Convención Americana como una Constitución”<sup>16</sup> y de los tribunales supranacionales como “tribunales constitucionales internacionales”<sup>17</sup>.

Ahora bien, los tribunales regionales sobre derechos humanos (Europeo, Interamericano y Africano) operan en dos planos distintos de manera simultánea: por un lado, resuelven controversias concretas sobre derechos y libertades, principalmente entre individuos y Estados miembros; por otro lado, establecen *criterios generales de validez* que deben respetar dichos sujetos, en la definición de los niveles y del contenido concreto de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales respectivos<sup>18</sup>.

De esta manera la Corte Interamericana tiene una doble función. Por un lado resuelve pretensiones concretas en relación con la actuación de los Estados sujetos a su jurisdicción, que puede producir un *fallo condenatorio con efectos de cosa juzgada*; en segundo término, también establece criterios generales a propósito de la interpretación de los derechos humanos en juego en el asunto concreto, es decir, su resolución produce *efectos jurisprudenciales de cosa interpretada*. De ahí que paulatinamente se hable del “Amparo Interamericano”<sup>19</sup>.

15. Sobre esta tendencia, véase la revista *Diálogo Jurisprudencial. Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Tribunales Nacionales, Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM-IIDH-Konrad Adenauer, que se edita semestralmente desde 2006.

16. Cfr. Caballero, José Luis, “Los tratados internacionales como constitución. Notas sobre la dimensión transnacional del derecho procesal constitucional en México”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, op. cit. supra nota 4, págs. 29-43. En general, en nuestra región, véase Brewer Carías, Allan R., “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*, México, Porrúa, núm. 6, julio-diciembre de 2006, págs. 29-78.

17. Peter Häberle le otorga la calidad de “Tribunales Constitucionales Europeos” a la Corte Europea de Derechos Humanos (Estrasburgo) y al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; cfr. su estudio, “La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado constitucional”, op. cit. supra nota 4, pág. 158.

18. Sin pasar inadvertido, por un lado, la existencia de conflictos interestatales; por otro, que a través de las opiniones consultivas, no resuelven ninguna controversia concreta; sin embargo, la labor principal de los tribunales regionales conlleva las tareas mencionadas.

19. Cfr. Ayala Corao, Carlos, *Del amparo nacional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Caracas-San José, IIDH-EJV, 1998; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Del amparo nacional al amparo internacional”, contenido en la obra del mismo autor *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004.

### ***3. La eficacia directa de la Convención Americana y de las sentencias de la Corte Interamericana***

La incorporación de los tratados internacionales en el ámbito interno de los estados, puede realizarse a través de varias fórmulas. En principio, debe distinguirse entre aquellos países cuya recepción resulta *automática*, requiriendo en algunos casos el requisito formal de la publicación oficial; de aquellos otros, en los que se requiere una recepción *especial*, a través de un acto normativo interno (ley o decreto).

La mayoría de los países latinoamericanos sigue el sistema de recepción automática, si bien se requiere de una aprobación legislativa, como en el caso de México que precisa la ratificación del Senado de la República. Esta primera distinción resulta fundamental, debido a la aplicación directa de las normas y obligaciones internacionales en el ámbito interno. Como bien lo ha apuntado desde hace tiempo Fix-Zamudio, los tratados internacionales, una vez cumplidos sus requisitos materiales y formales de incorporación, constituyen *normas internas de fuente internacional*, lo que implica su obligatoriedad y aplicabilidad en el ámbito doméstico<sup>20</sup>.

Esto implica que los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen *eficacia directa* en los territorios de los Estados miembros que los hayan adoptado. En este sentido, la Convención Americana constituye *derecho interno* para los Estados parte. Otra cuestión distinta, como bien lo señala el ex presidente de la Corte Internacional de Justicia, Jiménez de Aréchaga, será determinar que jerarquía o prevalencia se le otorga en el ámbito doméstico<sup>21</sup>.

El valor de la jurisprudencia de los tribunales internacionales ha ido creciendo en las últimas décadas<sup>22</sup>. En particular, las sentencias emitidas por la Corte Interamericana constituyen normas (individuales y generales) que derivan de la

20. Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Protección jurídico constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica", en Pérez Royo, Javier, Urías Martínez, Joaquín Pablo y Carrasco Durán, Manuel (coords.), *Derecho Constitucional para el Siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Pamplona, Thomson Aranzadi, 2006, Tomo I, págs. 1727-1746.

21. Cfr. Jiménez de Aréchaga, Eduardo, "La Convención Americana de Derechos Humanos como derecho interno", en *Boletín de Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasilia, 1987-1989, núms. 69-71, págs. 35-55.

22. Sobre el valor que tiene la jurisprudencia internacional, véase Ortega Carcelén, Martín, "Análisis del valor de la jurisprudencia en el Derecho Internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 40, núm. 2, 1988, págs. 55-88.

Convención Americana, de donde se desprende que gozan de la misma eficacia directa que se le atribuye a aquélla. Desde esa óptica, aun cuando es recomendable una ley nacional que regule lo relativo a las formas de incorporar e implementar las sentencias regionales sobre derechos humanos, la noción e idea de que dicha legislación es *indispensable* para que tales decisiones produzcan efectos en territorio nacionales parece contraria al principio que sostiene que los Estados no pueden invocar el derecho nacional para dejar de cumplir con el derecho internacional. Aquí conviene recordar la manera en que hace 160 años se concede la primera protección en un juicio de amparo en México sin existir ley reglamentaria.

Dicho principio reconocido en la Convención de Viena, desde cierta perspectiva, no significa otra cuestión que entender que los tratados internacionales adoptados válidamente por el Estado tienen eficacia directa en el territorio nacional, puesto que, en la mayoría de los casos, la *exigencia* de leyes (diversas) de desarrollo para su aplicabilidad vendría a constituir un obstáculo creado para su debida observancia. De allí que la eficacia de las sentencias regionales sobre derechos humanos sea una de las manifestaciones de la fuerza normativa de los tratados internacionales en esa materia.

En relación con la eficacia de las sentencias de los tribunales regionales sobre derechos humanos se ha dicho que la integración nacional de los sistemas regionales en la protección de dichos derechos constituye el germen de una obligada reordenación del sistema jurídico en los Estados miembros; tanto en los niveles de tutela de los derechos y libertades, como en los mecanismos procesales nacionales dirigidos a garantizarlos<sup>23</sup>. Se ha subrayado, que la emisión de una norma individual vinculante para el Estado (sentencia regional estimatoria) tiende a producir un impacto normativo interno, especialmente en el sector jurisdiccional nacional, por dotar de un nuevo contenido a diversas figuras procesales y a derechos fundamentales; por sentar las bases de nuevos derechos y obligaciones para los poderes públicos y por crear una necesidad irremediable de reinterpretar el ordenamiento jurídico a partir de su presencia.

Se ha apuntado que uno de los motores centrales que puede ser capaz de generar la vitalidad de los sistemas regionales a nivel nacional lo constituye la interacción entre los derechos convencionales y los derechos constitucionales,

23. Sobre el particular y especialmente en el ámbito europeo, resultan interesantes las reflexiones de Linde Paniagua, Enrique, *El sistema de competencias de la Unión Europea en el tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, Madrid, Colex, 2006.

por el juego que brinda el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, que podría dar cobertura y procurar eficacia a la jurisdicción regional en el ámbito del discurso argumentativo judicial, a propósito de la justificación de las sentencias nacionales. Al final, la penetración y la paulatina difusión de la jurisprudencia regional tiende a producir que la rama jurisdiccional de los Estados miembros, principalmente, vaya estimando que el respeto a su contenido constituye una exigencia derivable del ordenamiento jurídico respectivo.

La conciencia del nuevo estado jurídico de las cosas (vinculación del Estado al derecho internacional) en los Estados miembros, probablemente siente las bases de la articulación normativa necesaria, en el ámbito jurisdiccional, para la eficacia de las sentencias regionales sobre derechos humanos. Así, un sector de la doctrina ha estimado que el condicionamiento jurídico del Estado y la creación de tribunales internacionales con la tarea de garantizar los derechos humanos internacionalmente reconocidos ha comenzado a gestar, en lo particular, un distinto entendimiento procesal del control de la actuación pública y, en lo general, un nuevo entendimiento del Derecho<sup>24</sup>.

Lo anterior que ha tenido desde hace tiempo repercusiones en el sistema europeo<sup>25</sup>, ha cobrado una importancia también en el sistema interamericano. Por una parte, debe mencionarse que las recomendaciones de la Comisión Interamericana pueden llegar a tener carácter obligatorio cuando son aceptadas expresamente por los Estados<sup>26</sup>, mientras que las sentencias y la jurisprudencia de la Corte Interamericana resultan obligatorias por lo que respecta a la violación de los derechos humanos previstos en la Convención Americana y sus protocolos adicionales para los Estados que han reconocido expresamente la competencia contenciosa de la Corte.

Así se establece en el artículo 68.1 de la Convención Americana: “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Esto no significa que las sentencias inte-

24. Véase Silva García, Fernando, *Derechos Humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, México, Porrúa, 2007, *passim*.

25. Cfr. Ruiz Miguel, Carlos, Ruiz Miguel, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derecho Humanos*, Madrid, Tecnos, 1997.

26. Cfr. caso Caso Loayza Tamayo, resuelto el 17 de septiembre de 1997, párr. 80. Sobre el caso mexicano, véase Carmona Tinoco, Jorge, “El valor jurídico y la eficacia de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de acuerdo con la jurisprudencia mexicana (Comentarios a cuatro tesis emitidas por el Segundo Tribunal Colegiado)”, *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, México, UNAM, núm. 4, 2004, págs. 167-188.

americanas tengan carácter ejecutivo *per se*<sup>27</sup>, ya que depende de cada ordenamiento interno regular su cumplimiento, si bien tienen un efecto expansivo en los Estados hacia todos los poderes públicos<sup>28</sup>.

Conviene reiterar que, finalmente, la eficacia de las sentencias regionales sobre derechos humanos es una de las manifestaciones de la fuerza normativa de los derechos fundamentales de fuente internacional<sup>29</sup>. En otras palabras, al hablar de la efectividad de las decisiones supranacionales nos encontramos en el terreno más amplio relativo a la capacidad vinculante de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos<sup>30</sup>.

#### **4. Diálogo entre la jurisprudencia interamericana y la jurisprudencia nacional**

Tanto la Corte Interamericana como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han tenido la ocasión de examinar la compatibilidad de disposiciones constitucionales con los derechos y libertades convencionalmente reconocidos<sup>31</sup>. Desde esa óptica, actualmente, los tribunales constitucionales nacionales se han

27. Cfr. Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Las sentencias de los tribunales constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, 2009, especialmente el capítulo VIII, relativo a “La jurisprudencia internacional y su trascendencia en el ámbito interno”, págs. 79-83.

28. Por ejemplo, en los Casos Barrios Altos, *El Tribunal Constitucional de Perú y La Cantuta. Sobre este efecto expansivo y en general sobre la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana*, véase Hitters, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, *Revista Iberoamericana de Derechos Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 10, julio-diciembre de 2008, págs. 131-155.

29. Véase la interesante propuesta de reforma constitucional integral en materia de derechos humanos elaborada recientemente por el Alto Comisionado de Naciones Unidas: Propuesta de reforma constitucional en materia de derechos humanos, elaborada por las organizaciones de la Sociedad Civil y por académicas y académicos especialistas en derechos humanos, México, Alto Comisionado de Naciones Unidas, 2008, pág. 21.

30. En general sobre la incorporación y aplicación de tratados internacionales en México, véanse, entre otros, Fix-Zamudio, Héctor, “Eficacia de los instrumentos protectores de los derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, año II, vol. II, 2002, págs. 11-50; Caballero, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en México y España*, México, Porrúa-UIA, 2009; Corcuera Cabezut, Santiago, “La incorporación y aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el sistema jurídico mexicano”, en Martín, Claudia, Rodríguez-Pinzón, Diego, y Guevara, José Antonio (Comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Fontamara-UIA, 2004, págs. 153-170.

31. Stedh Rekvényi v. Hungría, 20 de mayo de 1999. Stedh López Ostra c. España, 9 de diciembre de 1994. Stedh Ruiz Mateos c. España, 23 de junio de 1993. Scidh Olmedo Bustos y otros v. Chile, 5 de febrero de 2001. Scidh Yean y Bosico vs. República Dominicana, 8 de septiembre de 2005.

visto condicionados jurídicamente por las directrices interpretativas que van estableciendo los tribunales internacionales<sup>32</sup>.

El condicionamiento jurídico del Estado y la creación de tribunales internacionales con las atribuciones de garantizar los derechos humanos internacionalmente reconocidos ha comenzado a gestar, en lo particular, un distinto entendimiento procesal del control de la actuación pública y, en lo general, un nuevo entendimiento del Derecho como hemos mencionado. De ahí que se considere una preeminencia lógica jurídica de la Convención Americana y de la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana, frente a la Constitución nacional y de la jurisprudencia constitucional del máximo intérprete en sede nacional<sup>33</sup>.

Sin embargo, también es verdad que los tribunales constitucionales nacionales tienen una cierta preeminencia fáctica sobre las sentencias regionales de derechos humanos. Finalmente, son los tribunales nacionales quienes, en último término, deciden qué efectos concretos tienen dentro del sistema jurídico nacional los tratados internacionales, y con ello, qué eficacia concreta tiene la jurisprudencia regional sobre derechos humanos<sup>34</sup>.

Bajo esta perspectiva, también debe reconocerse que existe una preeminencia de efectividad de las constituciones nacionales y de la jurisprudencia constitucional, frente a la Convención y a la jurisprudencia regional. De ahí que se hable de un auténtico “Diálogo jurisprudencial” en materia de derechos humanos fundamentales<sup>35</sup>.

Una manifestación clara en este diálogo de jurisprudencias aparece con el control de convencionalidad interna o nacional<sup>36</sup>. No debe perderse de vista que

32. Véase Gómez Pérez, Mara, “La protección internacional de los derechos humanos y la soberanía nacional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.) *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa, 2006, Tomo II, págs. 1613-1628.

33. Véase Silva García, Fernando, *Derechos Humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, op. cit. supra nota 24.

34. Por ejemplo, el Tribunal Supremo de Justicia venezolano dictó un Acuerdo con fecha 25 de julio de 2001 en Sala Plena (lo cual incluye a la Sala Constitucional), en cuyos considerandos estableció que: “(...) las decisiones de este Tribunal Supremo de Justicia en sus diferentes Salas, no están sometidas a ninguna revisión por parte de instancias internacionales, porque ellas constituyen ejercicio pleno de nuestra soberanía y se dictan conforme a nuestro ordenamiento jurídico, en nombre del pueblo venezolano y como expresión de una patria libre (...)”. Véase una crítica en Ayala Corao, Carlos M., *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, México, Fundap, 2003, págs. 78-80.

35. Cfr. *Diálogo Jurisprudencial. Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tribunales Nacionales, Corte Interamericana de Derechos Humanos, op. cit. supra nota 15.

36. Cfr. Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, Biblioteca Porrúa de DPC, núm. 26, 2008, *passim*.

la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana ha reconocido que el *control de convencionalidad* implica una doble dimensión. La internacional que realiza la propia Corte Interamericana; y la nacional, que realizan los operadores jurídicos y especialmente los jueces en sede doméstica para interpretar la normativa nacional conforme a los parámetros de la Convención y siempre atendiendo al principio pro persona<sup>37</sup>.

La expresión de “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, al parecer fue utilizada por vez primera por el juez mexicano Sergio García Ramírez, al formular voto concurrente razonado derivado de la sentencia del *caso Mack Chang vs. Guatemala*, resuelto el 25 de noviembre de 2003<sup>38</sup>, cuestión que reiteró en algunos votos posteriores de manera implícita o directa; connotación que desde la década de los sesenta del siglo pasado se ha venido consolidando especialmente por el Tribunal de Luxemburgo para el derecho comunitario europeo, que se ha denominado también como “control de comunitariedad”<sup>39</sup>.

La Corte Interamericana adopta la expresión como un deber de los jueces nacionales para velar por la aplicación de la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile*, resuelto el 26 de septiembre de 2006, al señalar:

*“124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y*

37. Cfr. Silva García, Fernando, “El control judicial de las leyes con base en tratados internacionales sobre derechos humanos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 5, enero-junio de 2006, págs. 231-253.

38. En el párrafo 27 de dicho voto, el juez García Ramírez señala: “Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio -sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “*control de convencionalidad*” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional” (las cursivas son nuestras).

39. Cfr. Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2009, Tomo I, págs. 1199 y ss.

*que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana.”*

Casi dos meses más tarde (24 de noviembre), en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (*Aguado Alfaro y otros*) vs. Perú, confirma y amplía esta doctrina convencional al señalarse:

*“128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”.*

La doctrina sobre el control de convencionalidad, como lo han puesto recientemente de relieve Néstor P. Sagüés<sup>40</sup> y Juan Carlos Hitters<sup>41</sup>, se ha ido configurando en otros fallos no siempre de manera “lineal y uniforme”, como los casos “La Cantuta vs. Perú” (29 de noviembre de 2006); “Boyce y otros vs. Barbados” (20 de noviembre de 2007); “Heliodoro Portugal vs. Panamá” (12 de agosto de 2008); “Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes vs. Guatemala” (supervisión de cumplimiento de sentencia, 9 de mayo de 2008); además de varios votos de Sergio García Ramírez y Antônio Cançado Trindade donde desarrollan sus perspectivas sobre esta temática.

De esta manera, expresamente se ha reconocido por la Corte Interamericana la existencia de un “Control de Convencionalidad” en sede nacional<sup>42</sup>, de tal suerte

40. “El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson La Ley, 19 de febrero de 2009.

41. “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson La Ley, 27 de julio de 2009.

42. Sobre el tema, véanse los diferentes enfoques contenidos en la obra colectiva Albanese, Susana

que los propios jueces de los Estados tienen la obligación de aplicar la normatividad interna conforme a la Convención Americana y la interpretación que de la misma ha realizado el tribunal regional, lo que permite una armonización entre el derecho nacional y el derecho internacional. Ahora bien, podría llegarse al extremo, aplicando el principio *pro persona*, que una disposición interna sea de mayor eficacia que la propia Convención Americana, lo que implicaría en este supuesto una prevalencia de la norma nacional frente a la convencional.

Como se ha expuesto, al tiempo que la validez de los tratados internacionales está condicionada a que su contenido respete el texto constitucional, paradójicamente, el ordenamiento jurídico también hace posible examinar la validez de las constituciones a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos, lo que supone el reto de desbloquear las tensiones generadas por ese estado de cosas.

Existe un punto de equilibrio entre una preeminencia absoluta de cualquiera de los órganos jurisdiccionales encomendados a garantizar los derechos fundamentales, que apunta a la necesidad de un *diálogo jurisdiccional* entre tribunales constitucionales nacionales y tribunales regionales sobre derechos humanos (Suprema Corte y Corte Interamericana). En realidad no debe perderse de vista que se trata de un mismo sistema de protección de los derechos humanos<sup>43</sup>.

¿Cómo podría lograrse ese punto de equilibrio? La Corte Interamericana, por regla general, debe respetar ciertos márgenes decisorios de los Estados miembros, definidos en última instancia por los tribunales constitucionales nacionales (*margen de prudencia*). Al mismo tiempo, los tribunales constitucionales, como garantes y, por tanto, fieles cumplidores del ordenamiento jurídico, deben acoger la jurisprudencia que va emitiendo la Corte Interamericana, en el ejercicio de sus funciones, en atención al deber que tienen de dar cuenta y justificar a la sociedad el sentido de sus sentencias, de conformidad con las garantías de motivación, fundamentación y exacta aplicación de la ley.

¿Puede la Corte Interamericana sustituir al Estado nacional y reemplazar las elecciones de carácter político, social, económico, cultural o moral que corresponden a la sociedad de los países miembros?

(coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008, que contiene ensayos de la propia coordinadora, Gregorio A. Flax, Andrés Gil Domínguez, Osvaldo A. Gozaini, Adelina Loiano, Alberto J. Lucchetti, Marta M. Pastor, Calogero Pizzolo, Marcelo Raffin, Pablo G. Salinas y Silvina Zimmerman.

43. Cfr. Bidart Campos, Germán, *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1994, *passim*.

Parte de la doctrina jurisprudencial y de los teóricos europeos han subrayado que la protección internacional sobre derechos humanos convive con el énfasis en las diversidades y, en general, en el pluralismo cultural<sup>44</sup>. Con alguna claridad, desde la sentencia de 7 de diciembre de 1976, en el caso *Handyside v. Reino Unido*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que éste debe respetar, en cierto grado, las decisiones de política educativa de los Estados miembros, en el ejercicio de sus funciones de control jurisdiccional, lo que dio lugar a la *doctrina del margen de apreciación*.

Tanto el sistema europeo, como el sistema interamericano de derechos humanos, se adoptaron para reforzar la garantía de los derechos fundamentales de la persona, no para reemplazar las vías nacionales de tutela respectivas. Se crea un sistema subsidiario y reforzado en la protección de los derechos humanos.

Su efecto es crear una garantía internacional subsidiaria, que se añade a aquéllas que los ordenamientos internos de los Estados miembros proporcionan a los individuos y grupos sujetos a su jurisdicción. Mediante tales sistemas, se garantiza que los Estados miembros respeten cierto alcance mínimo de los derechos y libertades reconocidos convencionalmente. Por ello, tanto en el sistema europeo, como en el interamericano, se condiciona la admisión de la demanda al agotamiento de las vías de derecho nacional susceptibles jurídica y verdaderamente de reparar la violación alegada<sup>45</sup>.

Esa concepción, denominada *principio de subsidiariedad*, supone que los Estados miembros, a través de los jueces nacionales y, en último término, del Tribunal Constitucional nacional, deban ser quienes establezcan, en primer lugar, la jerarquización y el balance de los derechos fundamentales. Sólo si esa definición del contenido de los derechos fundamentales previstos constitucionalmente llegase a afectar el contenido de alguno de los derechos fundamentales de fuente internacional, el tribunal regional debe intervenir a efecto de que se repare la violación respectiva.

Es un lugar común que los tratados regionales sobre derechos humanos reconozcan la diversidad y la pluralidad cultural de los Estados miembros, en varios sentidos. Por un lado, en virtud de que su propia creación plurinacional ha generado que

44. Toniatti, Roberto, “Los derechos del pluralismo cultural en la nueva Europa”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 58 (II), 2000, pág. 25.

45. Ver la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos De Wilde, Ooms y Versyp (“Vagrancy”) v. Bélgica (art. 50), 10 de marzo de 1972. Asimismo, la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana 11/90, 10 de agosto de 1990 y la Sentencia en el caso Viviana Gallardo y otros v. Costa Rica, 13 de noviembre de 1981.

las normas, principios y criterios que contiene sean fruto o resultado de la suma de tradiciones culturales y constitucionales de sus miembros. Por otro lado, porque el funcionamiento del sistema encuentra lugar en una zona territorial heterogénea, compuesta por esa diversidad jurídica y cultural, que continúa nutriendo y condicionando, en cierta medida, la actividad jurisdiccional regional en esa materia.

Las propias disposiciones de la Convención Americana permiten cierta interacción entre determinados intereses nacionales y el contenido de los derechos convencionalmente garantizados. Por ejemplo, el artículo 32 de la Convención Americana establece que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática. De ese modo, parece conveniente que la Corte Interamericana reconozca a los Estados *un margen de apreciación y de valoración* en esos casos, por ser quienes se encuentran legitimados para tomar ese tipo de elecciones en el plano nacional<sup>46</sup>.

### ***5. El control de convencionalidad de la jurisprudencia constitucional. Un caso paradigmático***

Un caso sobresaliente en el diálogo existente entre las jurisprudencias nacional y convencional es el Caso Castañeda<sup>47</sup>, resuelto por la Corte Interamericana el 6 de agosto de 2008. Constituye el primer fallo condenatorio en contra del Estado mexicano en aplicación del Pacto de San José<sup>48</sup>.

46. Por ejemplo, en el caso Ivcher Bronstein, la CIDH subrayó que la regulación relacionada con el derecho a la nacionalidad es competencia de cada Estado, aunque dejando claro que el Derecho internacional impone un mínimo de amparo jurídico en esa materia. Scidh Ivcher Bronstein v. Perú, 6 de febrero de 2001.

47. En sede interna, los hechos que derivaron este asunto sucintamente son los siguientes: El señor Jorge Castañeda Gutman pretendió inscribirse como candidato para la presidencia de la República (elecciones federales de 2006), negándose el registro por el Instituto Federal Electoral debido a que la ley electoral (COFIPE) vigente en ese momento, no permitía las candidaturas independientes sino a través de los partidos políticos. La inconstitucionalidad del precepto en mención fue impugnado en vía de amparo y la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió por mayoría de votos que resultaba improcedente esa instancia jurisdiccional, por lo que no entró al fondo del asunto.

Cabe aclarar, que años antes la propia Suprema Corte había establecido jurisprudencia obligatoria relativa a que no existía en el sistema jurídico mexicano control difuso, por lo que el Tribunal Electoral no podía dejar de aplicar un precepto que estimara inconstitucional, siendo la única vía, en criterio de la Corte, la acción abstracta de inconstitucionalidad cuya competencia le corresponde en exclusiva a la Suprema Corte. Este criterio quedó superado por la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007, donde se permite de manera expresa a las Salas del Tribunal Electoral (Superior y Regionales) esa posibilidad.

48. El primer caso contencioso de México que conoció la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fue resuelto el 3 de septiembre de 2004, declarando procedente la excepción *ratio temporis*

A través de esta sentencia internacional se ha resuelto que el sistema jurídico mexicano es contrario al *derecho a la protección judicial* reconocido en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debido a que los individuos se encontraban imposibilitados para defender sus derechos fundamentales de participación democrática frente al legislador; es decir, existía en el ordenamiento jurídico mexicano (a través de una jurisprudencia constitucional) una “zona de inmunidad” para el control de la constitucionalidad de las normas electorales por los particulares.

En realidad se trata de una sentencia de condena parcial, ya que también se desestimaron las pretensiones de la parte denunciante, al no contravenirse los *derechos a ser elegido* (sistema exclusivo de partidos políticos sin candidaturas independientes) y *de igualdad ante la ley* (sólo permitirse dichas candidaturas en algunas entidades federativas y no a nivel federal), previstos, respectivamente, en los artículos 23.1 y 24 de la propia Convención.

Esta sentencia pone de relieve el doble ámbito de validez de las sentencias de la Corte Interamericana a que nos hemos referido. En el caso, por un lado, la Corte resolvió sobre las pretensiones del señor Jorge Castañeda Gutman en relación con la actuación del Estado mexicano (*fallo parcialmente condenatorio, efectos de cosa juzgada*); en segundo término, también se pueden desprender criterios generales a propósito de la interpretación de los derechos humanos que estaban en conflicto en dicho asunto (*efectos jurisprudenciales, de cosa interpretada*).

El fallo parcialmente condenatorio: efectos de cosa juzgada

*A.1) Desestimación del planteamiento de violación a los derechos fundamentales de participación democrática*

La Corte Interamericana destacó que en el derecho electoral comparado la regulación del derecho a ser votado respecto de la inscripción de las candidatu-

opuesta por el estado mexicano, debido a que los hechos ocurrieron con anterioridad al reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de esa Corte Interamericana, de tal manera que en realidad no hubo pronunciamiento de fondo. Un análisis del caso, puede verse en Carmona Tinoco, Jorge, “El caso Alfonso Martín del Campo Dodd vs. Estados Unidos Mexicanos, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, Buenos Aires, UNAM-Rubinzal Culzoni, Año III, núm. 6, julio-diciembre de 2006, págs. 73-90.

Asimismo, debe destacarse que existen en la actualidad tres causas en contra del estado mexicano en trámite ante la Corte Interamericana: el caso “Campo Algodonero” (feminicidios en Ciudad Juárez, Chihuahua), “Rosendo Radilla Pacheco” (desaparición forzada de personas); e “Inés Fernández Ortega y otros” (fuero militar).

ras puede implementarse de dos maneras: mediante el sistema de registro de candidatos de forma exclusiva por parte de los partidos políticos; o bien, a través del sistema de registro de candidaturas por parte de los partidos políticos junto con la posibilidad de inscribir candidaturas independientes; y que en la región puede observarse que existe cierto equilibrio entre los Estados en relación con ambos sistemas (fundamento 198).

A ese respecto, el tribunal regional consideró que ambos sistemas, uno construido sobre la base exclusivamente de partidos políticos y otro que admite también candidaturas independientes, pueden ser compatibles con la Convención y, por lo tanto, *la decisión de cuál sistema escoger está en las manos de la definición política que haga el Estado, de acuerdo con sus normas constitucionales* (fundamento 204).

Precisado lo anterior, la Corte Interamericana partió de la premisa consistente en que la Convención se limita a establecer determinados estándares dentro de los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los derechos políticos, siempre y cuando dicha reglamentación cumpla con los requisitos de legalidad, esté dirigida a cumplir con una finalidad legítima, sea necesaria y proporcional; esto es, sea razonable de acuerdo a los principios de la democracia representativa<sup>49</sup> (fundamento 149).

Para la Corte Interamericana, el requisito por el cual corresponde a los partidos políticos solicitar el registro de los candidatos a cargos electivos a nivel federal se encuentra previsto en el artículo 175 del COFIPE (antes de la reforma de 2007), una *ley en sentido formal y material*, que tiene por *finalidad legítima* organizar el proceso electoral y el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder público en condiciones de igualdad y de manera eficaz, misma que resulta esencial para el ejercicio de los derechos de votar y a ser votado en elecciones periódicas auténticas, por sufragio universal e igual, y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, de acuerdo con el artículo 23 de la Convención Americana.

Asimismo, la Corte Interamericana determinó que el Estado ha fundamentado que el registro de candidatos exclusivamente a través de partidos políticos responde a la necesidad de crear y fortalecer el sistema de partidos como respuesta a una realidad histórica y política; la necesidad de organizar de manera

49. Cfr. Caso Yatama vs. Nicaragua. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 207.

eficaz el proceso electoral en una sociedad de 75 millones de electores, en la que todos tendrían el mismo derecho a ser elegidos; la necesidad de un sistema de financiamiento predominantemente público, para asegurar el desarrollo de elecciones auténticas y libres, en igualdad de condiciones; y la necesidad de fiscalizar eficientemente los fondos utilizados en las elecciones, todo lo cual responde a un interés público imperativo (fundamento 193).

En cuanto a si la medida se ajustaba o no al logro del *objetivo legítimo* perseguido, la Corte Interamericana estimó que la exclusividad de nominación por partidos políticos a cargos electivos de nivel federal es una *medida idónea* para producir el resultado legítimo perseguido de organizar de manera eficaz los procesos electorales con el fin de realizar elecciones periódicas, auténticas, por sufragio universal e igual, y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores de acuerdo a lo establecido por la Convención Americana (fundamento 203).

Finalmente, es preciso subrayar que la Corte Interamericana tomó en consideración que la presunta víctima no argumentó ni demostró elemento alguno que permitiera concluir que el requisito de ser nominado por un partido político le impuso obstáculos concretos y específicos que significaran una restricción desproporcionada, gravosa o arbitraria a su derecho a ser votado (fundamento 202).

#### *A.2) Desestimación del planteamiento de violación al derecho a la igualdad ante la ley*

La parte afectada alegó que la exclusividad de registro de candidaturas por parte de partidos políticos, además de violar el derecho a ser elegido previsto en el artículo 23 de la Convención Americana, transgrede el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24 de dicho tratado. A ese respecto, la Corte Interamericana consideró que no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana, máxime que la jurisprudencia interamericana ha distinguido entre *distinciones* y *discriminaciones*, de forma que las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser *razonables, proporcionales y objetivas*, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos.

A partir de esa premisa, la Corte Interamericana determinó que las elecciones locales (las que permiten las candidaturas independientes, por ejemplo en los Estados de Sonora y Yucatán) y las federales (que no prevén dicha modalidad) no

son comparables, de modo que, a su juicio, no es posible concluir que las diferencias de organización entre unas y otras, sean discriminatorias y violen el derecho a la igualdad ante la ley establecido en el artículo 24 de la Convención Americana<sup>50</sup>.

### A.3) *Violación al derecho de protección judicial*

En cambio, la Corte Interamericana declaró que el Estado mexicano violó *el derecho de protección judicial*, en relación con las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos humanos y de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos (arts. 25, 1.1 y 2 de la Convención Americana), al apreciar que *dentro del Estado mexicano existía la imposibilidad –para los particulares– de hacer valer los derechos fundamentales de participación democrática frente al legislador*.

En relación con el cumplimiento del fallo, la Corte Interamericana recordó que es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el *deber de repararlo adecuadamente*. A ese respecto, consideró que la sentencia constituye *per se* una forma de reparación; que, además, el Estado debe, en un plazo razonable, *completar la adecuación de su derecho interno a la Convención*, de manera que se garantice a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido; que, asimismo, el Estado debe publicar en el Diario Oficial y en otro diario de amplia circulación nacional, las partes relevantes de la sentencia; que, también, el Estado debe pagar al señor Jorge Castañeda Gutman el monto fijado por reintegro de costas y gastos; y, finalmente, que el Estado deberá, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la sentencia, rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para la cumplir con la misma; todo ello dentro del plazo de seis meses contados a partir de la notificación de la sentencia.

### B) *La jurisprudencia: efectos de cosa interpretada*

La sentencia dictada por la Corte Interamericana no sólo implica un pronunciamiento jurisdiccional que estima parcialmente las pretensiones del afectado y

50. Cabe señalar que días previos a la presentación de la queja ante la Comisión Interamericana por parte de Jorge Castañeda, la Suprema Corte de Justicia resolvió el 5 de octubre de 2006, la acción de inconstitucionalidad 28/2006 y sus acumuladas 29/2006 y 30/2006, por mayoría de seis votos contra cinco, donde estableció la posibilidad del legislador secundario de establecer candidaturas independientes. La tesis aislada V/2008, lleva por rubro: "CANDIDATOS PARA CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR EN EL ESTADO DE YUCATÁN. SU POSTULACIÓN NO ES EXCLUSIVA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS" (SJFG, T. XXVII, marzo de 2008, pág. 133).

que se limita a establecer reparaciones para ese caso concreto, sino que sus consideraciones constituyen *criterios generales de validez* aplicables para todos los Estados parte, por implicar la interpretación autorizada del contenido concreto, convencionalmente protegido, de los derechos humanos garantizados en el Pacto de San José. La sentencia Castañeda contiene criterios jurisprudenciales de gran calado en lo que atañe a los derechos de participación democrática y al de protección judicial.

### *B.1) Los derechos de participación democrática*

En la sentencia se ha dejado claro que los derechos políticos son *derechos humanos* de los ciudadanos, que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático.

A partir de dicha base, la Corte Interamericana ha entendido que de los derechos de participación democrática resultan *obligaciones positivas* para el Estado tendentes a que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos respetando el principio de igualdad y no discriminación, máxime que se encuentra prohibida su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de éstos (fundamentos 140 y 145). Las referidas obligaciones positivas consisten en que los Estados deben organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones y formalidades para que sea posible el ejercicio del derecho a votar y ser votado (fundamentos 157, 158 y 159).

En ese orden de ideas, la Corte Interamericana parece haber establecido que los derechos de participación democrática son *derechos de configuración legal*, pues para su ejercicio la ley necesariamente tiene que establecer regulaciones legales (fundamentos 157, 158 y 159). A ese respecto, subrayó que los derechos políticos y también otros previstos en la Convención como el derecho a la protección judicial, son derechos que no pueden tener eficacia simplemente en virtud de las normas que los consagran, porque son por su misma naturaleza *inooperantes sin toda una detallada regulación normativa* e, incluso, sin un complejo aparato institucional, económico y humano que les dé la eficacia que reclaman, como derechos de la propia Convención, si no hay códigos o leyes electorales, registros de electores, partidos políticos, medios de propaganda y movilización, centros de votación, juntas electorales, fechas y plazos para el ejercicio

del sufragio, éste sencillamente no se puede ejercer, por su misma naturaleza; de igual manera que no puede ejercerse el derecho a la protección judicial sin que existan los tribunales que la otorguen y las normas procesales que la disciplinen y hagan posible (fundamento 159).

Para la Corte Interamericana, *el derecho internacional no impone un sistema electoral determinado ni una modalidad determinada de ejercer los derechos a votar y a ser elegido* (fundamento 162). En todo caso, la Convención Americana establece lineamientos generales que determinan un *contenido mínimo* de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos (fundamento 166). Simplemente, el sistema electoral que los Estados establezcan de acuerdo a la Convención Americana debe hacer posible la celebración de elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual (no discriminatorio) y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores (fundamento 158).

Asimismo señaló que más allá de dichas exigencias, *la Convención Americana no establece una modalidad específica o un sistema electoral particular* mediante el cual los derechos a votar y ser elegido deben ser ejercidos; más bien, la Convención *se limita a establecer determinados estándares* dentro de los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los derechos políticos, *siempre y cuando dicha reglamentación cumpla con los requisitos de legalidad, esté dirigida a cumplir con una finalidad legítima, sea necesaria y proporcional*; esto es, sea razonable de acuerdo a los principios de la democracia representativa (fundamento 149). Por ende, a pesar de que existe un margen de apreciación a cargo de los Estados en el ámbito que nos ocupa, *la Corte Interamericana ha dejado en claro que las medidas que los Estados adoptan con el fin de garantizar el ejercicio de los derechos convencionales no están excluidas de la competencia de la Corte Interamericana* cuando se alega una violación de los derechos humanos previstos en la Convención (fundamento 161).

En otro orden de ideas, para la Corte Interamericana, salvo algunos derechos que no pueden ser restringidos bajo ninguna circunstancia, como el derecho a no ser objeto de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, los *derechos humanos no son absolutos*. En tal sentido, destacó que la previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, *per se*, una restric-

ción indebida a los derechos políticos. Sin embargo, se ha subrayado que *la facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional, sino que está limitada por el derecho internacional que exige el cumplimiento de determinadas exigencias que de no ser respetadas transforma la restricción en ilegítima y contraria a la Convención Americana* (fundamento 174). Particularmente, la Corte Interamericana ha afirmado que la disposición que señala las causales por las cuales se puede restringir el uso de los derechos de participación democrática (edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal) tiene como propósito único –a la luz de la Convención en su conjunto y de sus principios esenciales– evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos, siempre y cuando no sean desproporcionados o irrazonables, se trata de límites que legítimamente los Estados pueden establecer para regular el ejercicio y goce de los derechos políticos y que se refieren a ciertos requisitos que las personas titulares de los derechos políticos deben cumplir para poder ejercerlos (fundamento 155).

Para la Corte Interamericana, ninguno de los dos sistemas, el de nominación exclusiva por parte de partidos políticos y el que permite candidaturas independientes, resulta en sí mismo más o menos restrictivo que el otro en términos de regular el derecho a ser elegido consagrado en su artículo 23 de la Convención. Por lo tanto, la decisión de cuál sistema escoger está en las manos de la definición política que haga el Estado, de acuerdo con sus normas constitucionales. La Corte, finalmente, destacó la existencia de una profunda crisis en relación con los partidos políticos y subrayó que las candidaturas independientes pueden ser uno de los mecanismos para fortalecer la democracia (fundamento 204).

### *B.2) El derecho a la protección judicial*

La sentencia contiene la definición de diversos *criterios generales de validez* desprendibles del derecho a la protección judicial, que trascienden al fallo condenatorio, por estar destinados para regular la actuación de todos los Estados miembros en futuros asuntos, dentro de los cuales destacan los siguientes:

Para la Corte Interamericana, la protección judicial otorgada por el artículo 25 de la Convención es la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que la autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante determine si ha habido o no una violación a algún derecho que la persona que reclama estima tener y que, en caso de ser encontrada una violación, el recurso sea útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo (fundamento 100).

A partir de dicha definición general, ha entendido que el examen de la existencia de una violación al derecho a la protección judicial implica el análisis de: 1) *La accesibilidad del recurso*: si la presunta víctima tiene o no acceso a un recurso; y 2) *La efectividad del recurso*: si el tribunal competente tiene o no las facultades necesarias para restituir a la presunta víctima en el goce de sus derechos, si se considerara que éstos habían sido violados (fundamento 103).

El derecho a la protección judicial implica *obligaciones positivas* a cargo de los Estados en el sentido de que regulen los recursos judiciales de forma tal que las personas tengan *certeza y seguridad jurídica de sus condiciones de acceso*, y de que los individuos directamente tengan facultades para interponerlos sin intermediarios (por ejemplo a través de partidos políticos); así también, se desprende que aquél puede ser violado independientemente de que exista o no una contravención al derecho principalmente reclamado (fundamentos 101, 110 y 114).

En síntesis, el caso Castañeda brevemente descrito, contiene *criterios generales de validez* de trascendencia para los Estados parte en tres distintas direcciones.

(i) Por una parte, se estableció que el registro de candidatos a cargos de elección puede realizarse a través del sistema de partidos políticos y también de candidaturas independientes. De tal manera que queda a libre definición política de los Estados, de acuerdo con sus normas constitucionales, establecer un sistema exclusivo de partidos o un sistema donde se permitan dichas candidaturas, sin que se vulnere en ninguno de los casos el derecho a ser elegido democráticamente que establece el artículo 23.1 de la Convención Americana.

(ii) En segundo lugar, pareciera que se está consolidando *el derecho fundamental al control judicial de las leyes en el ámbito interamericano*, lo que significa una nueva dimensión al derecho a la protección judicial reconocido en el artículo 25 de la Convención Americana. Esto significa un posicionamiento de la mayor importancia en el ámbito interamericano relativo a la clásica relación *entre derechos y garantías*. De este criterio de validez general se desprende que los derechos humanos contenidos en la Convención Americana y de sus protocolos adicionales constituyen contra-poderes, fragmentos de la soberanía popular en manos de toda la sociedad, de manera que la ausencia de garantías efectivas para su tutela implica la violación de tales derechos<sup>51</sup>. Esto implica recono-

51. Véase Ferrajoli, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006, pág. 100.

cer que en el ámbito interno de los estados no pueden establecerse “zonas de inmunidad” para el control de constitucionalidad de las leyes que impliquen violación a los derechos humanos.

(iii) En tercer término, que es precisamente lo que tratamos de destacar en la presente ponencia, con el presente caso se ha puesto de manifiesto que la Corte Interamericana, al examinar la validez de la actuación del Estado mexicano, termina por evaluar el apego de la jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte al catálogo de derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana. Ello implica, finalmente, la posibilidad de que las sentencias constitucionales firmes y la jurisprudencia emanada de ella puedan *desautorizarse jurídicamente a través del control de regularidad convencional* por la Corte Interamericana.

El denominado “control de convencionalidad” realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos contenciosos sometidos a su jurisdicción, se ha realizado tradicionalmente para controlar actos, leyes e incluso las propias constituciones nacionales (como por ejemplo el caso Olmedo Bustos y otros vs. el Estado Chileno).

Si bien en algunos casos se había realizado el control de convencionalidad respecto de criterios de los poderes judiciales, el caso *Castañeda* pone en evidencia que ese tipo de control alcanza también la jurisprudencia constitucional. Esto implica, en términos más amplios, que las resoluciones de los tribunales regionales de derechos humanos cuentan con una autoridad interpretativa frente a los tribunales constitucionales nacionales, derivada de la propia lógica del control jurisdiccional externo del Estado en ese ámbito<sup>52</sup>. Desde esa perspectiva, existe una superioridad lógica de la jurisprudencia convencional sobre la jurisprudencia constitucional<sup>53</sup>.

52. La adopción de los tratados regionales por el Estado implica un sometimiento jurídico del Estado y por ende, de todos sus agentes a los contenidos concretos que, sobre las normas indeterminadas de tales instrumentos, va definiendo caso tras caso el tribunal regional respectivo. El fin último del establecimiento de dichos sistemas fue terminar con la idea de que los Estados son autónomos en el tratamiento de las personas que están bajo su jurisdicción. Cfr. Jayawickrama, Nihal. *The judicial application of Human Rights Law. National, Regional and International Jurisprudence*, UK, Cambridge University Press, 2000, pág. 24.

53. En relación con el sistema europeo de derechos humanos se ha dicho: “(...) la propia lógica del sistema lleva a que la actuación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tenga cierta supremacía sustancial respecto de la de los tribunales constitucionales (...)”. Pérez Tremps, Pablo. *Justicia Constitucional y defensa de derechos fundamentales en Europa*. Cfr. López Guerra, Luis (coord.), *La justicia constitucional en la actualidad, Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador*, Serie 1, Quito, Corporación Editora Nacional, 2002, pág. 310.

En efecto, la Corte Interamericana ha (desautorizado) declarado inconvencional el referido criterio del tribunal constitucional mexicano que, en su momento, impidió mediante una interpretación constitucional de la Suprema Corte que los particulares tuvieran mecanismos de defensa frente al legislador para la defensa de sus derechos fundamentales de participación democrática. Si bien, previamente a la sentencia condenatoria se llevó a cabo una reforma constitucional que subsanó la irregularidad convencional en el año 2007, la Corte Interamericana examinó el caso a la luz del momento en que se cometió la violación, donde prevalecía la jurisprudencia constitucional sujeta al control convencional.

Se trata, en definitiva, de un *control de convencional de la jurisprudencia constitucional* que abre nuevos derroteros en el clásico entendimiento del Estado constitucional con el derecho internacional, especialmente con el *derecho internacional de los derechos humanos*.

**RESUMEN:** El presente estudio analiza los alcances del llamado “control de convencionalidad” recientemente reconocido por la jurisprudencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos. Especialmente se aborda una de las manifestaciones de ese control, que repercute en la propia jurisprudencia constitucional emanada por el máximo intérprete en sede nacional. Se profundiza en la manera en que las sentencias de la Corte Interamericana pueden desautorizar, a través de un control de convencionalidad, el sentido y alcance de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, como sucedió en el paradigmático Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos (2008), que abre un horizonte en la concepción de la Corte Interamericana como tribunal constitucional internacional.

**PALABRAS CLAVES:** Control de convencionalidad, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Jurisprudencia convencional, justicia constitucional supranacional, derecho procesal constitucional transnacional, derechos políticos.

**ABSTRACT:** This study analyzes the extents of the so-called “control de constitucionalidad” recently recognized by the Inter-American Court jurisprudence of Human Rights. Especially discusses one of the manifestations of that issue, which has an impact on itself by constitutional jurisprudence by the maximum national court. Delves into the way in which the sentences of the Inter-American Court can disallow from a control de convencionalidad the meaning of a constitutional precedent, as happened in the paradigmatic case Castañeda Gutman vs. United Mexican States (2008), that opens a horizon in the conception of the Inter-American Court as an international constitutional court.

**KEYWORD:** Constitutional adjudication, Inter-American Court of Human Rights, conventional jurisprudence, international judicial review, transnational constitutional procedure law, political rights.

# LA “CRISI DELLA LEGGE” NELL'EVOLUZIONE DEL RAPPORTO TRA “DIRITTO POLITICO” E “DIRITTO CULTURALE”. LA ATTIVITÀ CREATIVA DI DIRITTO DELLA CORTE COSTITUZIONALE E DEI GIUDICI COMUNI

Roberto Romboli  
Profesor Ordinario de Derecho Constitucional  
Universidad de Pisa (Italia)

## SUMARIO

### *PREMESSA.*

1. *Significati di “crisi della legge” e quello assunto a base della indagine*

### *PARTE PRIMA. La Corte costituzionale*

#### *I. L'attività creativa di diritto:*

1. a) *l'apporto della giurisprudenza costituzionale alla formazione delle regole del processo costituzionale*

2. b) *la modulazione degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità attraverso le decisioni di illegittimità costituzionale sopravvenuta*

3. c) *le sentenze di incostituzionalità ed in particolare le c.d. sentenze “manipolative” del testo della legge oggetto del controllo*

4. d) *il tentativo di imporre ai giudici una lettura della legge “oltre” il significato dalla stessa ricavabile attraverso i tradizionali strumenti dell'interpretazione*

#### *II. Controllo della legge o sostituzione nelle scelte del soggetto politico:*

1. a) *il rispetto della discrezionalità del legislatore*

2. b) *l'esperienza delle c.d. sentenze “di principio”*

3. c) *l'utilizzo ed il carattere pervasivo del criterio della “ragionevolezza”*

4. d) *la possibilità per il legislatore di riprodurre, con legge ordinaria o con legge costituzionale, una disposizione dichiarata incostituzionale: “a chi spetta l'ultima parola”*

*III. La natura della Corte costituzionale: 1. la storica e non risolta (o non risolubile) “ambiguità” tra il carattere “politico” e quello “giurisdizionale”*

### *PARTE SECONDA. I giudici comuni.*

1. *Ruolo del giudice e attività creativa di diritto: la prima “rivoluzione” a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione e del funzionamento della Corte costituzionale*

2. *La tutela dei diritti fondamentali da parte dei giudici, nell'assenza della legge, attraverso l'applicazione diretta della Costituzione*

3. *La creazione di diritto attraverso l'attività interpretativa del giudice e la progressiva valorizzazione della stessa da parte della Corte costituzionale*

4. *La seconda “rivoluzione” a seguito della realizzazione dell'ordinamento comunitario: il potere del giudice di disapplicare (o non applicare) la legge*

5. *La produzione del diritto da parte dei giudici: forme, modalità e legittimazione rispetto alla produzione del diritto da parte dei soggetti politici*

6. *Il conflitto tra poteri sollevato dalle camere nei riguardi della sentenza della cassazione sulla vicenda Englaro*

## **PREMESSA**

### **1. Significati di “crisi della legge” e quello assunto a base della indagine**

Il presente scritto si pone lo scopo di esaminare, con particolare riguardo alle vicende italiane, il tema generale della “crisi della legge” sotto lo specifico aspetto della valorizzazione di quello che viene definito come “diritto culturale” a scapito del “diritto politico”<sup>1</sup>, verificatosi a seguito del passaggio dallo stato di diritto allo stato costituzionale e della creazione di un sistema di controllo di costituzionalità della legge e degli atti aventi forza di legge.

Anche di recente di “crisi della legge”, come trasformazione rispetto al modello della legge che fu<sup>2</sup>, si è parlato in tre differenti significati, vale a dire nel senso di:

a) tramonto della concezione mistica della legge come suprema manifestazione di volontà dello Stato, causa la superiorità della Costituzione e la soggezione della legge al controllo di costituzionalità, che determina, unitamente al carattere pluralistico delle fonti prefigurato dalla Costituzione, la crisi dello stesso modello tradizionale delle fonti;

b) alterazione della funzione della legge che da generale e astratta diviene sempre più legge di tipo settoriale per la redistribuzione delle risorse e la eliminazione delle disuguaglianze (c.d. amministrativizzazione della legge);

c) crisi delle istituzioni e della legge parlamentare, determinata a seguito dell’uso ed abuso dell’istituto del referendum abrogativo, della decretazione d’urgenza, della delega legislativa e del processo di delegificazione<sup>3</sup>.

Il significato che prenderemo a base della nostra analisi è essenzialmente il primo dei tre sopra indicati, al fine di evidenziare la valorizzazione e l’espansione

1. Per la contrapposizione tra “diritto politico” e “diritto culturale” e l’esatta definizione dei medesimi v. Pizzorusso, Fonti “politiche” e fonti “culturali” del diritto, in *Studi in onore di E.T. Liebman*, Milano, 1979, I, 327 ss.

2. Per questa espressione v. Modugno, A mo’ di introduzione. *Considerazioni sulla “crisi” della legge, in Trasformazioni della funzione legislativa. II. Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, 2000, 1 ss. il quale contrappone in tal senso la “crisi della legge” alla “legge della crisi”, vale a dire ciò che la legge è diventata.

3. In tal senso Sorrentino, “Le fonti del diritto amministrativo”, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da Santaniello, Padova, 2004, 8 ss.

sione che dalla concreta realizzazione del controllo di costituzionalità delle leggi è derivata a favore del diritto culturale, sia con riguardo all'attività più specificamente della Corte costituzionale, che ha consentito di rivalutare l'elemento razionale rispetto a quello volontaristico delle fonti del diritto, sia a quella, per molti versi connessa, dei giudici comuni.

Se attraverso ed a seguito del fenomeno della codificazione il diritto era venuto in qualche misura a ridursi e ad identificarsi nella legge, configurando il ruolo del giudice quale quello di "bocca della legge", la realizzazione del controllo di costituzionalità, ha consentito di recuperare il significato ed il valore del diritto giurisprudenziale, "erodendo la crociata giuspositivista che aveva cercato di imporre il diritto legislativo come l'unico vero diritto"<sup>4</sup> e producendo un innegabile avvicinamento del nostro sistema di *civil law* a quello di *common law*, fondato sul principio dello *stare decisis*.

Nessuno oggi esclude infatti la natura in larga misura "creativa" dell'attività del giudice e pure se l'efficacia delle sue decisioni è, di regola, limitata alle parti del giudizio, è innegabile l'effetto di precedente che queste vengono a svolgere, con efficacia non vincolante, ma persuasiva<sup>5</sup> ed è da intendere che le particolari garanzie di autonomia-indipendenza-imparzialità che la Costituzione riconosce a favore dei giudici siano state previste proprio in considerazione della particolare attività, anche "creativa" del diritto, che questi sono chiamati a svolgere<sup>6</sup>, sia nella loro ordinaria attività di interpretazione della legge, sia, come vedremo, nella diretta applicazione dei principi costituzionali.

## ***PARTE PRIMA. La Corte costituzionale.***

### ***I. L'attività creativa di diritto:***

#### **1. a) l'apporto della giurisprudenza costituzionale alla formazione delle regole del processo costituzionale**

Nell'esame della creazione giurisprudenziale del diritto, procederò analizzando dapprima una serie di aspetti relativi all'attività della Corte costituzionale e quindi, successivamente, a quella dei giudici comuni.

4. Così Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1998, 2° ediz., 378

5. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, Bologna-Roma, 1977, 525 ss. ed Autori ivi citati, tra i quali specialmente gli scritti di Gino Gorla.

6. Si vedano sul punto le osservazioni di Pizzorusso, Introduzione, in *L'ordinamento giudiziario. Testi a cura di A. Pizzorusso*, Bologna, 1974, 51 ss.

Con riguardo al primo aspetto saranno in particolare presi in considerazione: a) la creazione, da parte del Giudice costituzionale, di regole processuali per i giudizi costituzionali, b) la modulazione degli effetti temporali delle dichiarazioni di incostituzionalità, c) la pronuncia di sentenze c.d. manipolative ed infine d) la più recente giurisprudenza, attraverso la quale la Corte sembra indicare ai giudici una lettura delle disposizioni legislative impugnate che vada oltre il significato letterale delle stesse, attraverso vere e proprie “sentenze-leggi”.

Sotto il primo profilo (*sub a*), in varie occasioni la dottrina costituzionalistica si è interrogata, soprattutto in questi ultimi anni, circa il grado di vincolatività che le disposizioni processuali assumono per il Giudice delle leggi, in considerazione della natura dello stesso e del tipo di attribuzioni ad esso riconosciute e, conseguentemente, anche sulla possibilità di un apporto della giurisprudenza costituzionale alla formazione delle stesse regole processuali<sup>7</sup>.

Certamente non possono essere trascurate o non adeguatamente valutate le caratteristiche e le particolarità proprie del processo costituzionale e dell'organo davanti al quale esso si svolge, che non può essere inquadrato interamente nella figura del giudice senza perdere buona parte del suo ruolo e del suo operare nel nostro sistema costituzionale.

Proprio in considerazione di tali particolarità non può negarsi la possibilità, ed anche l'opportunità, di un apporto della stessa Corte costituzionale, attraverso la propria giurisprudenza e nei limiti ad essa consentiti, alla elaborazione delle regole procedurali attraverso un'integrazione della disciplina per molti versi lacunosa del processo costituzionale ed un'interpretazione delle disposizioni in materia spesso tutt'altro che chiare ed univoche<sup>8</sup>.

7. Sulla formazione, valore e grado di vincolatività delle norme sul processo costituzionale, v. Mezzanotte, *Processo costituzionale e forma di governo*, in AA. VV., *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, 63; Zagrebelsky, *Diritto processuale costituzionale?*, ivi, 105; Romboli, “Significato e valore delle disposizioni regolanti il processo davanti alla Corte costituzionale nei più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale”, in *Quaderni dell'associazione di studi e ricerche parlamentari*, Milano, 1992, 2, 41 ss.; M. D'Amico, *Giustizia e processo costituzionale*, Jus, 1994, 49; Bignami, *Considerazioni introduttive su processo costituzionale e giustizia costituzionale*, ivi, 83; Angiolini, *Processo giurisdizionale e processo costituzionale*, Cerri, *Note in tema di giustizia costituzionale*, 1082 e Romboli, *La Corte costituzionale e il suo processo*, in *Foro it.*, 1995, I, 1084, 1082 e 1090; Pizzorusso, *Uso e abuso del diritto processuale costituzionale*, in Bessone (cur.), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, 133.

8. In proposito è stato osservato come spesso la dottrina mostri eccessiva acquiescenza ai risultati raggiunti dalla giurisprudenza costituzionale, la quale finirebbe per essere esaltata come *ius receptum*, con la conseguenza che la causa della mancata elaborazione di categorie processuali proprie del giudizio costituzionale sarebbe da rinvenire nello scarso peso che la giurisprudenza costituzionale ha asse-

L'apporto decisivo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della disciplina "vivente" del processo costituzionale si è d'altra parte manifestata fin dai primi anni di funzionamento, basti pensare alla fondamentale presa di posizione, contenuta nella prima sentenza (n.1 del 1956), circa la sindacabilità delle leggi anteriori all'entrata in vigore della Costituzione o ancora alla delimitazione del significato e della portata della rilevanza (in cui si esprime principalmente il carattere di pregiudizialità del giudizio attivato in via incidentale) e della possibilità da parte della stessa Corte di controllare il giudizio svolto in proposito da parte del giudice *a quo*.

Sempre con riguardo ai presupposti legittimanti l'instaurazione di un processo in via incidentale sulle leggi, degna di nota è la gestione, operata dalla Corte, delle nozioni di "giudice" e di "giudizio", rispetto alle quali è possibile individuare due distinti periodi della giurisprudenza costituzionale. Il primo (1956-1971), caratterizzato da una lettura ampia ed estensiva dei due termini, ed il secondo (1971-2009) in cui assistiamo ad una chiara e netta inversione di tendenza in senso restrittivo, in evidente contrasto con alcune delle affermazioni sostenute nel periodo precedente.

Tale atteggiamento e interpretazione dei presupposti processuali risponde a momenti diversi della giustizia costituzionale in Italia, nel primo dei quali prevaleva certamente l'interesse della Corte ad allargare l'accesso al giudizio, al fine di favorire la diffusione e la realizzazione dei valori costituzionali, visti ancora da molti settori della magistratura come principi generali non immediatamente applicabili e rivolti quasi esclusivamente al legislatore. Nel secondo momento questa sensibilizzazione poteva ormai ritenersi a ragione raggiunta, per cui inizia un'opera, che si farà poi sempre più stringente, di selezione delle questioni e di precisazione più particolareggiata delle condizioni richieste per l'instaurazione del giudizio, unita ad un controllo più penetrante ed attento (a volte anche eccessivamente pignolo) della presenza delle stesse.

Ugualmente importante, soprattutto in considerazioni delle più recenti prese di posizione della Corte, l'apporto della giurisprudenza costituzionale a proposito del contraddittorio nel processo costituzionale.

nato alle formalità processuali, v. Angiolini, *La Corte senza il "processo" o il "processo" costituzionale senza processualisti?*, in *La giustizia costituzionale a una svolta*, a cura di Romboli, Torino, 1991, 20 ss. e, analogamente, Pugiotto, *La "concretezza" nel sindacato di costituzionalità: polisemia di un concetto*, in Jus, 1994, 110-111.

Basti pensare alla, per molti aspetti discutibile, sentenza n. 210 del 1983 con cui la Corte, dopo averlo implicitamente ritenuto per oltre venti anni, ha negato la possibilità di attribuire la qualifica di parte al presidente del consiglio dei ministri intervenuto, tramite l'Avvocatura dello Stato, nel giudizio costituzionale. Anche in questo caso la finalità appare abbastanza trasparente e consiste nella volontà di ricorrere con maggiore facilità alla camera di consiglio "per mancata costituzione delle parti", nella considerazione che molto spesso accadeva ed accade che sia presente il presidente del consiglio, mentre le parti del giudizio *a quo* non si costituiscono.

Con riferimento poi al tema, specie in certi anni assai dibattuto, relativo alla possibile presenza nel giudizio costituzionale di soggetti diversi dalle parti del giudizio *a quo* e dal presidente del consiglio dei ministri, la Corte ha tenuto per un lungo periodo una posizione di netta chiusura, escludendo la possibilità di costituirsi da parte di terzi, attraverso una giurisprudenza costante e senza rilevanti incrinature.

Successivamente, richiamandosi all'art. 24 Cost. - con ciò riconoscendo il valore e l'esistenza di un "processo" costituzionale - la Corte ha improvvisamente aperto il contraddittorio, consentendo di costituirsi o di intervenire nel processo costituzionale, oltre alle parti regolarmente costituite nel giudizio *a quo* al momento dell'emanazione dell'ordinanza di rinvio e al Presidente del consiglio dei ministri e della giunta regionale, anche a quanti abbiano un interesse diretto, strettamente collegato con quel giudizio, tale da poter essere colpito dagli effetti della sentenza della Corte costituzionale, allorché non sia stato loro possibile costituirsi nel giudizio *a quo* e la partecipazione al processo costituzionale divenga il solo modo per "difendere" le loro posizioni giuridiche soggettive e, in maniera ancora più ampia e dopo averlo escluso in moltissime occasioni negli anni precedenti, ha riconosciuto l'ammissibilità di un intervento nel giudizio di un ordine professionale allorché siano devolute alla Corte questioni di legittimità che toccano anche la sfera di competenza dell'ordine professionale stesso.

Una spiegazione del comportamento della Corte potrebbe forse essere individuata nel ruolo sempre maggiore che nei giudizi costituzionali ha ormai assunto la tecnica del c.d. bilanciamento di valori o di interessi che caratterizza forse più di ogni altro elemento l'attuale momento della giustizia costituzionale, e che sembra dover necessariamente comportare che nel processo costituzionale tutti i diversi interessi che vengono in gioco siano adeguatamente rappresentati.

Un terreno su cui si è ampiamente manifestata l'opera creativa della giurisprudenza costituzionale è costituito poi dalla tipologia delle decisioni.

In particolare il provvedimento di restituzione degli atti al giudice *a quo* ha origine esclusivamente giurisprudenziale, esso infatti non trova origine e giustificazione in una specifica disposizione, ma è essenzialmente frutto della giurisprudenza costituzionale, la quale ha, per ragioni pratiche, quasi "inventato" questo tipo di decisione.

Il rapporto poi di tale provvedimento con quello di inammissibilità è stato dalla Corte inteso diversamente, in relazione al particolare momento della giustizia costituzionale e alle esigenze ritenute di maggior importanza. Così ad un momento di maggiore collaborazione tra Corte e giudice e di maggiore incentivo a sollevare questioni di costituzionalità, corrisponde un utilizzo del primo, allorché viene riscontrato un vizio sanabile da parte del giudice *a quo*, o del secondo, quando invece manca un presupposto (ad es. atto privo della forza di legge) la cui esistenza è fuori dalla disponibilità dello stesso. L'esigenza di chiudere il maggior numero possibile di giudizi ha suggerito alla Corte di impiegare la formula della inammissibilità (la quale anziché spingere il giudice a risollevare la questione, lo induce a demordere) anche nelle ipotesi in cui fin allora aveva usato quella della restituzione degli atti, che finisce per valere solo per l'ipotesi di *ius superveniens*.

Con riguardo alla pronuncia di illegittimità costituzionale consequenziale, una semplice lettura della seconda parte dell'art. 27 l. 87/53 ("essa dichiara, altresì, quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata") mostra, in maniera quasi inequivocabile, come l'impiego fatto dalla Corte di tale pronuncia sia senza dubbio *contra legem*, quest'ultima intesa sia in una accezione letterale che nella sua collocazione nel sistema di instaurazione del giudizio costituzionale incidentale. La Corte infatti è giunta a dichiarare l'illegittimità costituzionale consequenziale di altra disposizione o fattispecie normativa, analoga o simile, sul presupposto della ricorrenza della stessa violazione costituzionale accertata nei confronti della disposizione impugnata *principaliter*.

Con riferimento alla decisione di manifesta infondatezza, essa viene utilizzata per un lungo numero di anni quasi esclusivamente ad indicare una questione già affrontata e decisa negli stessi termini o palesemente priva di qualsiasi fondamento, mentre un uso assai diverso si inizia ad avere negli anni del c.d. smaltimento dell'arretrato e continua per buona parte ancora oggi.

Il fatto che la Corte abbia impiegato la manifesta infondatezza, per inconsistenza della questione accertabile *ictu oculi*, in un numero di casi oltre cinque volte superiori a quelli per cui era stata applicata nei trenta anni precedenti, mostra *per tabulas* come la Corte abbia gestito la nozione di manifesta infondatezza in maniera alquanto libera, in particolare al fine di raggiungere lo scopo prefissosi dell'eliminazione delle questioni pendenti.

Si aggiunga, per concludere, tutta la serie di dispositivi creati dalla Corte al fine di dotarsi, sull'esempio di quanto avviene in altre esperienze continentali di giustizia costituzionale, di tecniche decisorie ulteriori e più sofisticate, tra cui quelle attraverso le quali ha voluto modulare gli effetti temporali delle decisioni di accoglimento (c.d. pronunce di illegittimità costituzionale sopravvenuta, sulle quali torneremo tra poco), giungendo in alcuni casi addirittura a rendere la dichiarazione di incostituzionalità non operante per il giudizio nell'ambito del quale l'eccezione era stata sollevata. In altri casi, in considerazione della particolarità della questione ad essa sottoposta e delle conseguenze di una pronuncia di illegittimità costituzionale, ha rilevato la "incompatibilità" della disciplina impugnata con la Costituzione, ma ha poi concluso per l'infondatezza o addirittura per la inammissibilità e, successivamente, ha sperimentato le decisioni c.d. additive di principio, attraverso le quali viene dichiarata l'incostituzionalità delle norme impuginate ed introdotto un principio rivolto sia al legislatore che al giudice.

Innegabile, ed aggiungerei ineliminabile, quindi l'importanza dell'apporto alla determinazione della disciplina processuale fornito dalla giurisprudenza costituzionale, proprio in considerazione del ruolo che la Corte svolge nel nostro sistema costituzionale, delle attribuzioni a questa riconosciute e del modo come il giudizio costituzionale sulle leggi si è venuto concretamente a realizzare.

Il riconoscimento della legittimità di un importante e concreto apporto della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della disciplina processuale non può d'altra parte significare libertà di scegliere ora l'una ora l'altra interpretazione della disposizione processuale, a seconda del caso su cui la Corte si deve pronunciare, il che equivarrebbe a negare qualsiasi valore e significato alle regole processuali.

Si può concordare sul fatto che il processo costituzionale, in conseguenza del suo particolare oggetto e quindi dell'interesse generale ad esso sotteso, è un tipo di processo assai particolare, tale da non poter utilizzare *sic et simpliciter* e senza adeguati adattamenti le categorie processuali elaborate con riferimento ad altri tipi di processo, disegnati per differenti scopi e ragioni, come è possibile riscon-

trare in ordine al concetto di "parte", di "interesse a ricorrere", di "intervento", di "pregiudizialità", di "principio del chiesto e pronunciato" ecc.

Si può altresì essere d'accordo sulla necessità di una interpretazione ampia delle disposizioni processuali da parte della Corte e sul considerare quindi le stesse caratterizzate da una certa flessibilità, in modo da riconoscere alla Corte un qualche margine di discrezionalità nella sua applicazione.

Detto questo parrebbe però potersi e doversi richiedere una coerenza nell'uso di tale discrezionalità, in modo da creare una uniformità di comportamento, in presenza delle stesse condizioni e di obbligare la Corte, allorquando intenda decidere diversamente, quanto meno a motivare il proprio comportamento, che viene a porsi in contrasto con un indirizzo da essa stessa instaurato e seguito in generale.

Il richiamo alla necessità del rispetto delle regole processuali sta a significare tutela di un valore, a nostro avviso, assai importante per un organo svolgente attività giurisdizionale e a garanzia del quale le norme processuali sono appunto principalmente dettate, intendiamo riferirci alla prevedibilità, per i destinatari della decisione costituzionale, di quello che, nelle stesse condizioni e sulla base degli stessi presupposti, sarà il comportamento processuale della Corte, alla possibilità cioè di "individuare *standars* di comportamenti che offrano, nei limiti del possibile, prospettive di certezza ai giudici ed ai cittadini circa l'uso dei mezzi processuali che hanno, poi, un grandissimo rilievo anche sul piano sostanziale"<sup>9</sup>.

## **2. b) la modulazione degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità attraverso le decisioni di illegittimità costituzionale sopravvenuta.**

Per quanto concerne il secondo aspetto (sub b), la Corte costituzionale ha sperimentato per alcuni anni un tipo di decisione (le c.d. sentenze di illegittimità costituzionale sopravvenuta), attraverso le quali essa tende appunto a dilazionare nel tempo gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità, in chiara deroga a quanto espressamente stabilito dalla legge.

A proposito di tali applicazioni giurisprudenziali, pare necessario distinguere tra quella che potremmo chiamare la illegittimità costituzionale sopravvenuta in senso stretto o in senso proprio e quella che invece giunge allo stesso risultato di limitare l'efficacia retroattiva delle dichiarazioni di incostituzionalità attraverso un bilanciamento tra i diversi valori costituzionali che vengono concretamente in giuoco.

9. Elia, Considerazioni sul tema, in Giudizio "a quo" cit., 98; in proposito pure Carrozza, "Il processo costituzionale come processo", in *La giustizia costituzionale* cit., 63 ss., spec.69-70.

Le due ipotesi, normalmente accumulate nello stesso fenomeno della illegittimità costituzionale sopravvenuta e in tal senso presentate anche dalla stessa Corte costituzionale, meritano invece di essere mantenute separate, in quanto, almeno concettualmente, assai diverse e soprattutto produttive di conseguenze diverse in ordine alla loro operatività nel processo costituzionale.

Attraverso la prima (illegittimità sopravvenuta in senso stretto) la Corte afferma che una determinata disciplina, conforme al dettato costituzionale al momento della sua entrata in vigore, è divenuta incostituzionale solo successivamente, a seguito del sopraggiungere di avvenimenti posteriori, per cui l'effetto della dichiarazione di incostituzionalità deve decorrere dal momento in cui tale condizione si è effettivamente verificata<sup>10</sup>.

La deroga alle regole generali relative agli effetti delle sentenze di accoglimento deriva quindi dal fatto che la legge impugnata perde la sua efficacia, non dal giorno della sua entrata in vigore, ma da un momento successivo (quello in cui è divenuta incostituzionale), mentre resta rispettato il principio secondo cui essa, con tale limite, non può trovare applicazione nel giudizio *a quo* e in tutti i giudizi ancora pendenti in cui di tale legge si deve fare applicazione<sup>11</sup>.

Nella seconda ipotesi invece (bilanciamento di valori) la Corte, nella considerazione che la dichiarazione di incostituzionalità di una legge, nel tutelare e garantire certi valori, produrrebbe contemporaneamente effetti negativi rispetto ad altri valori, anch'essi meritevoli di tutela a livello costituzionale, differisce l'efficacia della propria pronuncia in maniera da ridurre o eliminare tali effetti negativi e indica quindi un termine a partire dal quale la disposizione impugnata deve ritenersi incostituzionale. In questo caso il *vulnus* alle normali regole sull'efficacia delle sentenze di accoglimento è indubbiamente maggiore, in quanto può condurre a dover considerare la norma dichiarata incostituzionale ancora applicabile nel giudizio *a quo* e/o nei giudizi pendenti<sup>12</sup>.

Le due ipotesi sopra riassuntivamente richiamate sembrano poi conseguentemente differire tra di loro anche per quanto riguarda l'individuazione, da parte della Corte, del *dies a quo*, a cui far riferimento per ricollegarvi gli effetti della decisione di accoglimento.

10. Si vedano, tra le altre, Corte cost. 71, 72, 80, 105, 370/1996, 78/1997.

11. Cfr. Corte cost. 71, 72, 80, 105, 370/1996, 78/1997.

12. Corte cost. 266/1988, 50, 398/1989, 416/1992.

Nel primo caso infatti esso, coincidendo con il momento in cui la legge è divenuta, per tutti ed a tutti gli effetti, incostituzionale, parrebbe doversi ricavare interamente all'interno della questione di costituzionalità ad essa sottoposta e dal materiale normativo a disposizione della Corte.

Nel secondo caso invece, dovendosi bilanciare tra di loro diversi, e nella specie contrapposti, valori costituzionali e individuare il punto di minore sofferenza per entrambi, la Corte gode indubbiamente di una maggiore discrezionalità, difficilmente suscettibile di controllo, se non quello relativo alla sua "ragionevolezza"<sup>13</sup>.

Il tema della modulazione nel tempo degli effetti delle decisioni costituzionali, anche in conseguenza dei surricordati "esperimenti" da parte della giurisprudenza costituzionale, è stato oggetto di molti ed approfonditi interventi in dottrina<sup>14</sup>, anche in considerazione delle analoghe esperienze compiute da altre Corti<sup>15</sup>.

13. Nel progetto predisposto, nel 1997, dalla commissione bicamerale per le riforme costituzionali, il quale prevedeva una pressoché totale riscrittura dell'intera seconda parte della Costituzione (e che poi non ha terminato il suo iter parlamentare) era stabilita la possibilità, per la Corte costituzionale, di differire fino ad un anno gli effetti delle sentenze di accoglimento, mentre si era ritenuto di non introdurre nel Progetto la facoltà della corte di limitare gli effetti retroattivi delle proprie decisioni, in quanto si sarebbe così introdotto una deroga di carattere eccessivamente ampio al principio generale che impedisce di applicare a tutti i rapporti ancora "giustiziabili" le norme dichiarate incostituzionali.

14. Sulla modulazione degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità nel tempo, v. L. Pegoraro, *La Corte e il parlamento: sentenze indirizzo e attività legislativa*, Padova, 1987; AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, 1988; M. D'Amico, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano, 1993; R. Pinardi, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Milano, 1993; A. Pace, *Superiorità della Costituzione ed efficacia immediata della sentenza di incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1997, 444; Politi, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Padova, 1997; Celotto, *Corte costituzionale e legislatore. Riflessioni sugli interventi normativi volti a limitare l'efficacia nel tempo di decisioni di incostituzionalità*, in *Trasformazioni della funzione legislativa*, a cura di Modugno, Milano, 1999, I, 97 ss.; Siclari, *Effetti temporali delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1999, 1778ss.; L. A. Mazzaroli, *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, Padova, 2000; M. Ruotolo, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, 2000.

15. Ci si riferisce, in particolare, alle Corti tedesca e austriaca, che vedono ora tuttavia disciplinato legislativamente il relativo potere di "differimento" degli effetti delle rispettive sentenze: si tratta delle sentenze di "non conformità costituzionale" previste dall'art. 31 c. 2 della legge sulla corte tedesca e delle sentenze di c.d. "pura incostituzionalità" di cui all'art. 140 c. 3 della Costituzione austriaca, che riconosce alla Corte il potere di differire l'efficacia dell'annullamento (in caso di sentenza di accoglimento) sino ad 1 anno. E' interessante notare che analogo potere la Corte austriaca si vede riconosciuto con riferimento alle sentenze di accoglimento emesse in caso di impugnazione diretta o incidentale dei regolamenti nel corso di un giudizio: in tal caso, ove sia disposto il differimento, si precisa (art. 60, c. 1) che comunque l'atto non trova applicazione al caso deciso dal giudizio a quo (soluzione certo "equa", ma difficile da giustificare "istituzionalmente" ...).

Certamente la suddetta innovazione può essere vista con favore per la parte in cui sembra poter liberare la Corte costituzionale dalla eccessiva preoccupazione degli effetti delle proprie decisioni di accoglimento, a scapito dei diritti costituzionali da tutelare, anche se, per altri versi, non può non porre una serie di interrogativi circa la “sopportabilità” della stessa dal nostro sistema di controllo delle leggi.

Innanzitutto una simile previsione comporta il riconoscimento alla Corte di un potere che pare sottrarsi a qualsiasi tentativo di fissazione di criteri e presupposti, assumendo le caratteristiche di un potere assolutamente discrezionale, molto più simile a quello proprio del legislatore (sebbene *ad interim*) che non a quello di un giudice. Inoltre la dichiarazione di incostituzionalità con sospensione degli effetti viene a porsi in chiaro contrasto con il carattere incidentale del giudizio ed il sistema della pregiudizialità costituzionale. Il giudice che ha sospeso il giudizio, in attesa della decisione della Corte, in quanto ha ritenuto che la disposizione di legge da applicare nel suo giudizio potesse porsi in contrasto con la Costituzione, si vedrebbe cioè, nonostante che la Corte abbia accolto il suo dubbio, ad applicare nel giudizio *a quo* la disposizione dichiarata incostituzionale, in ragione della dilazione degli effetti decisa dalla Corte. D'altra parte la previsione di una sorta di “premio” per il giudizio *a quo* sarebbe difficilmente conciliabile con il rispetto del principio di eguaglianza e sarebbe comunque particolare la situazione di una disposizione che tutti ormai sanno essere incostituzionale, ma che dovrebbe continuare ad essere osservata come legge dello Stato ancora per un anno o più.

La dilatazione degli effetti nel tempo ha in fondo lo scopo di dare al legislatore il tempo per intervenire e quindi la sua validità viene in definitiva a dipendere dalla solerzia di questi.

### **3. c) le sentenze di incostituzionalità ed in particolare le c.d. sentenze “manipolative” del testo della legge oggetto del controllo.**

Circa l'aspetto indicato per terzo (*sub c*), l'art. 136, 1° comma, della nostra

A seguito della revisione costituzionale operata con l. cost. 23 luglio 2008 n. 724 che ha previsto il controllo successivo in via incidentale sulle leggi, la Costituzione francese (art. 62) riconosce un ampio potere discrezionale al Conseil constitutionnel nel determinare gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità sia per il passato che per il futuro (“Una disposizione dichiarata incostituzionale, ai sensi dell'art. 61-1 [giudizio in via incidentale], è abrogata a partire dalla pubblicazione della decisione del Conseil constitutionnel o da altra data successiva fissata in tale decisione. Il Conseil constitutionnel stabilisce le condizioni ed i limiti in presenza dei quali gli effetti prodotti da tale disposizione possono essere sanati”).

Costituzione prevede che “quando la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale di una norma di legge e di un atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”.

Da ciò parrebbe del tutto corretta e condivisibile la posizione di quanti ritengono che le sentenze di accoglimento della Corte siano qualificabili come fonti del diritto<sup>16</sup>.

La previsione costituzionale faceva però con ogni probabilità riferimento ad ipotesi di dichiarazione di incostituzionalità totale, tale cioè da cancellare la disposizione dall’ordinamento, mentre nella realtà la Corte ha fatto sovente un particolare utilizzo delle dichiarazioni di illegittimità costituzionale della legge attraverso quelle che vengono comunemente definite le sentenze “manipolative”<sup>17</sup>, così dette ad indicare che, con esse, la Corte procede ad una modificazione ed integrazione delle disposizioni sottoposte al suo esame, in modo che queste escono dal giudizio costituzionale con una portata normativa ed un contenuto diverso da quello originario. Tra le decisioni manipolative si pone poi un’ulteriore distinzione tra le pronunce di tipo “additivo” e quelle di tipo “sostitutivo”.

Con le prime si fa riferimento a quel tipo di pronuncia con la quale la Corte dichiara incostituzionale una certa disposizione, in quanto omette di dire qualcosa (“*nella parte in cui non prevede che*”). Così ad esempio può dichiarare l’incostituzionalità di una disposizione del codice di procedura penale, per la parte in cui non prevede che determinati atti siano svolti alla presenza del difensore dell’imputato, con il risultato che, a seguito di tale pronuncia, sarà obbligatoria la presenza del difensore anche per l’espletamento di attività per le quali, nella formulazione originaria della legge, essa non era prevista.

16. Cfr. Pizzorusso, *La manutenzione del libro cit.*, 122 ss., il quale esamina le principali tesi contrarie a tale qualificazione e le ragioni sulle quali esse si fondano.

17. Sulle decisioni manipolative, v. G. Silvestri, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, I, 1684; L. Elia, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, 1985, I, 299; Carnevale, Modugno, *Sentenze additive, soluzione costituzionalmente obbligata e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del verso della richiesta addizione*, in *Giur. cost.*, 1990, 519; A. Pizzorusso, *Tutela dei diritti costituzionali e copertura finanziaria delle spese*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 262; C. Colapietro, *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Pisa, 1991; G. D’Orazio, *Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 61; E. Grosso, *Sentenze di spesa “che non costino”*, Torino, 1992; AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l’art. 81 u.c. della Costituzione*, Milano, 1993; A. Pugiotto, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1994, 4199.

Le decisioni sostitutive si caratterizzano invece per il fatto che con esse la Corte dichiara l'incostituzionalità di una legge, per la parte in cui prevede una determinata cosa, *anziché* prevederne un'altra. La decisione sostitutiva si compone quindi di due distinte parti: una demolitoria del contenuto della disposizione impugnata, l'altra ricostruttiva attraverso cui la Corte provvede a dotare la disposizione stessa di un diverso contenuto, in linea con i principi costituzionali.

Tali decisioni, per il loro carattere immediatamente autoapplicativo e quindi certamente più invasivo, hanno in varie occasioni determinato momenti di possibile "frizione" tra Corte costituzionale e legislatore.

Si è parlato in proposito di un ruolo di "supplenza" della Corte nei confronti del parlamento e di una funzione paralegislativa della prima, ponendo il problema della legittimazione della Corte costituzionale a compiere interventi, e quindi scelte, che spettano esclusivamente al legislatore ed anche da parte della magistratura si è assistito, in alcune occasioni, ad una sorta di "ribellione" rispetto a questo tipo di decisioni, da parte dei giudici, i quali, mentre hanno riconosciuto valore ed efficacia cogente alla parte ablativa della sentenza della Corte, si sono rifiutati di seguire la parte "ricostruttiva", ritenendola una illecita esorbitanza rispetto alle funzioni che la Costituzione e la legge attribuiscono alla Corte costituzionale.

Alla accusa di "sconfinamento", si è replicato, attraverso una tesi forse più utile e opportuna che pienamente convincente, secondo cui la Corte non svolgerebbe in questi casi alcuna attività propriamente creativa ma, attraverso l'interpretazione, si limiterebbe a far emergere norme che sono già presenti a livello costituzionale e le decisioni di tipo manipolativo verrebbero pertanto correttamente impiegate in quanto si porrebbero come l'unica soluzione costituzionalmente possibile, quindi costituzionalmente obbligata, una soluzione pertanto "a rime obbligate"<sup>18</sup>.

Alcuni problemi particolari si sono posti nella giurisprudenza costituzionale con riguardo all'utilizzazione delle sentenze manipolative in materia penale incriminatrice, per l'esistenza del principio di legalità delle pene ("nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso", art. 25, 2° comma, Cost.), nonché per le implicazioni e le conseguenze finanziarie connesse all'intervento additivo della Corte, alla luce dell'art. 81, 4° comma, Cost., secondo cui "ogni (...) legge che importi nuove o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte".

18. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano. La Corte costituzionale*, Padova, 1984, 408.

Con riguardo alla materia penale la Corte ha sempre escluso, con giurisprudenza assolutamente costante, la possibilità di interventi additivi e ciò non tanto perché si tratta di materia coperta da riserva di legge (il che avrebbe comportato la necessità di concludere nello stesso senso per tutte le altre materie che la Costituzione riserva all'intervento del legislatore), ma in quanto trattasi di uno speciale principio di legalità delle pene che comporta, per il tipo di materia trattata ed i beni su cui essa va ad incidere (libertà personale), una esigenza di certezza che esclude la configurabilità di interventi additivi della Corte.

In ordine al problema relativo alla applicabilità della disposizione di cui all'art.81, 4° comma, della Costituzione alle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale ed in particolare alle sentenze additive, sulla base della collocazione e della formulazione letterale della suddetta disposizione ("ogni legge che importi nuove o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte") si deve concludere per la sua inapplicabilità, almeno in via diretta, alle decisioni della Corte, sia perché mostra chiaramente di volersi riferire all'attività del legislatore, sia perché comunque il Giudice delle leggi, a differenza del Parlamento, non sarebbe in alcun modo in condizione di assolvere al compito di indicare i mezzi con cui far fronte alle maggiori spese derivanti quale effetto delle sue pronunce di incostituzionalità.

Una simile conclusione parrebbe, a prima vista, realizzare quello che è stato definito il "paradosso della Corte" la quale, mentre applicherebbe il disposto dell'art. 81, 4° comma, Cost. ai prodotti normativi del legislatore, non lo applicherebbe alle norme che essa stessa produce, creando norme per loro natura esenti dai vincoli e dai limiti imposti da tale disposizione. Il suddetto "paradosso" può essere in qualche modo superato sostenendo, come necessario, che il disposto dell'art.81, 4° comma, Cost. pur non essendo direttamente applicabile all'attività della Corte costituzionale, ciò nonostante non può considerarsi per questa *tamquam non esset*, ma appare come espressivo di un principio e di un valore generale, quale quello dell'equilibrio finanziario o di bilancio, che certamente la Corte è tenuta a considerare ed a valutare nel momento in cui è chiamata a giudicare sulla legittimità costituzionale di una legge.

#### **4. d) il tentativo di imporre ai giudici una lettura della legge "oltre" il significato dalla stessa ricavabile attraverso i tradizionali strumenti dell'interpretazione**

L'ultimo aspetto indicato (*sub d*) fa riferimento ad ipotesi in cui la Corte costituzionale ricorre ad un tipo di pronuncia (quella interpretativa di rigetto), attra-

verso la quale essa dichiara infondata l'eccezione di costituzionalità sollevata, ma alla condizione che, da parte dei giudici, venga seguita l'interpretazione della disposizione impugnata indicata dalla stessa Corte come l'unica tale da evitare una pronuncia di incostituzionalità.

Questo tipo di decisione è stata utilizzata dalla Corte fin dall'inizio della sua attività, ma solo di recente sembra essere spesso impiegata soprattutto allorché l'interpretazione suggerita appare, nei riguardi del testo normativo, più "creativa" o più "ardita", in quanto il significato indicato dalla Corte non discende affatto chiaramente dalla lettera del medesimo, quando addirittura non sembra porsi in contrasto con esso.

Con riguardo a questo utilizzo dello strumento delle interpretative di rigetto la Corte sembra suggerire al giudice una interpretazione spesso poco conciliabile con la lettera della legge, anche in ipotesi in cui questo si sia espressamente pronunciato nel senso della impraticabilità di tale lettura, proprio in quanto non consentita dal tenore letterale della disposizione impugnata.

Si prenda ad esempio la sent. 394/2005, relativa alla questione di costituzionalità della mancata previsione della trascrizione del titolo che riconosce il diritto di abitazione del genitore affidatario della prole naturale, che non sia titolare di diritti reali o di godimento sull'immobile assegnato.

Il giudice *a quo* rilevava come le disposizioni censurate non consentivano una diversa interpretazione, in quanto "le norme sulla trascrizione, rispondendo all'interesse pubblico alla sicurezza dei traffici giuridici, sono da considerarsi di stretta interpretazione nella parte in cui indicano gli atti soggetti a trascrizione".

La Corte afferma invece che allo scopo non è necessaria un'apposita previsione e che il principio che garantisce il minore attraverso la trascrizione del titolo che assegna al genitore affidatario il diritto di abitazione nella casa familiare "è ricavabile da un'interpretazione sistematica delle disposizioni a tutela della filiazione"<sup>19</sup>.

Lo stesso può dirsi per la questione di costituzionalità relativa al divieto di detenzione di materiali esplosivi per quanti ammessi al servizio civile a seguito di obiezione di coscienza, anche quando detto materiale sia detenuto ad usi chiaramente non offensivi (ma per altri fini, nella specie estrazione di blocchi lapidei).

19. Corte cost. 21 ottobre 2005, n. 394, Giur. cost., 2005, 3892, con nota di Sicari.

La questione veniva sollevata sulla base di un'interpretazione, ritenuta del tutto pacifica, dell'espressione "involucro contenente materie esplodenti", condivisa, tra l'altro, dalla stessa parte privata interessata<sup>20</sup>.

La Corte costituzionale risolve la questione rilevando come l'espressione di cui sopra, seguendo anche la supposta intenzione del legislatore, deve intendersi come riguardante i materiali esplodenti "in quanto predisposti per l'offesa alla persona"<sup>21</sup>.

In altra decisione di pari data<sup>22</sup>, la cosa appare ancora più evidente. L'eccezione di costituzionalità riguardava la disposizione che consente di concedere l'indennità di mansione ai centralinisti non vedenti occupati in base alle norme relative al collocamento obbligatorio. A fronte del testo normativo così formulato, il giudice ne derivava l'ovvia conseguenza che, avendo il legislatore fatto espresso riferimento alle assunzioni in base alle norme relative al collocamento obbligatorio, l'indennità non poteva riconoscersi ai centralinisti non vedenti assunti in via ordinaria.

La Corte risolve la questione attraverso "una ricostruzione sistematica della normativa in esame", in base alla quale giunge alla conclusione che l'indennità in questione spetta a tutti i centralinisti non vedenti, indipendentemente dalla particolare modalità di accesso all'occupazione, derivandone che "non può ritenersi di ostacolo a questa interpretazione la formulazione testuale della disposizione impugnata, laddove fa espresso riferimento alla fonte costitutiva del collocamento obbligatorio".

Di recente poi la Corte, dopo aver richiamato espressamente la propria giurisprudenza in tema di necessario esperimento da parte del giudice dell'interpretazione conforme, ha pronunciato una interpretativa di rigetto, rilevando come il giudice *a quo*, per giustificare l'impossibilità di tale interpretazione si fondasse esclusivamente "su dati letterali", che la Corte interpreta invece in maniera diversa, superando così i dubbi di costituzionalità<sup>23</sup>.

L'uso delle pronunce interpretative di rigetto sopra indicato, allorché l'interpretazione conforme suggerita viene a forzare alquanto il dettato letterale<sup>24</sup> si

20. Cfr. Tar Piemonte, ord. 3 settembre 2005, G.U., 1° s.s., 16 novembre 2005, n. 46.

21. Corte cost. 7 aprile 2006, n. 141, Giur. cost., 2006, 1319

22. Corte cost. 7 aprile 2006, n. 140, Giur. cost., 2006, 1314

23. Corte cost. 27 ottobre 2006, n. 343, G.U., 1° s.s., 2 novembre 2006, ediz. str.

24. Si vedano in proposito le osservazioni di Guazzarotti, "Fin dove arriva l'interpretazione correttiva della Corte costituzionale?", in *Quaderni cost.*, 2002, 814-816

riconnette al problema più generale, anch'esso evidenziatosi negli ultimi anni nella giurisprudenza costituzionale, della efficacia di quelle decisioni – esattamente definite “sentenze-leggi”<sup>25</sup> – con cui la Corte, attraverso un dispositivo diverso da quello di illegittimità costituzionale, procede più che ad una interpretazione, ad una vera e propria riscrittura del testo della legge.

Si potrebbero in proposito citare, tra gli altri, i casi relativi alla indennità di maternità in caso di parto prematuro<sup>26</sup>, quello del disconoscimento di paternità in caso di inseminazione eterologa<sup>27</sup>, quello del permesso di soggiorno a minori stranieri sottoposti a tutela<sup>28</sup>, quelli in cui il giudice aveva espressamente escluso che il testo normativo consentisse l'interpretazione suggerita dalla Corte<sup>29</sup>.

Con specifico riguardo ad un simile utilizzo delle sentenze interpretative di rigetto è stato sostenuto che la Corte opererebbe una sorta di “nomofilachia creativa” con riguardo alla normazione di rango primario, attraverso la sostituzione di una nuova scelta politica rispetto a quella operata dal legislatore con l'atto sottoposto a controllo<sup>30</sup>.

25. Così Carlassare, *Perplexità che ritornano sulle sentenze interpretative di rigetto*, in Giur. cost., 2001, 191.

26. Corte cost. 16 maggio 2002, n. 197 e 28 novembre 2002 n. 495, in Giur. cost., 2002, 1570 e 4074, con nota di Frontoni.

27. Corte cost. 26 settembre 1998, n. 347, in Giur. cost., 1998, 2632

28. Corte cost. 5 giugno 2003, n. 198, in Giur. cost., 2003, 1520, la quale ha dichiarato infondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, 1° comma, d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286, nella parte in cui non prevedrebbe che, al compimento della maggiore età, il permesso di soggiorno possa essere rilasciato anche nei confronti dei minori stranieri sottoposti a tutela, ai sensi degli art. 343 ss. cod.civ.

Il giudice a quo - pur rilevando che in alcuni casi altre autorità giudiziarie avevano ritenuto la disposizione impugnata applicabile anche nei confronti dei minori stranieri sottoposti a tutela e che tale risultato si impone alla luce del principio costituzionale di eguaglianza - aveva però considerato impossibile seguire una simile interpretazione, in quanto contraria al tenore letterale della disposizione ed ai canoni ermeneutici stabiliti dall'art. 12 delle preleggi, dal momento che la disposizione impugnata si riferisce esplicitamente ai minori stranieri dati in affidamento.

La Corte costituzionale osserva come l'interpretazione letterale dell'art. 32, 1° comma, d. lgs. 286/98 porrebbe lo stesso in sicuro contrasto con i valori personalistici che caratterizzano la nostra Costituzione e suggerisce pertanto un'integrazione della disposizione in via analogica, sulla base della comparazione fra i presupposti e le caratteristiche del rapporto di tutela del minore e del rapporto di affidamento, concludendo, su questa base, che l'art. 32, 1° comma, d. lgs. 286/98, va riferito anche ai minori stranieri sottoposti a tutela, ai sensi del titolo X del libro primo del codice civile.

29. Cfr., ad esempio, Corte cost., ord. 25 maggio 2004, n. 153, in Giur. cost., 2004, 1579.

30. M. Esposito, “In penetrabilis pontificum repositum erat”: brevi considerazioni sulla parabola discendente del diritto scritto, in Giur. cost., 2004, spec. 3018 ss., il quale rileva come, così facendo, la Corte costituzionale fuoriesce dal sistema costituzionale, in quanto essa trae la sua legittimazione dalla funzione di garanzia con metodo giurisdizionale e non le è quindi consentito di indicare, a proprio giudizio, i contenuti da essa “creati”, anche in contrasto con la lettera della legge, in quanto conformi a Costituzione; in tal modo vengono vulnerate le dinamiche della responsabilità politica e viene a porsi un problema di deficit democratico, a detrimento del principio di certezza del diritto e di quello di eguaglianza.

## ***II. Controllo della legge o sostituzione nelle scelte del soggetto politico***

### **1. a) il rispetto della discrezionalità del legislatore**

Accanto alle ipotesi prima ricordate di una diretta (o quasi) creazione di diritto ad opera della Corte costituzionale, viene ad assumere un indubbio interesse per il tema che stiamo trattando il tema relativo ai limiti che il Giudice costituzionale incontra (o dovrebbe incontrare) nella sua opera di controllo della legge e quindi delle scelte politiche operate dal legislatore con l'approvazione delle stesse. Si tratta cioè di verificare se ed in che misura la Corte si sia mantenuta nei limiti di un'attività di verifica della conformità di tali scelte ai superiori principi costituzionali e quando invece abbia finito per sostituire le proprie valutazioni a quelle del soggetto politico.

Più in particolare pare opportuno sottolineare a) i limiti che la Corte incontra di fronte allo spazio delle scelte discrezionali da ritenersi riservato al legislatore; b) l'esperienza in tal senso, al fine di rispettare quei limiti senza rinunciare al compito assegnatole dalla Costituzione, delle c.d. sentenze "di principio"; c) l'uso della tecnica della "ragionevolezza", nonché d) i limiti che incontra il legislatore a fronte di una pronuncia di incostituzionalità ed il problema della individuazione, in certi casi, del soggetto cui spetta in proposito "l'ultima parola".

Sotto il primo aspetto (*sub a*), può senz'altro ritenersi che i rapporti tra Corte costituzionale e parlamento trovano uno dei momenti più significativi e delicati nella determinazione dei limiti che il controllo di legittimità costituzionale della prima incontra nei confronti del rispetto della discrezionalità del legislatore e delle scelte da questi operate, senza ovviamente con ciò rinunciare ad operare il controllo, che verrebbe a frustrare lo scopo della stessa esistenza del Giudice delle leggi<sup>31</sup>.

In proposito non si è certamente rivelato risolutivo il principio fissato dall'art. 28 l. 87/53, in base al quale la Corte svolge un sindacato di sola legittimità, con esclusione di qualsiasi sindacato "sull'uso del potere discrezionale del parlamento".

31. Sui limiti al controllo della Corte in relazione alla discrezionalità del legislatore, v. L. Carlassare, Le decisioni d'inammissibilità e di manifesta infondatezza, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 60; A. Pizzorusso, *Controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, ivi, 71; C. Piperno, *La Corte costituzionale e il limite di political question*, Milano, 1991; E. Rossi, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore nel periodo 1987-1989*, in R. Romboli (cur.), *La giustizia costituzionale ad una svolta* cit., 215; M. Scudiero, S. Staiano (cur.), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Napoli, 1999; M. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000.

Il problema dei limiti derivanti per il controllo della Corte dalla discrezionalità del legislatore è stato accostato al fenomeno delle *political questions*, cioè del rifiuto da parte della Corte suprema americana, in applicazione del principio della separazione dei poteri, di esaminare certe questioni perché politicamente delicate.

A parte altre possibili valutazioni, c'è comunque da notare come la posizione della Corte costituzionale italiana sia diversa da quella della Corte americana, in quanto la prima è tenuta a emettere una decisione ed è collocata in posizione equidistante da tutti gli altri poteri dello Stato, compreso il potere giudiziario, del quale è giudice di eventuali conflitti tra poteri.

La Corte costituzionale, nel curare la propria immagine di “giudice” più che di “legislatore”, ha con molta frequenza tenuto a ribadire che i propri interventi “creativi” derivano direttamente da una applicazione-interpretazione obbligata della Costituzione e non da una libera scelta della Corte, rifiutandosi di fornire una risposta precisa allorché la questione posta dal giudice fosse tale da offrire, per la sua soluzione, una pluralità di possibili soluzioni, nessuna costituzionalmente imposta, discendente cioè, per usare la già ricordata terminologia crisafulliana fatta propria dalla Corte, “a rime obbligate”.

Frequente nella giurisprudenza costituzionale è l'affermazione secondo cui la Corte non può scendere nel merito della eccezione di costituzionalità in quanto la normativa impugnata esprime scelte da ritenersi attinenti alla “politica legislativa” o perché il giudice pone un quesito di carattere politico al quale essa, in ragione dei suoi poteri, non può dare adeguata risposta con una pronuncia di incostituzionalità, a meno che l'uso della discrezionalità legislativa risulti del tutto arbitrario e irragionevole.

Alcune materie sono poi ritenute più di altre riservate al legislatore, allorché vengano in considerazione profili che lasciano aperta la possibilità di diverse soluzioni. Così ad esempio per quanto attiene all'organizzazione della giustizia oppure a questioni di costituzionalità che involgano scelte generali di carattere economico-politico o di politica criminale oppure che presuppongano una revisione complessiva della materia.

## **2. b) l'esperienza delle c.d. sentenze “di principio”**

Venendo al secondo aspetto segnalato (*sub b*), la Corte costituzionale, stretta tra la necessità di rispettare la discrezionalità del legislatore, allorché il suo

intervento sia ritenuto indispensabile e non sostituibile e il non mancare, in caso di inerzia del parlamento, al proprio ruolo di garante della legittimità costituzionale delle leggi e dei diritti fondamentali dei cittadini costituzionalmente tutelati, ha "creato" un nuovo tipo di decisione attraverso il quale essa segue la stessa tecnica delle sentenze additive che già abbiamo visto, con la differenza che nel nostro caso non viene introdotta una regola immediatamente operante ed applicabile, ma viene fissato un principio generale che deve essere attuato attraverso un intervento del legislatore, ma al quale può già, in certi limiti, fare riferimento il giudice nella decisione dei casi concreti. Questo tipo di pronuncia prefigura quindi una sorta di collaborazione tra la Corte, il parlamento ed i giudici, ognuno dei quali deve agire nell'ambito delle competenze ad esso riconosciute dall'ordinamento.

In proposito, anche con riferimento alla distinzione tra una legislazione per regole ed una per principi, si è parlato di decisioni "additive di principio" oppure di "sentenze meccanismo" o ancora di "sentenze-delega" o "additive a dispositivo generico"<sup>32</sup>.

Tali pronunce determinano una evidente valorizzazione ed espansione dei poteri interpretativi del giudice nell'applicazione della legge. L'elemento qualificante consiste nel fatto che, attraverso queste pronunce, la Corte non fornisce essa stessa l'interpretazione corretta della disposizione impugnata, né procede ad una diretta manipolazione del testo normativo (come accade attraverso le dichiarazioni di incostituzionalità a carattere additivo, manipolativo o sostitutivo, con cui si procede direttamente a determinare l'effetto di una norma immediatamente applicabile da parte del giudice), ma si limita a fissare appunto un principio, tratto dalla Costituzione, demandando quindi al giudice il compito di trovare la soluzione interpretativa più idonea per il caso da decidere alla luce ed in applicazione del principio enunciato dalla Corte. Ciò nella considerazione che, in alcune situazioni, la conformazione della legislazione ai principi costituzionali sia meglio perseguibile con riferimento al caso concreto che non attraverso una pronuncia demolitoria della Corte costituzionale.

32. Sulle pronunce additive di principio, v. G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996; G.P. Dolso, *Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, in *Giur. cost.*, 1999, 4111; P. Falzea, *Le sentenze della Corte costituzionale a contenuto indeterminato e il ruolo del giudice nel processo di reintegrazione del sistema normativo*, Torino, 2000; A. Guazzarotti, *L'autoapplicabilità delle sentenze additive di principio nella prassi dei giudici comuni*, in *Giur. cost.*, 2002, 3435.

Può essere utile in proposito ricordare alcuni casi specifici, un primo è costituito dalla sent. 11/1998<sup>33</sup> relativa alla sanzione penale prevista per coloro che rifiutano il servizio militare di leva senza essere stati ammessi al servizio civile sostitutivo. Nella specie, sulla domanda di ammissione al servizio civile non era intervenuta la risposta in quanto il richiedente era stato nel frattempo congedato per motivi di ordine fisico. L'assenza della risposta (ormai impossibile) rendeva (assurdamente) applicabile al soggetto la sanzione penale ivi prevista. La Corte riconosce che tale situazione sarebbe senz'altro incostituzionale, ma nega che sia riconducibile alla disposizione censurata e chiede pertanto al giudice di individuare altrove la soluzione giuridica del problema, in modo comunque da evitare le conseguenze derivanti dall'applicazione della disposizione impugnata. In particolare la Corte conclude che "spetta al giudice, attraverso l'esercizio pieno dei poteri di interpretazione della legge e del diritto, risolvere, conformemente alla Costituzione, il problema che la rilevata lacuna normativa in ipotesi determina".

Un altro caso riguarda invece l'ipotesi di un marito il quale, dopo aver dato il proprio assenso alla inseminazione artificiale della moglie con seme di terzi (c. d. inseminazione eterologa) aveva richiesto il disconoscimento di paternità del figlio nato dall'inseminazione artificiale, richiamandosi all'art. 235 cod. civ. In base a tale disposizione è infatti prevista la possibilità di disconoscimento da parte di chi dimostri il proprio stato di impotenza nel periodo compreso fra il trecentesimo ed il centotantesimo giorno prima della nascita (situazione nella quale il marito rientrava).

La questione di costituzionalità sollevata chiedeva alla Corte di dichiarare incostituzionale l'art. 335 cod. civ., nella parte in cui era applicabile anche all'ipotesi del figlio nato da inseminazione eterologa. La Corte costituzionale ha ritenuto che, nonostante la chiara formulazione letterale, l'art. 235 doveva ritenersi scritto per l'ipotesi di figli nati da rapporti adulterini e quindi non applicabile al caso di specie, rispetto al quale ha proceduto ad individuare i principi costituzionali da ritenere ad esso riferibili, vale a dire la tutela della persona nata a seguito di fecondazione artificiale, sia in relazione ai propri diritti verso chi si è impegnato liberamente ad accoglierlo (il quale deve assumersi le sue responsabilità), sia agli obblighi di istruzione e mantenimento che gravano sui genitori. Anche in questo caso la Corte conclude la propria decisione affermando, significativamente, che "nell'attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali"<sup>34</sup>.

33. Corte cost. 5 febbraio 1998, n. 11, Foro it., 1998, I, 996.

34. Corte cost. 26 settembre 1998, n. 347, Foro it., 1998, I, 3042.

In entrambi i casi quindi la Corte costituzionale, di fronte all'accertata situazione di assenza di una disciplina da applicarsi al caso specifico e concreto che il giudice è chiamato a risolvere, invita il giudice a trovare la soluzione attraverso un'applicazione diretta dei principi costituzionali da essa stessa indicati.

Un'altra ipotesi assai significativa si è verificata con riguardo alla questione concernente la differenza massima di età prevista dalla l. 184/1983 per l'adozione, la quale trae origine da un caso di adozione, svolta all'estero e perfezionata in Italia, da parte di coniugi, uno dei quali con età di soli tre mesi superiore al limite di quaranta anni di massimo divario, fissato dal legislatore.

La Corte pur considerando ragionevole la scelta del legislatore, afferma che "deve essere riconosciuta la possibilità che il giudice valuti, *con rigoroso accertamento, l'eccezionale necessità* di consentire, nell'esclusivo interesse del minore, che questi sia inserito nella famiglia di accoglienza che, sola, può soddisfare tale suo interesse, anche quando, pur rimanendo nella differenza di età che può *solitamente* intercorrere tra genitori e figli, l'età del coniuge adottante si discosti *in modo ragionevolmente contenuto* dal massimo di quaranta anni, legislativamente previsto. Tuttavia, affinché non si trasformi in una regola l'eccezione deve rispondere ad un *criterio di necessità* in relazione ai principi ed ai valori costituzionali assunti quale parametro di valutazione della legittimità costituzionale della disposizione denunciata (art. 2 e 31 Cost.)"<sup>35</sup>.

Le espressioni evidenziate con il carattere corsivo paiono mostrare, fuori da ogni ragionevole dubbio, l'ampio margine che la Corte viene così a riconoscere al potere interpretativo del giudice nel "conformare" il dettato normativo ai principi costituzionali da essa indicati.

Il nuovo tipo di decisione "di principio" ha avuto, negli ultimi anni, varie applicazioni, anche se in realtà non tutte le pronunce così qualificate possono ritenersi aventi gli stessi caratteri (e quindi anche la stessa efficacia). In particolare una sensibile differenza pare potersi porre tra le ipotesi in cui la Corte ha indicato un principio specifico, facilmente determinabile, rispetto a quelle in cui il principio indicato appare generico ed indeterminato o ancora addirittura indeterminabile se non a seguito di uno specifico intervento del legislatore.

35. Corte cost. 24 luglio 1996, n. 303, Giur. cost., 1996, 2503, con nota di Lamarque, L'eccezione non prevista rende incostituzionale la regola (ovvero, il giudice minorile è soggetto alla legge, ma la legge è derogabile nell'interesse del minore).

Nel primo caso pare evidente come, in assenza di un intervento del legislatore, il giudice è chiamato esso stesso a individuare la soluzione del caso concreto, come forse pure nel secondo caso, rispetto al quale è stato da alcuni segnalato il pericolo di interpretazioni difformi da parte dei giudici, suggerendo soluzioni tendenti a far recuperare al sistema il carattere di controllo “accentrato”<sup>36</sup>, rispetto ad una chiara tendenza mostrata dalla Corte a valorizzare l’opposto carattere “diffuso”.

Di fronte a principi affermati dalla Corte, ma ritenuti non applicabili da parte del giudice, si è parlato invece di un doppio effetto paralizzante<sup>37</sup>, nel senso che, da un lato, la disciplina dichiarata incostituzionale non sarebbe più applicabile, stante l’effetto *erga omnes* della decisione di accoglimento e, dall’altro, il giudice non sarebbe posto nella condizione di concludere il giudizio, in assenza di un intervento del legislatore e le sentenze contenenti principi così formulati sono state parificate alle decisioni di inammissibilità per rispetto della discrezionalità del legislatore.

In diverse occasioni la Corte è stata chiamata ad occuparsi del “seguito” delle proprie pronunce additive di principio, in particolare, con riguardo a successivi interventi del legislatore ad esse ispirati oppure al mancato intervento del legislatore, che ha con ciò giustificato la riproposizione della medesima questione di costituzionalità.

### **3. c) l’utilizzo ed il carattere pervasivo del criterio della “ragionevolezza”**

Circa il terzo aspetto (*sub c*), un particolare interesse rivestono, per il tema dei rapporti tra Corte e legislatore e dei limiti della prima nei riguardi delle scelte discrezionali del secondo, le ipotesi, invero assai frequenti, in cui il Giudice costituzionale fa ricorso al criterio della “ragionevolezza”<sup>38</sup>.

36. Cfr. D’Amico, *Le insidie delle decisioni “di principio” (a margine di una pronuncia sulla tutela delle lavoratrici madri nel caso di parto prematuro)*, in *Giur. cost.*, 1999, 2252; Dolso, *Le sentenze additive cit.*, 4158

37. Così Parodi, *La sentenza additiva cit.*, 327.

38. Sul criterio di “ragionevolezza” nella giurisprudenza costituzionale, v. A.M. Sandulli, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 1975; Cerri, *L’eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive*, Milano, 1976 e *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza delle “fattispecie dubbiose”*, in *Giur. cost.*, 1999, 166; Paladin, *Corte costituzionale e principio generale d’uguaglianza*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, I, 605 e *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamenti, Milano, 1997, I, 899; BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; Luther, *Ragionevolezza (delle leggi)*, voce del *Digesto disc. pubblicistiche*, Torino, 1997, XII, 341; Ruggeri, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in *Dir. e soc.*,

Il controllo della "ragionevolezza" della scelta operata dal legislatore rappresenta oggi la vera pietra miliare ed un punto assolutamente fondamentale dell'attività della Corte costituzionale. Essa, nel momento in cui giudica sotto il profilo della ragionevolezza sulla legittimità di una determinata scelta del legislatore sospettata di incostituzionalità, non limita il suo esame a questo o a quel particolare principio costituzionale che il giudice *a quo* ha ritenuto esser stato violato, ma estende necessariamente il suo giudizio a tutti i principi costituzionali che vengono ad essere coinvolti nella questione, al fine di operare un bilanciamento degli stessi e di giudicare appunto sulla "ragionevolezza" della scelta del legislatore.

In proposito Mortati rilevava come la nozione di ragionevolezza non sia poi nella sostanza diversa, nel contenuto e negli effetti, da quella, forse più scioccante, di "eccesso di potere legislativo", come pure sembra aver ritenuto la stessa Corte costituzionale allorché ha affermato che affinché "sia possibile operare uno scrutinio che direttamente investa il merito delle scelte sanzionatorie operate dal legislatore, è pertanto necessario che l'opzione normativa contrasti in modo manifesto con il canone della ragionevolezza, vale a dire si appalesi, in concreto, come espressione di un uso distorto della discrezionalità che raggiunga una soglia di evidenza tale da atteggiarsi alla stregua di una figura per così dire sintomatica di 'eccesso di potere' e, dunque, di sviamento rispetto alle attribuzioni che l'ordinamento assegna alla funzione legislativa"<sup>39</sup>.

La giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni mostra come, nel giudizio di ragionevolezza svolto dalla Corte, del riferimento al principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., e del conseguente giudizio in chiave comparativa tra due diverse posizioni, se ne siano quasi interamente perse le tracce.

Il richiamo al concetto di ragionevolezza, da parte della Corte costituzionale, viene operato almeno in due differenti significati, il primo dei quali, in più stretto legame con l'art. 3 Cost., appare come sinonimo particolarmente di *razionalità, logica, coerenza, congruità*. In tali ipotesi spesso la Corte ancora il sindacato di ragionevolezza alla *ratio legis*, il che le consente di esplicitare il suo giudizio mantenendosi nei limiti fissati dall'ordinamento, senza sovrapporre le proprie scelte a quelle del legislatore.

2000, 567; Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; L. Carlassare, *I diritti davanti alla Corte costituzionale: ricorso individuale o rilettura dell'art. 27 l. 87/53?*, in *Studi in onore di Elia*, Milano, 1999, I, 213; AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Padova, 2002; Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2002; D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005; Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007.

39. Corte cost. 12 luglio 1995, n. 313, Giur. cost., 1995, 3439.

In un secondo significato la Corte si riferisce alla ragionevolezza in una accezione del termine più vicina al concetto di *bilanciamento, equilibrio, contemperamento*, nel senso della necessità di operare un bilanciamento tra due o più valori, tutti riconosciuti a livello costituzionale, ma che, nella specie, non appaiono suscettibili di essere congiuntamente realizzati.

La Corte ha esteso l'opera di bilanciamento tra valori, applicandola esplicitamente anche alle proprie decisioni, allorché giunga o ritenga di poter pervenire ad una pronuncia di accoglimento. Si potrebbe infatti dire che in certi casi la Corte valuta la "ragionevolezza" degli effetti che deriverebbero da una eventuale pronuncia di incostituzionalità della disciplina denunciata.

I caratteri ed i contorni della nozione di ragionevolezza finiscono pertanto per essere alquanto sfuggenti e, nonostante diversi ed anche molto approfonditi studi sull'argomento, pare ancora valida la osservazione di Mezzanotte, secondo cui "il criterio della ragionevolezza, nonostante appaia presente un po' ovunque anche quando non è espressamente menzionato, non è riuscito finora a produrre coerenze sistematiche se non in misura incomparabilmente inferiore alle sue reali attitudini".

Proprio il carattere indefinito della nozione, che finisce per abbracciare il campo davvero sterminato della rispondenza di una norma a canoni di coerenza, razionalità e proporzionalità nella distribuzione delle tutele giuridiche, ha fatto temere una sovrapposizione della razionalità della Corte a quella del legislatore, con il rischio di trasformare la prima in un "senato della buona legislazione", al di fuori di quello che è il proprio ruolo istituzionale.

#### **4. d) la possibilità per il legislatore di riprodurre, con legge ordinaria o con legge costituzionale, una disposizione dichiarata incostituzionale: "a chi spetta l'ultima parola"**

L'ultimo degli aspetti segnalati (*sub d*) concerne il profilo interessante i rapporti tra Corte costituzionale e legislatore, relativamente alla possibilità per il legislatore di riprodurre, nello stesso testo, una legge dichiarata incostituzionale per vizi sostanziali.

La Costituzione non contiene un espresso principio che obblighi il legislatore a non approvare di nuovo una legge ritenuta dalla Corte costituzionale illegittima, anche se tale effetto sembrerebbe dover discendere abbastanza agevolmente dai principi che delineano il ruolo dei soggetti titolari del potere normativo (parlamento-governo) e quello proprio dell'organo di controllo della costituzionalità del loro operato e di chiusura del sistema.

Simile conclusione è accolta dalla dottrina che si è occupata specificamente dell'argomento, la quale ha parlato in proposito di uno stretto divieto giuridico per il legislatore di riprodurre, *illico ac immediate*, una norma dichiarata incostituzionale e vale comunque con riguardo al potere di legislazione ordinaria del parlamento. In termini, almeno in parte, diversi il problema parrebbe porsi infatti, come vedremo, con riguardo al legislatore costituzionale che intendesse ripristinare, con legge costituzionale, una normativa dichiarata illegittima dalla Corte.

Seppure assai raramente, si è verificato in alcuni casi che il legislatore, con o senza la specifica volontà di andare contro la pronuncia costituzionale, abbia riprodotto una disciplina già dichiarata incostituzionale da una sentenza della Corte ed allora ci si è chiesti quale efficacia assuma una simile legge nei riguardi dei giudici e degli operatori giuridici in generale e attraverso quale procedimento è possibile far valere il vizio di cui risulta inficiata.

L'alternativa parrebbe essere tra riferirsi ad una efficacia di giudicato della sentenza costituzionale ed alla possibilità dei giudici di disapplicare la legge che riproduce una normativa dichiarata incostituzionale, richiamandosi alla sentenza stessa oppure, come pare preferibile, all'efficacia di precedente della stessa, per concludere che il giudice dovrà obbligatoriamente sollevare la questione di costituzionalità della nuova legge che, con tutta probabilità o meglio con certezza, sarà pure dichiarata illegittima, per le stesse ragioni che avevano indotto la corte a dichiarare incostituzionale la prima legge.

Nello stesso senso si è espresso, nella sua relazione sulla giustizia costituzionale nel 1997, il presidente della Corte costituzionale, il quale ha parlato di un divieto di riprodurre, per il passato, la norma dichiarata illegittima, "divieto che tuttavia non va confuso con la possibilità da parte del legislatore di riprodurre per il futuro norma di analogo contenuto precettivo che, in ipotesi sarà inficiata nel merito dagli stessi vizi da cui era affetta la norma precedente, ma che tuttavia non lede l'art. 136 della Costituzione".

In termini assai diversi si pone ovviamente il problema allorché il parlamento "reagisca" ad una decisione non condivisa della Corte costituzionale attraverso una legge di carattere costituzionale.

Ciò si è verificato in un caso relativamente all'applicabilità ai giudici costituzionali dell'istituto della *prorogatio*, allorché le camere, attraverso la l. cost. n. 2 del 1967, esclusero espressamente tale possibilità, con ciò superando la diversa scelta operata

dalla Corte attraverso l'approvazione di una specifica disposizione regolamentare, ma si è ripresentato più recentemente, in termini decisamente più eclatanti ed interessanti, a proposito della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 513 c.p.p. La vicenda, per la sua importanza, merita di essere, seppur sinteticamente, richiamata.

Il parlamento, con l'approvazione della l. 7 agosto 1997 n. 267, aveva apporato modifiche al codice di procedura penale ed in particolare in tema di valutazione della prova, disponendo la inutilizzabilità delle dichiarazioni accusatorie rese da quanti, nel corso del dibattimento, si fossero poi sottratti al controesame da parte dell'accusato. La modifica al codice di rito, raggiunta a seguito di una laboriosa contrattazione tra le diverse forze politiche, aveva il dichiarato scopo di rendere inutilizzabili nei processi penali le dichiarazioni dei "collaboratori di giustizia", spesso principale elemento di prova nei processi contro la mafia.

La Corte costituzionale, con la sent. n. 361 del 1998, dichiarò incostituzionale tale disposizione, contestando, nella sostanza, la "ragionevolezza" della scelta legislativa ed in particolare il bilanciamento tra i diversi valori in gioco operato dal parlamento, giudicando prevalente il principio di conservazione degli elementi di prova legalmente acquisiti e venendo quindi a ripristinare la disciplina precedente. A giudizio di alcuni è questa l'ipotesi in cui la Corte, nella sua storia, si è trovata maggiormente ad assumere un ruolo di protagonista politico.

A fronte della suddetta pronuncia – vista come una decisione a favore dei "giudici" e contro il "legislatore" – la reazione del parlamento è stata immediata e veemente, attraverso la presentazione di un'apposita proposta di legge costituzionale che limitasse la tipologia delle decisioni del Giudice costituzionale e soprattutto con l'approvazione della l. cost. 23 novembre 1999 n.2, con la quale è stato modificato l'art. 111 Cost. e sono stati introdotti i principi del c.d. giusto processo.

Con tale legge vengono inseriti nella Costituzione - accanto ai classici principi, in gran parte già ricavabili e ricavati da altre disposizioni costituzionali, della imparzialità e terzietà del giudice, della parità di armi tra le parti e della durata ragionevole del processo – regole che avrebbero meglio trovato la loro collocazione nel codice di procedura penale (come accadeva infatti con la legge dichiarata incostituzionale) e che vengono elevate a rango di costituzione formale solo allo scopo di "imporle" alla Corte costituzionale.

Il nuovo art. 111 Cost. stabilisce in particolare che "la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in con-

traddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita".

Se è vero che, sotto l'aspetto strettamente formale, non possono nutrirsi dubbi circa la possibilità per il parlamento, nel rispetto dei limiti impliciti ed espliciti alla revisione costituzionale, di superare una pronuncia della Corte costituzionale attraverso l'approvazione di una legge costituzionale che, come tale, si impone al Giudice delle leggi, pare altrettanto vero che il comportamento di un parlamento che, di fronte alla decisione con cui la Corte dichiara l'incostituzionalità di una propria legge, decide di confermare quella legge, rivestendola a scopo protettivo della veste formale di legge costituzionale, debba ritenersi come un comportamento assolutamente eccezionale e per niente normale sotto l'aspetto dei rapporti tra organi costituzionali.

Per questo debbono essere condivise le affermazioni secondo cui quello sopra ricordato è un "modo davvero estremo per paralizzare definitivamente la Corte" (Carlassare), il cui uso normale produrrebbe inevitabilmente un indebolimento della stessa idea di costituzione, come quadro tendenzialmente stabile e di garanzia.

### ***III. La natura della Corte costituzionale: 1. la storica e non risolta (o non risolvibile) "ambiguità" tra il carattere "politico" e quello "giurisdizionale"***

A completamento delle osservazioni svolte in ordine all'attività della Corte costituzionale "creativa" di diritto, pare opportuno svolgere qualche riflessione conclusiva, con riguardo alla esperienza italiana, relativamente alla natura del Giudice costituzionale ed al suo inserimento nella forma di governo ed al carattere "politico" o "giurisdizionale" che questi avrebbe concretamente assunto<sup>40</sup>.

40. Sulla natura della Corte costituzionale e la sua collocazione nella forma di governo, v. Barile, Cheli, Grassi (cur.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982; Elia, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, ivi, 515; Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984; Chimenti, *Gli organi costituzionali nella forma di governo italiana*, Torino, 1989; Luciani, *La Corte costituzionale nella forma di governo italiana*, in AA.VV., *La Costituzione italiana quarant'anni dopo*, Milano, 1989, 65; Cheli, *La Corte costituzionale nella forma di governo in Italia*, in *Quaderni dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Milano, 1991, n. 1, 125; Romboli (cur.), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, 1991; Pizzorusso, Romboli, Rossi, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, a cura di Panizza, Torino, 1997; Zagrebelsky, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005; Elia, *La forma di governo della nostra repubblica negli anni 1956-2006 (pronunce della Corte e contributi dottrinali in "Giurisprudenza costituzionale"*, in Pace (cur.), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006, 314; Ruggeri (cur.), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006; Romboli, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, in Vignudelli (cur.), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, 401 ss.

Il carattere “ibrido” o “ambiguo” della Corte costituzionale deriva ad essa dal fatto di essere un organo chiamato a giudicare secondo un metodo ed un procedimento tipicamente giurisdizionale, ma avente ad oggetto un atto tipicamente politico, quale la legge che non poteva quindi non colorare di politicità l’attività e la natura dell’organo di controllo.

Il problema della natura del Giudice costituzionale, sul quale ben può dirsi che sono stati scritti “fiumi d’inchiostro”, viene a porsi fin da prima che la Corte iniziasse concretamente a funzionare, mostrando subito una contrapposizione tra quanti tendevano ad avvicinarla al potere legislativo e quanti invece valorizzavano essenzialmente gli elementi di giurisdizionalità.

Volendo richiamare in maniera assolutamente sintetica e non certo esaustiva le posizioni della dottrina, nel primo senso si pose Piero Calamandrei, il quale definì la Corte come un organo para-legislativo, sottolineando la estraneità di tale organo all’ambito del potere giudiziario e la sua afferenza a quello legislativo e riconoscendo alla funzione della Corte non solamente un ruolo di legislatore negativo (dichiarazione di incostituzionalità), ma altresì di legislatore positivo, dal momento che la dichiarazione di infondatezza di una questione di costituzionalità avrebbe dovuto intendersi come una sorta di interpretazione autentica della legge impugnata, che avrebbe dovuto escludere categoricamente la possibilità di riproporre la medesima questione nell’ambito di altri giudizi<sup>41</sup>.

La dottrina assolutamente maggioritaria si esprime invece, con varie e più o meno accentuate sfumature, a favore della natura giurisdizionale, osservando come la stessa non poteva ritenersi venir meno né a seguito della soluzione di controllo accentrato, né per le connotazioni politiche dell’oggetto<sup>42</sup>, pur precisando in alcuni casi che si sarebbe dovuto parlare di carattere giurisdizionale, ma non come giurisdizione di tipo contenzioso, bensì di volontaria giurisdizione, per la mancanza di una lite in senso proprio<sup>43</sup> o di giurisdizione di annullamento<sup>44</sup>.

41. Calamandrei, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950.

Per il riconoscimento anche alle sentenze di infondatezza dell’efficacia erga omnes v. poi Ruggeri, *Storia di un “falso”. L’efficacia “inter partes” delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano, 1990.

42. Cfr. Azzariti, “Considerazioni sulla nuova disciplina del sindacato sulla costituzionalità delle leggi (1948) e Gli effetti delle pronunzie sulla costituzionalità delle leggi (1950)”, in *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, 1951, 127 ss. e 136 ss.; Esposito, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia (1950)*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 269 ss.; Garbagnati, *Sull’efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, in *Jus*, 1950, 232 ss.; Pierandrei, *Le decisioni degli organi della giustizia costituzionale (natura-efficacia-esecuzione) (1954)*, in *Scritti di diritto costituzionale*, Torino, 1964, III, 85 ss.

43. Cappelletti, *Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 135 ss. e *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1957.

44. M.S. Giannini, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. cost.*, 1956, 902 ss.

Quando la Corte costituzionale, nel 1956, ha iniziato a funzionare, il problema della sua natura ha continuato a proporsi e questa volta però la discussione è stata arricchita dai riferimenti alla giurisprudenza costituzionale ed al ruolo che, di conseguenza, la Corte è venuta ad assumere nel nostro ordinamento costituzionale.

In una occasione particolarmente vivace fu la contrapposizione tra le posizioni espresse da Franco Modugno e da Gustavo Zagrebelsky.

Il primo attribuiva alla Corte un ruolo di co-determinazione dell'indirizzo politico, unitamente al potere legislativo, più che un ruolo di controllo sanzionatorio successivo, rilevando come le funzioni del Giudice costituzionale sarebbero da ritenere, nella situazione politica del momento, non "sostitutive", bensì "collaterali" a quelle del parlamento, in ragione dell'acquisito ruolo politico di mediatrice degli interessi sostanziali e di moderatrice dei conflitti<sup>45</sup>, mentre il secondo sottolineava la grande importanza che assume il collegamento con l'autorità giudiziaria e la netta distinzione di ruoli tra Corte e legislatore, sostenendo come la politicità della Corte fosse cosa assai diversa da quella del parlamento e come l'attività della prima, al momento, avesse essenzialmente natura giurisdizionale, in quanto non mediatrice di interessi, ma propugnatrice di valori e principi di insieme, nei quali la mediazione degli interessi doveva restare compresa<sup>46</sup>.

Un'importante riflessione sull'argomento a quaranta anni dall'inizio dell'attività della Corte, si deve ad un volume pubblicato da Enzo Cheli, al termine della sua esperienza come giudice costituzionale ed avente ad oggetto appunto la Corte costituzionale nella dinamica dei poteri<sup>47</sup>. L'Autore rileva come ciò che connota la giustizia costituzionale, rispetto alle altre funzioni pubbliche, è la sua "assoluta atipicità", in quanto il controllo di costituzionalità delle leggi non esprime un aspetto della funzione giurisdizionale avendo di questa la forma, ma non la sostanza, né la sentenza della Corte può essere avvicinata alla legge, per l'assenza di un potere di iniziativa dell'organo giudicante e per il carattere vincolato della pronuncia. Siamo in presenza, secondo Cheli, "di una funzione 'intermedia' che (...) è al tempo stesso politica e tecnica – para-legislativa e

45. Modugno, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in Barile, Cheli, Grassi, *Corte costituzionale cit.*, 19 ss.

46. Zagrebelsky, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in Barile, Cheli, Grassi, *Corte costituzionale cit.*, 103 ss.

Le relazioni di sintesi, relativamente alla posizione assunta fin allora dalla Corte nel nostro sistema, furono svolte nell'occasione da Paolo Barile e da Leopoldo Elia (Barile, Cheli, Grassi, *Corte costituzionale cit.*, 537 ss. e 515 ss.).

47. Cheli, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996.

para-giurisdizionale -, funzione che conduce, da un lato, a ‘giurisdizionalizzare’ la politica dentro le forme del processo, dall’altro a ‘politicizzare’ la giurisdizione attraverso la natura (politica) degli oggetti sottoposti a giudizio e gli effetti (politici) delle pronunce<sup>48</sup>.

Circa dieci anni dopo un altro illustre costituzionalista, al termine del suo mandato come giudice costituzionale, ha pubblicato un volume avente questo sottotitolo: “la Corte costituzionale e la politica”<sup>49</sup>, in cui Zagrebelsky sostiene che la funzione della Corte è politica, ma al tempo stesso non appartiene alla politica, spiegando questo apparente paradosso attraverso un doppio significato che può essere attribuito al termine “politica”. Un primo, come attività rivolta a produrre convivenza, unione (*pactum societatis*) ed un secondo come attività di competizione tra le parti, come lotta per la maggioranza di governo (*pactum subjectionis*).

La Corte viene indicato come organo in(m)-politica, nel senso che sarebbe al tempo stesso “dentro” (“in”) la politica (se intesa nel primo dei due significati sopra indicati) ed estranea ad essa (“in” come “non”), se intesa invece nel secondo significato<sup>50</sup>.

A conclusione di questa sommaria indicazione di alcuni importanti momenti di riflessione sull’argomento in esame, possiamo affermare che può ritenersi ormai raggiunta la consapevolezza che l’attività della Corte costituzionale e la sua qualificazione subirebbero una inammissibile riduzione se interamente ricondotte all’attività tipica degli organi politici oppure a quella giurisdizionale come esercitata dai giudici comuni.

Il carattere “ibrido” proprio dell’organo fin dalle sue origini e per le ragioni dette, ha consentito in questi ormai cinquanta anni di funzionamento della giustizia costituzionale una notevole flessibilità all’azione del Giudice costituzionale, tale da potersi meglio adattare alle diverse, specifiche situazioni o momenti storici, accentuando ora maggiormente le proprie caratteristiche “giurisdizionali”, ora quelle “politiche”.

La rilevata “ambiguità” della propria natura ha finito quindi per risultare un elemento senza dubbio positivo, nella misura in cui, come rileva Enzo Cheli, ha

48. Cheli, *Il giudice delle leggi* cit., 15.

49. Zagrebelsky, *Principi e voti* cit. Il volume riporta in copertina la seguente frase: “la Costituzione fissa una volta per tutte i principi di libertà e di giustizia. Le sue garanzie non appartengono alla politica ma hanno una funzione politica. Comprendere questo paradosso significa penetrare l’essenza della democrazia”.

50. Zagrebelsky, *Principi e voti* cit., 35 ss.

consentito alla Corte di “sviluppare l’una o l’altra anima a seconda delle condizioni di omogeneità-disomogeneità, compattezza-frantumazione, efficienza-paralisi, stabilità-instabilità che caratterizza il sistema politico”<sup>51</sup>.

La maggiore difficoltà per la Corte risulta pertanto quella di far sì che l’oscillazione del pendolo tra il polo politico e quello giurisdizionale venga mantenuta entro un determinato margine, senza mai eccedere in un senso o nell’altro, ed in questo giocano inevitabilmente un ruolo importante, oltre ovviamente ai fattori esterni più volte ricordati, anche elementi interni alla Corte, quali la compattezza dei componenti o l’autorevolezza del presidente.

Così se appare fuori dubbio che il Giudice costituzionale, per le caratteristiche e l’oggetto dei giudizi costituzionali, goda di una discrezionalità a livello interpretativo-applicativo decisamente maggiore rispetto a quella propria dei giudici comuni – ciò che fa della Corte un giudice del tutto speciale – assume importanza decisiva che il giudizio della Corte faccia sempre riferimento al testo della Costituzione ed ai parametri cui ancorare la decisione<sup>52</sup> ed in particolare che le proprie pronunce siano sempre adeguatamente motivate<sup>53</sup>, allo scopo di tener distinti la sua posizione ed il suo modo di operare rispetto a quelli propri degli organi politici.

Per questo, sebbene accada che alcune volte ed in certe circostanze la Corte non si attenga sempre rigorosamente a tale principio, è pure importante sottoli-

51. Cheli, *Il giudice delle leggi* cit., 125. In senso analogo v. pure Silvestri, *Legge (controllo di costituzionalità)*, voce del Digesto delle discipline pubblicistiche, Torino, 1994, IX, 128 ss.

52. Per l’affermazione secondo cui la Corte ha la necessità di mostrarsi aderente al testo della Costituzione, “muovendosi con piccoli passi nella progressione interpretativa, in modo da non far svanire l’aura di giurisdizionalità su cui, nel nostro sistema costituzionale e nel presente momento storico, continua a fondare la sua legittimazione”, v. Silvestri, *Poteri attivi e poteri moderatori: attualità della distinzione*, in Luatti (cur.), *L’equilibrio tra i poteri nei moderni ordinamenti costituzionali*, Torino, 1994, 33.

Sul significato e l’importanza del riferimento al testo costituzionale e sulle caratteristiche della interpretazione costituzionale v., da ultimo, il volume curato da Azzariti, *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007 ed in particolare i saggi di Luciani, Modugno, Pace e G. U. Rescigno, nonché Guastini, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004 e *Teoria e ideologia dell’interpretazione costituzionale*, in Giur. cost., 2006, 743 ss.

53. Sul motivazione delle decisioni della Corte costituzionale v. Romboli, *Il significato essenziale della motivazione per le decisioni della Corte costituzionale in tema di diritti di libertà pronunciate a seguito di bilanciamento tra valori costituzionali contrapposti*, in Angiolini (cur.), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, 206 ss.; Ruggeri (cur.), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994; Spadaro, *Le motivazioni delle sentenze della Corte come “tecniche” di creazione di norme costituzionali*, in Nomos, 1993, 83; A. Saitta, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, 1996.

neare come l'azione della Corte non sia un'attività libera quale quella degli organi politici e come il "se", "su cosa" e "quando" delle proprie decisioni non sia nella disponibilità del Giudice, ma derivi da una serie di regole processuali che, sebbene più elastiche e in parte frutto della stessa giurisprudenza costituzionale, la Corte è tenuta ad osservare.

L'attività della Corte infatti, come esattamente sottolineato<sup>54</sup>, per rispondere al proprio ruolo di garante della Costituzione nei confronti degli organi politici, non può che essere quello di un organo di giustizia, seppure a livello costituzionale, con poteri delimitati e non deve ambire a far evolvere il paese verso principi e valori sostanzialmente nuovi, non possedendo per questo né le capacità professionali, né la forza politica, indispensabili per esercitare vere e proprie funzioni di indirizzo politico. Le finalità sottese alla sua istituzione possono in effetti essere perseguite soprattutto attraverso un sapiente uso delle tecniche processuali e decisorie, mentre il forzare i confini delle proprie competenze esporrebbe la Corte a confronti politici dai quali non potrebbe che uscire sconfitta.

Una Corte costituzionale la quale operasse, al pari dei giudici comuni, con criteri puramente giurisdizionali e priva della necessaria sensibilità politica sarebbe senza dubbio un pessimo Giudice costituzionale, mentre una Corte "quinta colonna di forze politiche esterne"<sup>55</sup>, subalterna alla maggioranza politica sarebbe un Giudice costituzionale inutile, in quanto semplice copertura delle decisioni della maggioranza, in contrasto con il proprio ruolo e la propria natura antimaggioritaria, al servizio della democrazia<sup>56</sup>.

54. De Siervo, *Riflessioni su un'esperienza di lavoro alla Corte costituzionale*, in *Storia, giustizia, costituzione in Storia, giustizia, costituzione*. Per i cinquant'anni della Corte costituzionale, *Giornale di storia costituzionale*, 2006, 88.

Di recente è stato sostenuto che, dato il carattere pluridimensionale dell'attività di controllo della Corte, questa non può trovare legittimazione nei circuiti politico-rappresentativi, ma nell'esercizio di una giurisdizione, per quanto sui generis, che trovi fondamento su criteri sufficientemente stabili e sulla motivazione delle decisioni (Morelli, *Il ruolo e le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica dell'ordinamento democratico*, in Ruggeri (cur.), *La ridefinizione della forma di governo* cit., 434 ss.)

55. L'espressione è di Zagrebelsky, *Principi e voti* cit., 60, secondo cui "una Corte politicamente schierata, quinta colonna di forze politiche esterne, meriterebbe puramente e semplicemente di essere soppressa, perché, se pregiudizialmente orientata a favore della maggioranza, non se ne capirebbe l'utilità se non come copertura e inganno della pubblica opinione; se orientata contro, se ne capirebbe forse l'utilità ma mancherebbe totalmente di legittimità".

56. Zagrebelsky, *Le Corti costituzionali, le Costituzioni democratiche, l'interdipendenza e l'indivisibilità dei beni costituzionali*, Discorso pronunciato in Campidoglio per la celebrazione dei 50 anni di attività della Corte costituzionale (Roma 22 aprile 2006), afferma che la "la giustizia costituzionale è una funzione della repubblica, non della democrazia. Le Corti sono ospiti sgraditi in casa d'altri, la democrazia; sono padrone di casa in casa propria, la repubblica".

Secondo Pasquino (Controllo di costituzionalità e forma di governo, in *Storia, giustizia, costituzione* cit., 319-320) la natura non democratica dell'organo di controllo lo mette essenzialmente al riparo della lotta politica di tutti i giorni.

## ***PARTE SECONDA. I giudici comuni.***

### ***1. Ruolo del giudice e attività creativa di diritto: la prima "rivoluzione" a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione e del funzionamento della Corte costituzionale***

Come anticipato nella premessa a questo scritto, la seconda parte dello stesso sarà dedicata più specificamente al ruolo assunto nel nostro ordinamento dal giudice comune ed alla sua partecipazione ad un'attività non meramente attuativa, ma anche creativa del diritto.

Il tema richiama immediatamente il noto principio della subordinazione del giudice alla legge, che la nostra Costituzione esprime all'art. 101, 2° comma, attraverso l'affermazione secondo cui "i giudici sono soggetti soltanto alla legge", una formula che più di ogni altra, come esattamente rilevato da Gustavo Zagrebelsky<sup>57</sup>, risente però nel suo significato delle caratteristiche generali dell'ordinamento giuridico in cui i giudici sono concretamente chiamati ad operare.

Nella più recente esperienza costituzionale italiana, due momenti in particolare hanno inciso fortemente sul ruolo assegnato al giudice, vale a dire l'entrata in vigore, nel 1948, della Costituzione repubblicana e successivamente la realizzazione dell'ordinamento comunitario.

Con riferimento al primo l'entrata in vigore della Costituzione, in considerazione delle caratteristiche che la contraddistinguono, produce quella che è stata definita una vera e propria "rivoluzione", rispetto all'ordinamento precedente.

Nello stato liberale monoclasse, com'è noto, il diritto si esprime essenzialmente e quasi esclusivamente attraverso la legge formale del parlamento, che costituisce l'unica vera e più importante fonte del diritto. La stessa, in quanto indirettamente espressione della sovranità popolare, viene anche in qualche misura considerata per definizione giusta ed è per ciò che non viene previsto alcun sistema di controllo sulle leggi. Riguardo quindi alla giurisdizione vale nettamente l'assoluto primato della legge ed il giudice è conseguentemente visto come un soggetto che, in considerazione delle proprie capacità tecnico-giuridi-

57. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 206, secondo cui tale principio continua comunque ad essere inteso nel senso del servizio passivo della volontà del legislatore, senza tentarne interpretazioni più conformi al senso che ha oggi il legame tra la legge e la sua attuazione attraverso la giurisdizione.

che, è chiamato ad applicare la stessa, ricercando la volontà con essa espressa dal legislatore. Un giudice, come si dice, “bocca della legge” e meccanico applicatore di un sistema giuridico chiaro e completo.

La “rivoluzione” apportata dalla Costituzione non deriva tanto dal fatto che una nuova fonte viene ad inserirsi nel previgente sistema delle fonti, quanto dalle caratteristiche di questo nuovo tipo di fonte: una fonte gerarchicamente sovraordinata rispetto alla legge (rigidità) ed organizzata più per principi che per regole.

La previsione della superiorità gerarchica della Costituzione, e quindi di limiti invalicabili per il legislatore ordinario, comporta che, a differenza del periodo pre-costituzionale orientato per l'assoluta prevalenza del momento “politico” della formazione del diritto, risulta adesso decisiva, per il rispetto di quei limiti e quindi per l'attuazione dei principi costituzionali, l'attività dei giudici, in stretto raccordo con quella della Corte costituzionale.

Tali principi debbono servire, da un lato, a svolgere una funzione unificante per l'interpretazione delle singole leggi spesso espressione di interessi particolari e, dall'altro, a guidare il giudice nell'individuazione della soluzione specifica per il singolo caso di fronte alla difficoltà della legge di prevedere e regolare i casi concreti. Ne deriva un'indubitabile dilatazione della funzione di interpretazione della Costituzione da parte del giudice che fa definitivamente tramontare la visione di questo come “bocca della legge” o come meccanico applicatore di una regola già interamente contenuta e presente nel dettato normativo.

Come scrive Livio Paladin, con l'entrata in vigore della Costituzione “svanisce l'idea del sistema normativo bello e fatto, ontologicamente dato e quindi preesistente rispetto al momento interpretativo” e “subentra, in suo luogo, la realistica visione di un sistema ‘in movimento’ soggetto a continue evoluzioni: dipendenti non solo dal sopravvenire di nuove discipline, atte a spostare il senso e la portata delle stesse discipline relative ad altre materie o branche dell'ordinamento, ma dall'intrinseco mutare degli indirizzi interpretativi e applicativi, pur fermi restando gli iniziali disposti della Costituzione e delle leggi”<sup>58</sup>.

Similmente è stato sottolineato da più parti<sup>59</sup> come è attraverso il richiamo alla Costituzione ed ai principi innovatori in essa contenuti - la Grande trasfor-

58. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 110.

59. Cfr., tra gli altri, Treves, *Giustizia e giudici nella società italiana*, Bari, 1972, 155 ss.; Dogliani, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982, 29 ss.; Rebuffà, *La funzione giudiziaria*, Torino, 1988, 127 ss.

mazione del ruolo del diritto nelle moderne società del benessere, di cui parla Mauro Cappelletti<sup>60</sup> - che si realizza la c.d. rivolta contro il formalismo, ossia contro un'interpretazione formale del diritto rifacentesi all'esigenza di certezza del diritto ed a favore del riconoscimento dell'attività creativa dell'interpretazione con apertura verso la tutela di nuove situazioni emerse successivamente all'entrata in vigore dell'atto normativo interpretato.

Specie di fronte ai diritti sociali, a domande che vengono poste al giudice per la concreta realizzazione degli stessi, questo vede considerevolmente ampliati gli spazi interpretativi nel fare riferimento e dare applicazione ai principi costituzionali.

L'intuizione di Piero Calamandrei in ordine alla Carta costituzionale come fondamento di "una nuova teoria dell'interpretazione delle leggi", non viene immediatamente recepita dalla magistratura la quale, sulla base della VII disposizione transitoria della Costituzione, era pure chiamata a svolgere una sorta di controllo diffuso di costituzionalità delle leggi, in attesa dell'entrata in funzione della Corte costituzionale. I giudici, e quelli della cassazione in particolare, tendono infatti a mantenere una separazione tra il piano della legalità e quello della costituzionalità<sup>61</sup>, svalutando il significato ed il valore della Costituzione come fonte del diritto, direttamente applicabile da parte del giudice.

Sintomatica in proposito la scelta operata tra l'effetto di abrogazione e quello di incostituzionalità che si sarebbe verificato a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione nei riguardi delle leggi anteriori. La giurisprudenza della cassazione si orienta nel primo senso, venendo così in qualche modo a considerare la Costituzione come *lex posterior* più che come *lex superior* e riconoscendo l'effetto abrogativo solo in presenza di una chiara incompatibilità tra la disposizione costituzionale e quella legislativa. Di conseguenza viene riconosciuta diretta applicazione solo alle disposizioni costituzionali aventi un contenuto specifico, mentre la si nega per quelle contenenti principi, ritenute come tali rivolte solo al potere legislativo (affinché vi dia attuazione) e non a quello giurisdizionale.

E' questa l'origine della distinzione tra disposizioni costituzionali programmatiche e precettive (e all'interno di queste tra disposizioni ad applicazione diretta o indiretta o differita) operata in particolare dalla giurisprudenza della

60. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, 22 ss.

61. Luciani parla in proposito, in un recente scritto (Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell'ordinamento, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005, II, 501 ss.) di "legalità legale" e di "legalità costituzionale".

cassazione degli anni 1948-1956. Mentre le prime sarebbero state riferibili esclusivamente al potere legislativo ed applicabili solamente dopo l'intervento di attuazione dello stesso, le seconde, se precettive e ad applicazione diretta, avrebbero prodotto l'abrogazione delle precedenti disposizioni di legge.

Un momento di grande rilievo, per il tema che stiamo trattando, è rappresentato dall'entrata in funzione nel 1956 della Corte costituzionale, la quale è inevitabilmente subito chiamata a prendere posizione in ordine al problema relativo al rapporto tra i due piani prima accennati: quello della legalità e quello della costituzionalità. In concreto, a fronte di una questione di legittimità costituzionale sollevata da un giudice nel corso di un giudizio, la Corte costituzionale deve decidere se debba ritenersi di esclusiva competenza del giudice comune l'interpretazione della legge e quindi essa debba limitarsi ad assumere la stessa così come interpretata dal giudice oppure se essa possa a sua volta interpretare la legge in maniera eventualmente diversa rispetto a quella fatta propria dal giudice. Con ciò superando la distinzione dei piani (al giudice la legge, alla Corte la Costituzione, secondo l'espressione di Carlo Mezzanotte)<sup>62</sup>.

La Corte costituzionale, fin dalle prime decisioni, mostra di accogliere con fermezza la seconda soluzione, come mostrano inequivocabilmente le pronunce interpretative di rigetto, attraverso le quali la Corte dichiara non fondata la questione di costituzionalità, ma fornisce al contempo una lettura interpretativa della stessa tale da evitare la dichiarazione di incostituzionalità. La legge in altri termini viene "salvata" dalla incostituzionalità, a condizione che il giudice segua l'interpretazione indicata dalla Corte come l'unica costituzionalmente conforme.

Questa posizione del Giudice costituzionale produce una reazione da parte soprattutto della Corte di cassazione, la quale si sente in qualche misura espropriata del potere di interpretazione e di nomofilachia, dando luogo a quella che è stata definita la "guerra tra le due corti"<sup>63</sup>.

La situazione di "guerra" è stata in seguito superata attraverso il riferimento fatto dalla giurisprudenza costituzionale alla nozione di "diritto vivente" ossia alla legge come interpretata ed applicata dalla giurisprudenza.

62. Mezzanotte, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, 160.

63. Per una ricostruzione dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte di cassazione e delle vicende che li hanno caratterizzati, v. Campanelli, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, Torino, 2005, spec. 157 ss.

La Corte costituzionale ha parlato, in proposito, di “approdo interpretativo pressochè incontrastato in giurisprudenza” o di “soluzione interpretativa collaudata”, di “consolidata giurisprudenza della cassazione” o di “giurisprudenza dominante”, mentre ha escluso che possano concretizzare un diritto vivente le prassi o le direttive amministrative. Più in particolare è stato sottolineato, anche nelle ricostruzioni del concetto operate dalla dottrina, come non sia sufficiente una decisione, neppure se della cassazione, a determinare la nascita di un diritto vivente, ma occorra una giurisprudenza costante anche dei giudici di merito, pur se accanto all’aspetto quantitativo occorre tenere di conto, come ha sottolineato anche il Presidente della Corte costituzionale Granata, pure di quello qualitativo e quindi essenzialmente della giurisprudenza della cassazione. Niente vieta ovviamente che il diritto vivente, pur formatosi, possa, a seguito della pronuncia di decisioni di segno interpretativo diverso, ritenersi interrotto e quindi non più esistente.

L’aspetto comunque più importante da sottolineare è quello per cui, sulla base della suddetta giurisprudenza costituzionale, appare evidente come una legge possa dare luogo a differenti interpretazioni, tutte astrattamente possibili e come la scelta tra di esse debba essere orientata alla luce della Costituzione, preferendo cioè quella più in linea con il dettato costituzionale. E’ immediatamente percepibile, in altri termini, che l’operazione condotta dalla Corte costituzionale attraverso le pronunce interpretative può (o deve) essere operata anche da parte del giudice comune nel decidere le controversie ad esso proposte.

## ***2. La tutela dei diritti fondamentali da parte dei giudici, nell’assenza della legge, attraverso l’applicazione diretta della Costituzione***

La magistratura pare chiaramente prendere coscienza del significato e del ruolo che la Costituzione viene in tal modo ad assumere per l’attività interpretativa del diritto e degli insegnamenti forniti dalla ricordata giurisprudenza costituzionale. Nel corso del Congresso che l’Associazione nazionale magistrati tiene a Gardone nel 1965 fu infatti approvato un ordine del giorno<sup>64</sup> in cui si respin-

64. Questo il testo completo dell’ordine del giorno approvato a conclusione dei lavori del congresso di Gardone: “Il congresso afferma che il problema dell’indirizzo politico nell’ambito della funzione giurisdizionale non si pone, ovviamente, in termini di indirizzo politico contingente, che spetta alle forze politiche, titolari della funzione legislativa ed esecutiva, bensì in termini di tutela dell’indirizzo politico-costituzionale, in quanto la Costituzione ha codificato determinate scelte politiche fondamentali, imponendole a tutti i poteri dello Stato, ivi compreso quello giudiziario e attribuendo a quest’ultimo, oltre che al Capo dello Stato e alla Corte costituzionale, il compito di garantirne il rispetto; sottolinea

geva la pretesa di ridurre l'interpretazione "ad una attività puramente formalistica indifferente al contenuto ed all'incidenza concreta della norma nella vita del paese" e, nel delineare la posizione del giudice di fronte alla legge, veniva espressamente indicata la necessità di interpretare la stessa alla luce della Costituzione, seguendo un'interpretazione "adeguatrice" e, solo quando la lettera della legge non lo consentisse, veniva indicata la necessità di proporre alla Corte una questione di legittimità costituzionale<sup>65</sup>.

Lo stesso ordine del giorno indicava espressamente la spettanza al giudice del potere di applicazione diretta della Costituzione (*Drittwirkung*), quando ciò fosse tecnicamente possibile<sup>66</sup>.

Ciò presuppone una concezione della Costituzione vista non soltanto in posizione di "difesa" nei riguardi di interventi positivi del legislatore lesivi di interessi costituzionalmente tutelati, ma come atto normativo che può essere utilizzato anche e soprattutto in caso di inerzia ed omissioni del legislatore e pure nei

che la retta consapevolezza di questi principi da parte del giudice è necessaria ai fini di una sempre più completa attuazione della Costituzione; afferma che spetta pertanto al giudice, in posizione di imparzialità e indipendenza nei confronti di ogni organizzazione politica e di ogni centro di potere, 1) applicare direttamente le norme della Costituzione, quando ciò sia tecnicamente possibile in relazione al fatto concreto controverso; 2) rinviare all'esame della Corte costituzionale, anche d'ufficio, le leggi che non si prestino ad essere ricondotte, nel momento interpretativo, al dettato costituzionale; 3) interpretare tutte le leggi in conformità ai principi contenuti nella Costituzione, che rappresentano i nuovi principi fondamentali dell'ordinamento giuridico statale. Si dichiara decisamente contrario alla concezione che pretende di ridurre l'interpretazione ad un'attività puramente formalistica indifferente al contenuto ed all'incidenza concreta della norma nella vita del paese. Il giudice, all'opposto, deve essere consapevole della portata politico-costituzionale della propria funzione di garanzia, così da assicurare, pur negli invalicabili confini della sua subordinazione alla legge, una applicazione della norma conforme alle finalità fondamentali volute dalla Costituzione".

65. Nonostante ciò quest'ultima soluzione viene in pratica seguita con maggiore frequenza rispetto alla prima, anche perché solo così (attraverso l'autorevole interpretazione fornita dal Giudice costituzionale o la dichiarazione di incostituzionalità della norma impugnata) si è certi di poter superare la diversa interpretazione fatta propria dalla Corte di cassazione. Si viene cioè a determinare una sorta di alleanza tra la parte più giovane della magistratura e la Corte costituzionale a favore della realizzazione dei principi espressi dalla Costituzione.

66. In questi casi si è parlato, a mio avviso impropriamente, di "uso alternativo del diritto", ad indicare un comportamento tendente, in nome dei principi costituzionali e facendo diretta applicazione degli stessi, alla disapplicazione della legge. Come da tempo è stato sottolineato, parrebbe preferibile parlare in proposito di un "uso costituzionale" del diritto, dal momento che il giudice non procede affatto a disapplicare una legge, bensì a riempire i vuoti esistenti, specie in certe materie, e con riferimento ai diritti sociali (si pensi all'ambito dei diritti della persona, al diritto al lavoro, alla salute, solo per fare qualche esempio), derivando la soluzione direttamente dalla Costituzione.

Cfr., tra gli altri, Natoli, "Alcune osservazioni su Costituzione, interpretazione evolutiva e giurisprudenza alternativa", in *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana ed inglese a confronto*, Milano, 1983, vol. I, 281-282.

rapporti interprivati. La possibilità cioè che tra privati i principi costituzionali siano invocati per misurare l'esercizio delle libertà, controllare le manifestazioni del potere e giudicare della stessa validità delle esplicazioni dell'autonomia negoziale.

In una situazione di grave ritardo o di persistente inerzia del legislatore i giudici comuni (come pure, ovviamente, la Corte costituzionale) si sono trovati ad essere destinatari di tutta una serie di domande sociali ed hanno quindi cercato, attraverso l'applicazione diretta dei principi costituzionali, di porre rimedio alle omissioni legislative dando tutela alle nuove istanze sociali che non trovavano riconoscimento nella legislazione civilistica.

L'applicazione diretta della Costituzione non può ovviamente significare il riconoscimento al giudice del potere di disapplicare per questo la legge. Allorchè infatti, in presenza di una legge non conforme alla Costituzione, non sia tecnicamente possibile (in quanto esorbitante dai poteri rientranti nella funzione interpretativa) procedere, nel senso visto, ad una interpretazione "adeguatrice", il giudice deve necessariamente ed obbligatoriamente sollevare apposita questione di costituzionalità davanti alla Corte. L'applicazione diretta della Costituzione presuppone pertanto l'esistenza di clausole generali da specificare nel loro contenuto oppure di veri e propri vuoti normativi da riempire applicando i principi generali dell'ordinamento e quindi in primis i principi costituzionali.

Molte, e relative a diversi settori dell'ordinamento, sono state in questi anni le ipotesi di applicazione diretta della Costituzione da parte dei giudici comuni. Questa sede non consente un'esposizione completa ed esauriente di tali ipotesi, per la quale non posso che rinviare alle specifiche ricerche svolte in materia<sup>67</sup>, per cui mi limiterò qui a segnalare, con carattere esemplificativo, alcuni dei settori in cui l'applicazione diretta della Costituzione ha avuto una maggiore e più diffusa applicazione.

Innanzitutto, nell'ambito dei diritti della persona, un ruolo importante ha svolto il riferimento all'art. 2 Cost., il quale tutela "i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove svolge la sua personalità" e richiede "l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà". Tale disposizione è stata prevalentemente interpretata come una fattispecie "aperta", tale cioè da poter essere riferita, nella parte relativa alla tutela dei diritti inviolabili, anche

67. Cfr., da ultimo, Lamarque, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in Quaderni costituzionali, 2007 ed Autori ivi citati.

a quei diritti della personalità che sono stati definiti “diritti nuovi”, in quanto l’esigenza di una loro tutela è sorta successivamente all’entrata in vigore della Costituzione a seguito dell’evoluzione del costume o dello sviluppo delle scienze (ad esempio le situazioni legate ad atti di disposizione del proprio corpo, alla tutela del diritto al nome o, più recentemente, al c. d. diritto all’oblio). Per la parte relativa al dovere di solidarietà, il riferimento all’art. 2 Cost. è stato sovente richiamato ad integrazione dei rapporti tra privati. Sempre nell’ambito dei diritti della persona e delle formazioni sociali il giudice in varie occasioni ha fatto diretta applicazione del principio di eguaglianza sostanziale, contenuto nell’art. 3, 2° comma, Cost., dell’art 15 Cost. ai fini della tutela della *privacy*, degli art. 17 e 18 Cost., a proposito della libertà di riunione e di associazione.

Uno dei campi nel quale abbastanza frequente è stata l’applicazione diretta di principi costituzionali è stato quello del diritto del lavoro, per il quale, oltre all’art. 4 Cost. (diritto al lavoro), si è fatto spesso applicazione diretta dell’art. 36, 1° comma, Cost., per la determinazione in concreto della misura della retribuzione, dell’art. 36, 2° e 3° comma, Cost., relativamente alla durata della giornata lavorativa, al diritto al riposo settimanale ed alle ferie annuali, dell’art. 37 Cost., in ordine alla posizione della donna lavoratrice e alla tutela del lavoro minorile, dell’art. 40 Cost. relativamente all’esercizio del diritto di sciopero.

Nell’ambito dei diritti sociali frequente è stata la diretta applicazione, da parte dei giudici comuni, dell’art. 32 Cost. sulla tutela del diritto alla salute ed è in base alla ritenuta diretta applicabilità dello stesso nei rapporti interprivati che si è giunti al riconoscimento del c.d. danno biologico, ossia della responsabilità civile e dell’obbligo di risarcimento non soltanto per i danni patrimoniali in senso stretto, ma per tutti i danni che, almeno potenzialmente, ostacolano le attività realizzatrici della persona umana. Frequente pure l’applicazione diretta dell’art. 38 Cost. circa i problemi inerenti l’assistenza sociale e le assicurazioni obbligatorie sul lavoro.

Infine la Costituzione ha avuto una serie di applicazioni dirette connesse alle garanzie processuali ed al diritto di difesa, ad esempio relative all’art. 13 Cost., circa le limitazioni alla libertà personale, 24 Cost., diritto di difesa in ogni stato e grado, art. 111 Cost., circa il ricorso in cassazione contro provvedimenti giudiziari, art. 113 Cost., in ordine alla giustizia amministrativa.

In alcuni casi l’applicazione diretta della Costituzione da parte del giudice comune è stata in qualche modo “aperta” da interventi della Corte costituzionale, la quale ha proceduto eliminando gli ostacoli che diversamente si sarebbero posti

ad un'applicazione diretta o il carattere rigido della regola, riconoscendo e sollecitando il potere di apprezzamento del giudice caso per caso, sulla base dei principi costituzionali individuati e sottolineati dalla stessa Corte costituzionale. Così facendo la Corte pare superare definitivamente, ribaltandone i presupposti, la teoria del carattere programmatico di certe disposizioni costituzionali, la quale, in difesa del formalismo giuridico, tendeva appunto ad escludere l'applicazione giurisprudenziale di disposizioni costituzionali non del tutto determinate e ad evitare che il contenuto del principio fosse stabilito dal giudice caso per caso.

L'attività interpretativa del giudice non si riduce quindi ad una scelta tra due diverse letture di un testo normativo, ma diviene un'operazione più complessa, spesso "aperta" o resa possibile attraverso pronunce "di principio", di cui già abbiamo parlato, con cui la Corte si limita ad esprimere principi costituzionalmente rilevanti, cui il giudice dovrà attenersi nella sua attività interpretativa, in tal modo sostituendo "ad una regola rigida, stabilita dalla legge, una norma flessibile ed adattabile al caso, aprendo la strada a nuovi ambiti di discrezionalità dei giudici e secondo taluno tendendo addirittura a configurare un diritto casistico in luogo di un diritto per regole generali"<sup>68</sup>.

### ***3. La creazione di diritto attraverso l'attività interpretativa del giudice e la progressiva valorizzazione della stessa da parte della Corte costituzionale***

Con riferimento ai poteri interpretativi del giudice, la giurisprudenza costituzionale tende ad una chiara e progressiva valorizzazione degli stessi, sia come conseguenza del ricorso a determinate tecniche decisorie (il giudizio per valori, il necessario bilanciamento, il controllo della ragionevolezza della leggi), sia attraverso affermazioni specificamente rivolte ai poteri interpretativi del giudice con riguardo alla soluzione dell'incidente di costituzionalità.

Così in varie occasioni la Corte costituzionale ha precisato che il giudice, di fronte a più possibili interpretazioni, ha innanzi tutto l'obbligo di scegliere quale di esse intende seguire, escludendo che egli possa sollevare una questione di costituzionalità al solo scopo di richiedere alla Corte la soluzione di un mero dubbio interpretativo, dal momento che ciò rientra nei poteri dell'autorità giudiziaria oppure che un'eccezione di costituzionalità possa essere proposta alla Corte al solo

68. Così Onida, *La Corte e i diritti. Tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale*, in Carlassare (cur.), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, Padova, 1998, 187.

scopo di far prevalere un'interpretazione della legge rispetto ad altra, dovendo essere il giudice a scegliere l'interpretazione conforme alla Costituzione.

Un'affermazione in proposito assai importante, più volte ripetuta negli ultimi anni da parte del Giudice costituzionale, è quella secondo cui una legge non può essere denunciata e dichiarata incostituzionale solo perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma deve esserlo solamente quando è impossibile darne interpretazioni costituzionalmente conformi.

La tendenza che emerge dalla sopracitata giurisprudenza costituzionale è chiaramente nel senso di sollecitare il giudice a fare uso dei propri poteri interpretativi allo scopo di valutare, preventivamente, se esiste la possibilità di superare i dubbi di costituzionalità attraverso un'interpretazione "adeguatrice", evitando così di coinvolgere nella soluzione del dubbio la Corte costituzionale, la quale pare recentemente impegnata a valorizzare appunto l'attività interpretativa della legge e della Costituzione (e della prima alla luce della seconda) da parte del giudice, evitando di assumere essa stessa interpretazioni "militanti", come avveniva con le decisioni interpretative di rigetto della prima maniera.

La richiesta, da parte della Corte, al giudice di seguire, quando possibile, un'interpretazione della disposizione impugnata che valga a salvare la stessa dalla dichiarazione di incostituzionalità, dapprima presentata come un invito, una richiesta al giudice a quo, si è in questi ultimi anni trasformata in un obbligo per quanti intendano proporre eccezioni di costituzionalità. Accanto infatti alle tradizionali condizioni, poste dalla legge, della "rilevanza" e della "non manifesta infondatezza" che l'autorità giudiziaria deve necessariamente valutare prima di rimettere una questione alla Corte, questa ha adesso aggiunto, in via giurisprudenziale, una terza condizione rappresentata dall'aver il giudice sperimentato previamente la possibilità di una interpretazione "adeguatrice" o "conforme". La questione di costituzionalità infatti viene attualmente dichiarata inammissibile (o più spesso manifestamente inammissibile) qualora esista, in giurisprudenza, una diversa lettura della disposizione impugnata che superi i dubbi di costituzionalità e comunque nel caso in cui il giudice rimettente non dimostri di aver sperimentato la possibilità di giungere ad una interpretazione "conforme" a Costituzione<sup>69</sup>.

69. Circa l'obbligo, per il giudice, di dimostrare, pena la dichiarazione di inammissibilità della questione di costituzionalità, di aver sperimentato la possibilità di superare il dubbio di costituzionalità attraverso un'interpretazione "adeguatrice", con riguardo alla più recente giurisprudenza costituzionale, v. Romboli, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale, in Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2005-2007)*, Torino, 2008, 83 ss.

In una recente occasione – relativa ad una questione di costituzionalità circa la mancata previsione del rilascio del permesso di soggiorno, al compimento della maggiore età, per i minori stranieri sottoposti a tutela, quando ciò era invece previsto per i minori dati in affidamento – la Corte costituzionale ha rilevato come l'interpretazione letterale della disposizione impugnata poneva la stessa in sicuro contrasto con il principio personalista della nostra Costituzione ed ha suggerito al giudice, attraverso una pronuncia di infondatezza, una integrazione della disposizione in via analogica, sulla base della comparazione fra i presupposti e le caratteristiche del rapporto di tutela del minore e del rapporto di affidamento, concludendo che, nonostante la diversa previsione normativa, la disposizione impugnata doveva ritenersi riferita anche ai minori stranieri sottoposti a tutela<sup>70</sup>.

Nel valorizzare il ruolo del giudice la Corte costituzionale pare in qualche misura spingere verso una progressiva, maggiore espansione della funzione dello stesso di "giudice dei diritti" - rispetto a quella di "giudice della legalità"<sup>71</sup> - venendo, con qualche vaga somiglianza all'attività propria della Corte di Lussemburgo, a dare essa la corretta interpretazione della Costituzione e della legge alla luce della prima o fissando i principi e lasciando poi al giudice di risolvere il caso specifico secondo quella interpretazione o in applicazione di quei principi, anche quando ciò comporti una evidente forzatura (che pare, in certi casi, quasi avvicinarsi ad una disapplicazione) della disposizione impugnata.

70. Corte cost. 5 giugno 2003, n. 198, Giur. cost., 2003, 1520. Il giudice a quo rilevava come la disposizione impugnata prevede la possibilità che sia rilasciato, in certe condizioni, il permesso di soggiorno al minore straniero in condizione di affidamento e non anche per quelli sottoposti a tutela, osservando altresì come, stante la chiara ed inequivoca lettera della legge, non era ammissibile un'interpretazione estensiva tale da ritenere la stessa previsione valida anche per la differente situazione della tutela. Per questo l'autorità giudiziaria domandava alla Corte una pronuncia di incostituzionalità della disposizione impugnata, per la parte in cui non riteneva applicabile quanto in essa previsto anche alla situazione dei minori sottoposti a tutela.

La Corte ha invece affermato che lo stesso risultato poteva essere raggiunto, se non attraverso un'interpretazione estensiva, comunque attraverso un'integrazione in via analogica, sulla base della comparazione fra i presupposti e le caratteristiche del rapporto di tutela del minore e del rapporto di affidamento, entrambi finalizzati ad assicurare la cura del minore, nonché sulla base della sostanziale eguaglianza delle situazioni di fatto nelle quali si trovano i minori stranieri in affidamento o sottoposti a tutela.

71. In ordine alla evoluzione del rapporto fra giudice e legislatore, nel senso della accentuazione del ruolo di "giudice dei diritti" rispetto a quello di "giudice della legalità", v. F.G.Pizzetti, *Il giudice nell'ordinamento complesso*, Milano, 2003, 243 ss.

#### ***4. La seconda “rivoluzione” a seguito della realizzazione dell’ordinamento comunitario: il potere del giudice di disapplicare (o non applicare) la legge***

Un secondo momento da sottolineare per l’incidenza sul ruolo del giudice comune, nell’evoluzione del sistema delle fonti del diritto, è rappresentato, come anticipato, dalla realizzazione dell’ordinamento comunitario, a proposito del quale si parla della creazione di un nuovo diritto comune europeo, fondato finora, e nel prossimo futuro, in maniera determinante dal confronto tra le decisioni giurisprudenziali che, a diverso livello, assumeranno gli organi giurisdizionali nazionali e sopranazionali. Un esplicito riconoscimento del valore della giurisprudenza per la realizzazione dell’ordinamento comunitario è contenuto nel preambolo della Carta di Nizza del 2000 dove si legge che la Carta riafferma “i diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e da quella della Corte europea dei diritti dell’uomo”.

Volendo richiamare i punti di arrivo di quello che è detto il “cammino comunitario”, per quanto concerne in specifico i riflessi sul ruolo del giudice, possiamo sottolineare, da un lato, l’affermazione del primato del diritto comunitario su quello nazionale - essendo all’evidenza uscita ormai definitivamente sconfitta la teoria dualista, ancora a parole riaffermata dalla nostra Corte costituzionale, a vantaggio della teoria monista da sempre sostenuta dalla Corte europea - e, dall’altro, il conseguente potere-dovere del giudice di sottoporre, in caso di dubbio ed in via pregiudiziale, alla Corte di Lussemburgo la questione relativa all’interpretazione del diritto comunitario, nonché l’obbligo di disapplicazione (o non applicazione) del diritto nazionale, qualora lo stesso sia ritenuto in contrasto con il diritto comunitario.

L’importanza ed il ruolo centrale che viene ad assumere il giudice nazionale deriva dal fatto che la Corte di giustizia, al fine di rendere efficaci i vincoli derivanti per gli stati membri dal diritto comunitario, ha pensato di appoggiare il compito di controllare, e in parte di sanzionare, gli stati ai loro giudici nazionali, attraverso appunto gli strumenti della pregiudiziale comunitaria e del potere-dovere di disapplicazione. Il ricorso da parte del giudice alla Corte europea per la interpretazione pregiudiziale del diritto comunitario è poi venuto ad assumere un’efficacia decisamente maggiore a seguito del riconoscimento, da parte della Corte costituzionale, della efficacia di fonte del diritto anche alle sentenze interpretative della Corte di Lussemburgo<sup>72</sup>, come ribadito di recente dalla giu-

72. Si veda in proposito Martinico, *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia come forme di produzione normativa*, in Riv. dir. cost., 2004, 249 ss.

risprudenza costituzionale che ha restituito gli atti al giudice *a quo* per un riesame della rilevanza a seguito di "ius superveniens", dove lo "ius" era appunto rappresentato da una sentenza interpretativa della Corte di giustizia<sup>73</sup>.

Attraverso la possibilità di disapplicazione della fonte nazionale, in quanto contrastante con il diritto comunitario, il giudice comune viene così ad esercitare una sorta di controllo diffuso di "comunitarietà" nei confronti della legge nazionale, che segue spesso al rinvio pregiudiziale. Quest'ultimo infatti viene ad assumere caratteri, per certi versi simili a quelli della pregiudiziale di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale, dal momento che, com'è stato opportunamente notato<sup>74</sup>, si viene, di fatto, ad esercitare un controllo sulla conformità della legge nazionale al diritto comunitario allorché la Corte di giustizia, come spesso accade, non si limita a rispondere al quesito posto dal giudice, ma si spinge oltre dando esplicitamente un giudizio in ordine ad una determinata disciplina ("la direttiva X osta ad una disciplina nazionale che preveda .....") oppure "l'art. Y del TCE deve interpretarsi nel senso che osta ad una regola quale quella dell'art. Z della legge nazionale XY").

Il giudice nazionale viene pertanto a trovarsi nella condizione di dover seguire l'interpretazione conforme, non solamente con riguardo alla Costituzione, ma pure con riferimento al diritto comunitario (così come, in varie occasioni, sottolineato dalla Corte di giustizia) e, allorché non ritenga possibile fare ciò direttamente, è tenuto ad investire, attraverso la richiesta pregiudiziale, la Corte costituzionale oppure la Corte di giustizia<sup>75</sup>. In certe ipotesi può darsi che le due ven-

73. Corte cost., ord. 14 marzo 2003, n. 62 e ord. 20 aprile 2004 n. 125, Foro it., 2004, I, 2299, le quali si fondano sull'affermazione secondo cui i principi enunciati nelle decisioni della Corte di giustizia si inseriscono direttamente nell'ordinamento interno ed hanno quindi valore di fonte del diritto e di *ius superveniens*.

74. Cfr. Calvano, *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Roma, 2004, 240 ss.; Giovanetti, *Riflessioni sul controllo di legalità comunitaria tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte di giustizia*, in *Scritti dei dottorandi cit.*, 421 ss.

75. Il giudice nazionale viene infatti invitato dalla Corte di Lussemburgo (ed anche, in alcuni casi, dalla Corte costituzionale) a procedere ad una interpretazione della legge nazionale conforme al diritto comunitario, prima di procedere alla disapplicazione della prima per contrasto con il secondo. Una lettura quindi che tenda a "salvare" la legge dalla disapplicazione.

Il riferimento, nella giurisprudenza comunitaria, alla necessità di un'interpretazione conforme risale al 1984 (sent. 10 aprile 1984, Von Colson e Kamann, causa C-14/83), affermazione poi ribadita più puntualmente nel 1988 (sent. 4 febbraio 1988, Murphy, causa C-157/86). Più recentemente è stato affermato che l'"esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale è inerente al sistema del Trattato, in quanto permette al giudice nazionale di assicurare, nel contesto delle sue competenze, la piena efficacia delle norme comunitarie quando risolve la controversia ad esso sottoposta" (sent. 5 ottobre 2004, Pfeiffer, cause riunite da C-397/01 a C-403/01) e che "l'obbligo di interpretazione conforme è uno degli 'effetti strutturali' della norma comunitaria che consente, assieme allo strumento più invasi-

gano a porsi entrambe, contemporaneamente, con riferimento ad uno stesso caso, determinandosi il fenomeno della c.d. doppia pregiudizialità<sup>76</sup>, con la necessità per il giudice di stabilire in quale rapporto stiano tra di loro l'una e l'altra e quale quindi debba essere esercitata per prima<sup>77</sup>.

Attraverso il raccordo con la Corte di giustizia è pertanto consentito al giudice comune di superare, dandosi certe condizioni, anche l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale e soprattutto quella del legislatore nazionale.

Esemplare in proposito il recente caso in materia ambientale, relativo alla nozione di "rifiuto" di cui all'art. 6, 1° comma, lett. a), d. lgs. 5 febbraio 1997 n. 22, sul quale si era creata una giurisprudenza dei giudici comuni ormai consolidata, fondata principalmente sulla giurisprudenza della Corte di giustizia. Il governo italiano ha ritenuto quella interpretazione particolarmente restrittiva e tale da poter pregiudicare la competitività sul mercato di vari settori della nostra industria e, di conseguenza, ha approvato un decreto-legge (8 luglio 2002 n. 138, convertito in legge 8 agosto 2002 n. 178), con cui ha fornito l'interpretazione autentica della nozione

vo dell'efficacia diretta, l'adeguamento del diritto interno ai contenuti ed agli obiettivi dell'ordinamento comunitario (conclusioni presentate il 30 giugno 2005 dall'avv. gen. Tizzano sul caso Mangold, causa C-144/04).

Spesso i "suggerimenti" della Corte di giustizia si presentano sotto una forma simile a quella delle sentenze interpretative di rigetto della nostra Corte costituzionale, altre volte sotto quella che potrebbe invece accostarsi alle nostre sentenze additive o sostitutive.

Trattandosi di suggerimenti relativi in sostanza all'interpretazione da dare, da parte giudice, al diritto nazionale più che a quello comunitario, ci potremmo chiedere quale grado di vincolatività essi posso avere per i giudici nazionali.

In proposito v. lo studio di Giovanetti, *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Torino, 2009.

76. Sulla quale v., di recente, Sorrentino, *E' veramente inammissibile il "doppio rinvio"?*, in *Giur. cost.*, 2002, 783 ss.; Celotto, *Ancora un'occasione perduta per mettere chiarezza sulle interferenze tra giudizio di costituzionalità e giudizio di "comunitarietà"*, *ivi*, 2004, 1732 ss.

77. In proposito la Corte costituzionale ha ritenuto che la pregiudiziale comunitaria debba precedere quella costituzionale ed infatti, anche di recente, ha rinviato a nuovo ruolo (in attesa della decisione della Corte di giustizia) la pronuncia in ordine ad una questione di legittimità costituzionale sollevata da un giudice in via incidentale, sulla base dell'informazione, comunicata in udienza dall'Avvocatura dello Stato, che la medesima questione era stata sollevata, da altri giudici, alla Corte di Lussemburgo, per un'interpretazione ai sensi del TCE (v. *Corte cost.*, ord. 1° giugno 2004, n. 165, *Foro it.*, 2004, I, 2299).

Di fronte ad un giudice che aveva esercitato entrambe le pregiudizialità contemporaneamente, la Corte ha risposto dichiarando manifestamente inammissibile la questione di costituzionalità, per manifesta contraddittorietà della stessa, in quanto la pregiudiziale comunitaria tende ad accertare se la norma censurata sia compatibile con l'ordinamento comunitario, e quindi applicabile nell'ordinamento italiano, mentre la questione di costituzionalità presuppone che la norma, di cui il giudice stesso ha sollecitato l'interpretazione della Corte di giustizia, sia applicabile (ord. 21 marzo 2002, n. 85, *Foro it.*, 2002, I, 1603).

di "rifiuto", in palese contrasto con la giurisprudenza comunitaria. Alcuni giudici nazionali hanno in seguito proposto questione pregiudiziale, chiedendo alla Corte di giustizia di pronunciarsi in merito alla compatibilità con il diritto comunitario della nozione di "rifiuto" desumibile dalla legge di interpretazione autentica ed essa si è espressa in senso negativo, confermando la propria precedente giurisprudenza in materia<sup>78</sup> e consentendo al giudice di disapplicare la normativa nazionale.

Il ruolo pertanto che viene richiesto al giudice nazionale, a seguito della realizzazione dell'ordinamento comunitario, è pertanto veramente centrale e complesso, egli infatti, come ha sostenuto il presidente della Corte di giustizia Rodriguez Iglesias<sup>79</sup>, ha due cappelli, ma li porta contemporaneamente e non uno dopo l'altro.

Con l'ordinamento comunitario le funzioni del giudice vengono quindi ad ampliarsi ed arricchirsi di nuovi strumenti ed istituti, che producono inevitabilmente un ampliamento del proprio potere interpretativo, che lo conduce, come detto, alla possibilità anche di non dare applicazione ad una legge dello stato. Il giudice infatti viene a rivestire il ruolo di giudice della legalità dell'ordinamento, anche se rispetto ad esso viene ad avere sempre maggiore rilievo quello di giudice dei diritti; il giudice è il portiere (l'unico portiere potremmo aggiungere) della Corte costituzionale, ma deve evitare di aprire la porta quando il dubbio di costituzionalità può essere superato facendo ricorso ai propri poteri interpretativi (c.d. interpretazione conforme) e può, ricorrendone le condizioni, risolvere il caso applicando direttamente la Costituzione; il giudice deve pure perseguire un'interpretazione adeguatrice della normativa nazionale al diritto comunitario e, quando necessario, proporre la questione interpretativa alla Corte di giustizia di Lussemburgo, nonché, anche sulla base della risposta di quest'ultima, procedere alla diretta disapplicazione (o non applicazione) della legge nazionale ritenuta in contrasto con il diritto comunitario.

### ***5. La produzione del diritto da parte dei giudici: forme, modalità e legittimazione rispetto alla produzione del diritto da parte dei soggetti politici***

A fronte del ruolo che il giudice è chiamato oggi ad assolvere e che ho cercato sommariamente di riassumere, nei suoi elementi più rilevanti, il problema

78. Corte giust. Cee, sez. II, 11 novembre 2004, causa C457/02, Foro it., 2005, IV, 16, con nota di Amendola, "Rifiuto": non era autentica l'interpretazione italiana e di Paone, La nozione di rifiuto tra diritto comunitario e diritto penale.

79. Rodríguez Iglesias, *Intervento all'Incontro di studio tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle comunità europee*, Roma, Palazzo della Consulta, 4-5 aprile 2002, Roma, 2003.

della natura creativa o meno dell'attività interpretativa o della ricerca e ricostruzione della volontà del legislatore (o dei legislatori, come sarebbe più corretto dire) potrebbe essere risolto attraverso due sole parole, quelle usate in proposito venti anni fa da Mauro Cappelletti: "verità banale". Egli infatti nella premessa al suo volume "Giudici legislatori?", osservava come lo scopo dello scritto non era certamente quello di "dimostrare la verità banale, anche se infinite volte in ogni epoca e con tanta inesauribile perseveranza negata o nascosta, della creatività della giurisprudenza"<sup>80</sup>.

Affermare la natura creativa della giurisprudenza significa ammettere – senza poter affrontare il delicato tema del valore del precedente giudiziario come fonte del diritto, anche quando ad esso non viene formalmente riconosciuta forza vincolante – che anche i giudici, nei limiti e nelle forme fissati dall'ordinamento, concorrono alla determinazione ed alla produzione del diritto. Ciò non vuol dire affatto ovviamente porre questi ultimi sullo stesso piano del legislatore, ma che il principio di soggezione del giudice alla legge significa innanzi tutto, come da tempo affermato e dimostrato da Pizzorusso<sup>81</sup>, soggezione al diritto e che il rapporto tra legislatore e giudici non è, come già sostenuto da Carlo Esposito<sup>82</sup> e da Salvatore Satta<sup>83</sup>, quello di una "assurda gerarchia", ponendosi i due soggetti in una posizione di assoluta parità, ognuno certamente secondo il proprio ruolo, nello svolgimento e nella determinazione dell'ordinamento giuridico.

Come scrive Gustavo Zagrebelsky, chiudendo il suo notissimo scritto sul diritto mite, il legislatore deve rassegnarsi a vedere le proprie leggi trattate come "parti" del diritto, non come "tutto il diritto", né i giudici possono ritenersi i padroni del diritto nello stesso senso in cui il legislatore lo era nel secolo scorso, essendo essi più propriamente i garanti della complessità strutturale del diritto nello stato costituzionale, cioè della necessaria, mite coesistenza di legge, diritti e giustizia; "il diritto non è oggetto in proprietà di uno ma deve essere oggetto delle cure di tanti"<sup>84</sup>.

La produzione del diritto ad opera del legislatore e del giudice avviene certamente con forme e modalità differenti ed entrambi i soggetti operano nell'ordinamento secondo differenti forme di responsabilità e di legittimazione democra-

80. Cappelletti, *Giudici legislatori?* cit., I.

81. Pizzorusso, *Intervento al Convegno di Senigaglia 9-11 novembre 1979*, in *Giust. e Cost.*, 1980, 3-4, 183 ss e *Intervento*, in *I poteri del giudice civile di fronte alla legge*, Rimini, 1985, 219 ss.

82. Satta, *Norma, diritto, giurisdizione*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1973, III.

83. Esposito, *La validità delle leggi*, Milano, 1934.

84. Zagrebelsky, *Il diritto mite* cit., 213.

tica. Come scrive recentemente Alessandro Pizzorusso, l'atto legislativo è rivolto direttamente a produrre diritto ed impone una regola per il futuro, mentre l'atto giurisdizionale è rivolto a risolvere una controversia sulla base di norme previgenti, con l'effetto solo indiretto di produzione normativa e, mentre il primo è fondato sulla volontà politica, il secondo trova il suo fondamento nella forza della ragione ed è qualificabile come fonte culturale<sup>85</sup>.

La legittimazione dell'attività di produzione del diritto da parte del legislatore si ricollega al rapporto di rappresentanza diretta del corpo elettorale, al quale esso risponderà delle proprie scelte e pertanto le modalità dell'intervento sono tali che spetterà solo ad esso stabilire se farlo, quando farlo e con quale specifico contenuto. Al legislatore è consentito anche, attraverso l'esercizio del proprio potere normativo, di contrastare eventuali interpretazioni, ritenute non corrette, date alle proprie leggi, attraverso l'approvazione di leggi di interpretazione autentica, le quali possono prevedere anche la loro applicazione per i procedimenti in corso (leggi in varie occasioni ritenute dalla Corte costituzionale non in contrasto con la Costituzione) ed a lui rimane altresì l'ultima parola anche nei riguardi di dichiarazioni di incostituzionalità delle proprie leggi, avendo il potere di revisione costituzionale, seppure è auspicabile che tale potere venga usato solo rarissimamente e per situazioni assolutamente eccezionali.

Diversa è invece da ritenere la fonte di legittimazione dell'attività normativa, nel senso detto, del giudice, il quale incontra innanzi tutto una serie di vincoli e di limiti, a partire ovviamente dalla lettera della legge, dalle regole dell'interpretazione comunemente accettate, nonché, con la dovuta cautela, da quella che Ross chiama la "tradizione culturale", vale a dire i fattori morali, economici, politici e culturali propri di un paese, nel momento in cui il giudice è chiamato a giudicare.

A ciò deve aggiungersi quella che è stata da alcuni chiamata la "processualità" dell'agire del giudice<sup>86</sup>, che lo distingue nettamente dall'azione del legislatore. Intendo riferirmi al principio per cui il giudice deve agire solo dietro richiesta degli interessati (*ne procedat iudex ex officio*), al rispetto delle garanzie di imparzialità, alla tutela del contraddittorio, alla necessaria motivazione delle proprie decisioni. In tutto questo può ritenersi che si sostanzia oggi il significato del principio della soggezione del giudice alla legge (*rectius* al diritto), da cui abbiamo preso le mosse<sup>87</sup>.

85. Pizzorusso, *Principio democratico e principio di legalità*, in *Questione giustizia*, 2003, n. 2, 340 ss.

86. Così Cappelletti, *Giudici legislatori* cit., 126.

87. Si vedano in proposito le osservazioni di Bin, *Lo stato di diritto*, Bologna, 2004, spec. 55 ss. e 115 ss.

### ***6. Il conflitto tra poteri sollevato dalle camere nei riguardi della sentenza della cassazione sulla vicenda Englaro***

La descritta evoluzione del ruolo del giudice come “giudice dei diritti”, attraverso l’applicazione diretta della Costituzione come fonte e la necessità dell’interpretazione costituzionalmente conforme suggerita e poi imposta dalla Corte costituzionale, pare essere non presente o contrastata dalle nostre camere nella vicenda che ha visto le stesse sollevare un conflitto di attribuzione tra poteri nei confronti della sentenza della cassazione<sup>88</sup> che ha deciso in ordine alla domanda di sospensione del trattamento che mantiene in stato vegetativo permanente, ormai da anni, la giovane Eluana Englaro.

Generalmente riconosciuta ed accettata risulta infatti la suddetta funzione del giudice e altrettanto apprezzata l’opera svolta ai fini della concreta realizzazione dei diritti costituzionali fondamentali anche in assenza di specifiche e puntuali disposizioni legislative (si pensi, per tutti, al caso del danno biologico), con conseguente valorizzazione ed espansione del “diritto culturale” accanto e ad integrazione del “diritto politico”.

In proposito non sono mancati in dottrina richiami, anche da parte dei primi sostenitori del carattere “aperto” dell’art. 2 Cost., al rispetto dei limiti che si pongono all’attività giurisdizionale e quindi alla indicazione di precisi “confini” per la medesima<sup>89</sup> e possono riscontrarsi in giurisprudenza, anche recentemente, ipotesi che potremmo definire di “diritti accertati, ma non tutelati” da parte di giudici i quali, pur riconoscendo la sussistenza a livello costituzionale di un diritto fondamentale, hanno ritenuto di non poter fornire una immediata tutela dello stesso per la mancanza di una disciplina legislativa<sup>90</sup>.

Le camere, con il suddetto conflitto, hanno denunciato una invasione di competenza da parte della cassazione, accusata di aver prodotto il radicale sovverti-

88. Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, Foro it., 2007, I, 3025.

89. Il riferimento è a Barbera, “Nuovi diritti”: attenzione ai confini, in Califano (cur.), Corte costituzionale e diritti fondamentali, Torino, 2004, 19 ss..

In ordine ai rischi connessi ad un’attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali, con particolare riguardo all’interpretazione ed applicazione fatta dalla giurisprudenza della nozione di danno patrimoniale da lesione di diritti costituzionali, ai sensi dell’art. 2059 cod. civ., v. Lamarque, *L’attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, 269 ss.

90. Cfr., di recente, Trib. Roma, ord. 16 dicembre 2006, Foro it., 2007, I, 571 e su di esso Pizzorusso, Il caso Welby: il divieto di non liquet, in *Quaderni cost.*, 2007, 355 ss., nonché App. Firenze 27 giugno 2008, in Foro it., 2008, I, 3697, con osservazione di Dal Canto, A distanza di ventotto anni dalla prima pronuncia, ancora chiuse le porte alle pubblicazioni matrimoniali per le persone dello stesso sesso.

mento del principio di separazione dei poteri, creando una disciplina innovativa della fattispecie non ricavabile dall'ordinamento vigente.

Viene inoltre sottolineato come ciò assuma particolare significato con riguardo alla materia de qua, giacché per la disciplina dei diritti costituzionali soggetti a riserva di legge, "la legge è il mezzo 'privilegiato' destinato alla conformazione" di tali diritti. La ragione consisterebbe nel fatto che "la riconduzione della tematica in parola all'interno del circuito della rappresentanza politica parlamentare consente di assicurare la partecipazione delle più svariate componenti della società civile, ivi comprese quelle espressione del mondo scientifico, culturale, religioso. Secondo una impostazione che appare difficilmente contestabile il ricorso alla legge permette di rispettare il principio dell'art. 67 Cost. nella adozione di scelte di sicuro interesse dell'intera comunità nazionale", in particolar modo in presenza di una disciplina dei diritti fondamentali riservata alla legge<sup>91</sup>.

Nel ricorso delle camere inoltre, constatata la possibilità di due diverse possibili letture<sup>92</sup>, si rileva che solo alle camere spetterebbe di "sciogliere il nodo" e non al giudice, il quale, per conseguire il risultato cui è giunto, avrebbe dovuto sollevare questione di costituzionalità della normativa vigente, nella parte in cui non consente tale risultato.

Credo appaia di tutta evidenza come l'impostazione seguita dalle camere nel ricorso in discorso si pone in termini del tutto configgenti con l'evoluzione indicata nelle pagine precedenti, segnando in certo senso il risorgere della distinzio-

91. Nello scorrere gli atti parlamentari dedicati all'argomento paiono da segnalare l'intervento dell'on. Lupi, relatore per l'ufficio di presidenza, secondo cui la sentenza della cassazione "avrebbe realizzato un intervento del potere giudiziario su sfera riservata al parlamento, sulla quale quest'ultimo aveva iniziato a svolgere attività legislativa nelle ultime legislature e che è oggetto oggi, in questa legislatura, di alcune proposte di legge presentate, appunto, nell'attuale legislatura. La corte di cassazione quindi con la sua sentenza è intervenuta su una materia su cui i competenti organi delle camere sono da tempo impegnati in maniera approfondita al fine di pervenire ad un punto di equilibrio tra i diversi principi costituzionalmente coinvolti", nonché quello dell'on. Bottiglione, il quale ha osservato come "questa sentenza rappresenta un tentativo di influenzare il parlamento che si appresta a trattare il medesimo argomento. Una sentenza inevitabilmente finisce con l'influenzare il comportamento del parlamento in una direzione o in un'altra. E' un'evidente invasione" (sic!) (Camera dei deputati, resoconto stenografico dell'Assemblea, seduta n. 46 di giovedì 31 luglio 2008).

92. Come si legge nella parte del ricorso riportata tra virgolette dalla Corte costituzionale: «esistono, quindi, due modi contrapposti di considerare la persona e i suoi diritti inviolabili che conducono a leggere la decisione sulla interruzione della alimentazione o come causa del decesso o come manifestazione della libera determinazione della cessazione di un trattamento terapeutico inaccettabile in quanto sproporzionato e inutile».

ne fra norme costituzionali programmatiche e norme precettive ed il ritorno alla concezione di una Costituzione come documento politico rivolto al legislatore che deve darne attuazione e non anche come fonte del diritto immediatamente applicabile anche dall'autorità giudiziaria.

Altrettanto evidente risulta il contrasto con gli insegnamenti da tempo espressi dalla Corte costituzionale nei riguardi dell'attività interpretativa dei giudici e della necessità di una lettura costituzionalmente conforme della legge.

A parte tutto quanto precedentemente scritto, può essere utile richiamare la questione relativa alla possibilità, per il marito che avesse dato il consenso alla inseminazione eterologa della moglie, di procedere poi al disconoscimento di paternità, ai sensi dell'art. 235 cod. civ.

Anche in questo caso, come noto, da tempo il parlamento stava discutendo in ordine ad una disciplina della materia.

Il giudice *a quo*, seguendo *ante litteram* l'insegnamento che sembrerebbe emergere dal ricorso delle camere, aveva sollevato la questione di costituzionalità di tale disposizione, nella parte in cui, in assenza di una disciplina della inseminazione artificiale, non escludeva la sua applicabilità alla fattispecie.

La Corte, constatata “una situazione di carenza dell'attuale ordinamento, con implicazioni costituzionali”, procede all'individuazione dei principi costituzionali rilevanti in materia e conclude nel senso che “l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alle valutazioni del legislatore. *Tuttavia, nell'attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali*” (corsivo aggiunto)<sup>93</sup>.

La Corte costituzionale ha, come prevedibile ed auspicabile, risolto il conflitto sollevato dalle camere giudicandolo inammissibile, in sede deliberatoria, per assenza del requisito oggettivo<sup>94</sup>.

La Corte ha richiamato la propria giurisprudenza in ordine ai limiti entro i quali è consentito porre un provvedimento giurisdizionale ad oggetto di un con-

93. Corte cost. 26 settembre 1998, n. 347, Foro it., 1998, I, 3042.

94. Corte cost. 8 ottobre 2008, n. 334, Foro it., 2009, I, 35 e 983.

flitto, senza trasformare lo stesso in un "atipico mezzo di gravame avverso le pronunce dei giudici", escludendo che, nella specie, i provvedimenti giurisdizionali impugnati potessero qualificarsi come "meri schermi formali per esercitare, invece, funzioni di produzione normativa" e rilevando come al contrario i ricorrenti facessero in realtà valere soprattutto supposti *errores in iudicando*.

Il Giudice costituzionale conclude significativamente affermando che "la vicenda processuale che ha originato il presente giudizio non appare ancora esaurita, e che, d'altra parte, il parlamento può in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti".

Fintanto che ciò non avviene<sup>95</sup>, proseguiva la decisione della Corte sopra richiamata, "nell'attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali".

La Corte, dato il clima venutosi a creare sulla vicenda, è da ritenere che abbia pensato opportuno di non ribadire esplicitamente quest'ultimo concetto, anche se lo stesso credo possa (o debba) senz'altro ritenersi implicito nelle affermazioni con cui la Corte costituzionale ha dichiarato, *prima facie*, inammissibile il ricorso avanzato dalle camere.

Il saggio affronta il tema della espansione del diritto "culturale" a seguito della realizzazione dello stato costituzionale e del controllo di costituzionalità della legge, ad opera della Corte costituzionale e dei giudici comuni.

In particolare l'attività del Giudice costituzionale viene esaminata sia con riguardo alla diretta produzione di diritto (norme processuali, sentenze "manipolative"), sia alla verifica della costituzionalità di scelte discrezionali del legislatore (specie attraverso la tecnica del controllo di "ragionevolezza"), per concludere con valutazioni relative alla natura, politica o giurisdizionale, della Corte costituzionale.

Nella seconda parte viene evidenziato il ruolo complesso assegnato nello stato costituzionale al giudice comune a seguito, prima, della presenza di una

95. Talvolta il mancato intervento del legislatore potrebbe anche essere espressivo della volontà di lasciare per il momento la disciplina della materia "fluida" ed aperta quindi alle soluzioni derivanti dal diritto giurisprudenziale.

Costituzione rigida e della qualificazione della stessa quale fonte del diritto immediatamente applicabile e, dopo, della realizzazione dell'ordinamento comunitario, con il riconoscimento al giudice del potere di non applicare la legge in contrasto con la normativa comunitaria, per concludere con una riflessione circa i limiti che incontra il giudice nella sua attività di produzione di diritto giurisprudenziale e la legittimazione della stessa nel sistema costituzionale.

Parole chiave: Autorità giudiziaria/ Giudice comune; Controllo di costituzionalità delle leggi; Corte costituzionale; Costituzione; Diritti fondamentali; Diritto giurisprudenziale; Diritto politico; Fonti del diritto; Ordinamento comunitario; Stato costituzionale.

Autoridad judicial/ Juez común; Control de constitucionalidad de las leyes; Tribunal Constitucional; Constitución; Crisis de la ley; Derechos fundamentales; Derecho jurisprudencial; Derecho político; Fuentes del derecho; Ordenamiento comunitario; Estado constitucional.

Judiciary (power)/ ("common") Judge; Judicial review of legislation; Constitutional Court; Constitution; Statute crisis (?); Political right; Sources of law; UE legal order; Constitutional State.

# LAS FUENTES “AUTÓNOMAS” EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CASTELLANOMANCHEGO

Marcos Francisco Massó Garrote  
Profesor Titular de Derecho Constitucional  
Universidad de Castilla-La Mancha

## SUMARIO

- I. *Introducción: El modelo de estado autonómico configurado en la Constitución.*
- II. *El proceso de constitución de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.*
- III. *Las normas jurídicas del ordenamiento autonómico de Castilla-La Mancha.*
  - A. *El estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha como norma básica de la región. Su posición constitucional.*
  - B. *Las normas jurídicas autónomas de ordenamiento autonómico.*
    1. *El principio de reserva material de Ley.*
      - a. *Reservas de ley establecidas por la Constitución.*
      - b. *Reservas de ley establecidas por el Estatuto de Autonomía.*
    2. *Normas jurídicas con rango de ley autonómicas.*
      - a. *Las leyes autonómicas “ordinarias”.*
      - b. *Las leyes autonómicas “especiales”.*
      - c. *El Decreto-Legislativo autonómico.*
      - d. *El Decreto-Ley autonómico.*
    3. *Normas jurídicas sin rango de ley: los Reglamentos Autónomos.*

## ***1. Introducción: El modelo de estado autonómico configurado en la Constitución***

En los treinta y un años de vigencia de la Constitución se han ido consolidando las Comunidades Autónomas como diseño de nuestra estructura territorial del Estado. No podemos decir lo mismo en cambio del Estado Autonómico, si lo entendemos como un sistema político global. Se puede afirmar que las Comunidades Autónomas han generado un grado de aceptación de los ciudadanos que ha desarrollado un aparato administrativo, normativo y político que ha satisfecho mayoritariamente los intereses de los ciudadanos como así demuestran todas nuestras encuestas. Cuestión distinta son las relaciones y la articulación de un modelo de estado que presenta aún graves deficiencias especialmente por la debilidad y ausencia en las relaciones intergubernamentales.

Nuestra Constitución, basándose en el principio de autonomía territorial o descentralización y buscando, ante todo, respuestas al problema de los regionalismos, crea una nuevas entidades territoriales llamadas Comunidades Autónomas, a las cuales, además de otorgarle autonomía para la gestión de sus propios intereses, se les dota de la facultad de poder dictar normas jurídicas con rango de ley.

La primera cuestión que se nos plantea es el de caracterizar este nuevo modelo de Estado<sup>1</sup> que se instaura en 1978 con la Constitución, intentando descubrir si es o no encuadrable en cualquiera de las categorías conocidas y más usuales de Estado Federal o Bundesland (Alemania) o Estado regional (Italia).

Lo primero que hemos de destacar es que lo que va a singularizar al Estado autonómico respecto del federal y regional es que la Constitución no enumera las CCAA que la componen, ni se establece un reparto igualitario de las competencias, ni todas las CCAA se constituyen simultáneamente. En efecto, a diferencia de lo que ocurre en las Constituciones federales o regionales, falta en la nuestra una enumeración de las CCAA, un diseño del mapa político, lo cual es sustituido por la regulación de un procedimiento, conforme al cual las provincias se convierten en los sujetos decisorios del número y extensión territorial de

1. Este nuevo modelo de Estado fue bautizado por Sánchez Agesta como Estado de la Autonomías. Nombre que parece haber sido aceptado unánimemente por la generalidad de la doctrina. Sobre dicha cuestión puede consultarse ampliamente entre otros el libro de González Encinar, J.J., *El Estado Unitario federal*, Tecnos, 1985, López Aguilar, J.F., *Estado Autonómico y hechos diferenciales*, Madrid, CEPC, 1998, Aja, E. *El Estado Autonómico*, Alianza Editorial, págs. 41 y ss

las CCAA. En los sistemas federales y regionales, como norma general, todas las federaciones o regiones poseen las mismas competencias, dejando a salvo de las especialidades que puedan establecerse y que han de estar previstas en el propio texto constitucional. En cambio, en nuestro sistema de autonomías, la Constitución no establece ninguna lista de competencias para las CCAA, sino que son los art. 148 y 149 de la CE los que constituyen un marco abierto para que sean las propias CCAA a través de sus estatutos las que establezcan sus competencias. Resultado de esta remisión a los Estatutos de Autonomía –en adelante EA– es la permisión constitucional de una desigual atribución de competencias entre las diversas CCAA, desigualdad que deriva de este peculiar sistema de “sírvese usted mismo” las competencias dentro de la “carta” constitucional. Por último, tanto en los Estados federales como en los regionales, el nacimiento de las federaciones y las regiones se hace de forma simultánea. En cambio, no ha sucedido así en nuestro Estado de las Autonomías toda vez que la Constitución ha consagrado distintas vías y distintos momentos de acceso a la misma, compatibilizando, durante un período de tiempo indefinido, un sistema de centralización sobre parte del territorio con otro de descentralización sobre el restante<sup>2</sup>.

Conviene por ello señalar lo que en resumen constituye los principales caracteres de este modelo de Estado establecido por la Constitución de 1978.

1. El Estado español se constituye como Estado autonómico con una vocación histórica que reconoce el derecho a la autonomía de las nacionalidades culturales y las regiones que contribuyeron a su formación en el decurso de los siglos. No se establece en España una nueva estructura por un puro acto de voluntad, sino que asume su historia, es por ello por lo que reconoce –y no constituye– a las nacionalidades y regiones por un acto de soberanía actual.

2. La unidad del Estado español es indivisible e indisoluble, como dice con reiteración el art. 2. Esta afirmación tiene también una importante consecuencia: la negación del derecho de autodeterminación.

3. El Estado autonómico presupone una distribución territorial del poder, pero ésta no se ha hecho con un pacto entre entidades preexistentes, sino por un acto de soberanía en ejercicio del poder constituyente de la Nación española.

2. Sobre la evolución general del Estado Autonómico véase el artículo de Tomás y valiente, F, “La primera fase de construcción del Estado Autonómico” págs. 45 a 68 y de Lopez Guerra, L., “La segunda fase de construcción del Estado de las Autonomías”, págs. 69 a 80 en la *Revista Vasca de Administración Pública*, 1993, núm. 36.

4. Se reconoce la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos, ordenamientos que son reconocidos por el Estado como parte integrante de su propio ordenamiento jurídico según lo dispuesto en el art. 147 de la CE.

5. La definición de las autonomías como fórmula de descentralización del poder, está compensada por la cooperación entre ellas y la solidaridad, que supone la existencia de un bien público o un interés común de todos los españoles (art. 2 CE).

El término más utilizado en la Constitución es el término **autonomía**, es sin duda una de las expresiones estrellas de la Constitución, como no podría ser de otra manera, habida cuenta de que, aplicada a unos nuevos entes territoriales –las Comunidades Autónomas–, se va a convertir en el concepto que va a permitir el paso de un Estado centralizado a un Estado descentralizado. Tampoco el término “autonomía” es utilizado con un solo significado, sino que se trata de un término polisémico, cuyo sentido, cuyo significado, varía según el tipo de órgano o ente respecto al cual se aplica. Efectivamente, el término autonomía se emplea o se predica respecto de entes y órganos distintos. Así, por ejemplo, en el art. 27.10 de la Constitución se emplea respecto de las universidades, reconociéndose la autonomía universitaria; en el artículo 72.1 se califica como de autónoma la potestad de cada una de las Cámaras de aprobación de sus Reglamentos; en el artículo 137 se predica tanto de las Comunidades Autónomas, como de los municipios y provincias, reconociéndosela a todos ellos; en el artículo 140 se la refiere a los municipios en exclusiva; en el 141.2 se emplea para calificar a la Administración de las provincias; en los artículos 2, 143, 144, 147, 156, y otros..., en fin, se aplica con referencia exclusiva a las Comunidades Autónomas. Pues bien, el término autonomía tiene diverso significado dependiendo de cuál sea el ente u órgano al que se refiere. Dicho de otro modo, no es la misma autonomía la que se predica de las Universidades que la que se predica de las Comunidades Autónomas o de los municipios y provincias, o la que se predica de las Cámaras legislativas. En todo caso, el concepto de autonomía es contrario, como puso de relieve el Prof. Santi Romano, al concepto de soberanía. La autonomía sólo puede existir en el seno de un estado soberano<sup>3</sup>. Para no extender más esta clarificación terminológica, la autonomía de las Comunidades Autónomas, que puede ser definida como el haz o conjunto de potestades, y la situación jurídica derivada de dicha titularidad, atribuidos a determinados entes territoriales que incluye la potestad normativa superior, esto es, la potestad para dictar normas con rango de ley, en el seno de un Ordenamiento Jurídico más amplio en el que se inscribe. No hay autonomía sin autogobierno de acuerdo con el

3. Véase por todos el excelente libro al respecto de Solozábal Echavarría, J.J., *Las bases Constitucionales del Estado Autonomico*, Ed. Mc. Graw Hill, 1998, págs. 91 a 108.

artículo 143.1 de la CE. El concepto de autonomía al que hace referencia la Constitución no solo va a consistir en la potestad de autorganización de los distintos entes territoriales, sino también, en la posibilidad de dotarse de un completo ordenamiento jurídico que incluya la potestad normativa superior, la potestad legislativa.

## ***II. El proceso de constitución de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha***

De los diversos procedimientos diseñados por la Constitución para el acceso a la autonomía, los susceptibles de ser utilizados por los territorios que a la postre constituirían la Comunidad de Castilla-La Mancha eran, por un lado, el previsto en el artículo 151, y, por otro, el previsto en el artículo 143.2 en combinación con el 146.

La diferencia entre seguir uno u otro procedimiento radicaba en el distinto nivel competencial que la Comunidad Autónoma podía asumir en el momento mismo de constituirse en Comunidad Autónoma mediante la aprobación de su correspondiente Estatuto de Autonomía:

Los territorios que se constituyesen en Comunidad Autónoma mediante el procedimiento previsto en el art. 151 podían asumir, desde el momento mismo de constituirse en tal, es decir desde el momento de la aprobación de su Estatuto, cualesquiera competencias no reservadas en exclusiva al Estado.

Los territorios que se constituyesen en Comunidad Autónoma mediante el procedimiento previsto en el art. 143 sólo podían asumir, en el momento de constituirse en Comunidad Autónoma mediante la aprobación de su Estatuto, todas o algunas de las competencias establecidas en el artículo 148, y sólo transcurridos cinco años y mediante la reforma de su Estatuto podrían acceder al techo competencial máximo.

Lógicamente, los procedimientos diseñados en los artículos 151 y 143.2-146 eran distintos. Mucho más complejo el previsto en el art. 151, por cuanto que a través se podían asumir en el momento mismo de constituirse en Comunidad Autónoma más competencias que aquella que se podían asumir de seguirse el previsto en el 143.

Los territorios que a la postre constituirían la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha apostaron por el procedimiento previsto en los artículos

143-146. Ciertamente es que podrían haber optado por el previsto en el artículo 151, sobre todo teniendo en cuenta la “flexibilización” que de los requisitos establecidos en la Constitución se consiguió con la interpretación que de los mismos se realizó por las leyes orgánicas reguladoras del preceptivo referéndum.

Efectivamente, el proceso autonómico comienza con el pronunciamiento de las cinco Diputaciones Provinciales (Albacete, Ciudad Real, Cuenca, Guadalajara y Toledo) de 24 de noviembre de 1980. Ha de hacerse notar que, a pesar de que los territorios de la actual Castilla-La Mancha contaban con un régimen preautonómico desde el Real Decreto-Ley 32/1978, de 31 de octubre, no se utilizó la posibilidad prevista en la Disposición Transitoria Primera de la Constitución, que permitía “a los territorios que contasen con un régimen preautonómico y que se constituyesen por el procedimiento previsto en el artículo 143, sustituir la iniciativa que el número 2 del artículo 143 atribuía a las Diputaciones Provinciales por el acuerdo del órgano colegiado superior del régimen provisional de autonomía adoptado por mayoría absoluta”.

Tras los pronunciamientos de las Diputaciones Provinciales, restaba que las dos terceras partes de los municipios cuya población representase al menos la mayoría del censo electoral de cada provincia, se mostraran a favor de dicha iniciativa autonómica. Este trámite se consiguió de una manera suficiente. Nada dice la Constitución acerca de qué mayoría era la necesaria para que los ayuntamientos adoptasen tal acuerdo, de donde ha de entenderse que en virtud del principio democrático, bastaba la mayoría simple de los votos en el pleno.

No llegaron a producirse, en este momento de adopción de la iniciativa del proceso autonómico, problemas derivados del plazo establecido por la Constitución en el apartado 3 del artículo 143, es decir, de la obligación de que los trámites relativos a la iniciativa autonómica deberían cumplirse en el plazo de seis meses desde la adopción del primer acuerdo adoptado al respecto por cualquiera de las Corporaciones Locales interesadas. Problemas que pudieron haberse presentado por una hipotética actitud de alguna Corporación Local boicoteadora del proceso autonómico. Obtenidos los acuerdos de los municipios, y conforme a lo previsto en el artículo 146, se procedió a la elaboración del proyecto de Estatuto, cuya redacción correspondía a una Asamblea de los diputados y senadores estatales y diputados provinciales.

La asamblea de diputados y senadores estatales y diputados provinciales aprobaron en Alarcón (Cuenca), el 3 de diciembre de 1981, el Proyecto de Estatuto de

Autonomía de Castilla-La Mancha. Nada dice la Constitución acerca de qué mayoría habría de obtener el proyecto de Estatuto para su aprobación por la Asamblea. A falta de previsión específica, entendemos que bastaba la mayoría simple de los votos de los miembros de la Asamblea. Aprobado este proyecto de Estatuto, y conforme al artículo 146, fue elevado a las Cortes Generales para su tramitación como ley. Además, en virtud de lo establecido en el artículo 81.1, su tramitación habría de hacerse conforme a la tramitación de las Leyes Orgánicas. Cuestión de especial trascendencia es la relativa a la capacidad que las Cortes Generales tenían de modificar el proyecto remitido por la Asamblea que lo aprobó. Y en este sentido, estimo que son dos las ideas o principios sobre los que inspirarse:

La posibilidad de modificación debe reconocerse a las Cortes Generales si no se quiere que su intervención resulte superflua, o de mera comprobación de que no se rebasan los límites constitucionales.

Que reconociendo, como reconocemos, que las Cortes Generales tenían efectivamente una potestad de modificación del proyecto de Estatuto elaborado por la Asamblea, entendemos que esta potestad tenía sus límites. Dicho de otra forma, existía y existe un contenido mínimo de autonomía, constitucionalmente reconocido a los territorios que pretendían su autonomía no susceptible de ser restringido por las Cortes Generales.

La cuestión se cifra en determinar qué es lo que integra este contenido, y por tanto, qué es lo susceptible de ser modificado por las Cortes Generales. Otra cuestión inmediatamente conectada con la anterior será la de exponer los medios de los que disponen las CC. AA. Para denunciar una eventual extralimitación de las Cortes Generales en su potestad de modificar el proyecto. No es este, por motivos de concreción, el lugar para abordar tan interesante cuestión, sin embargo, a efectos de una eventual reforma estatutaria como la que se encuentra en estos momentos en las Cortes Generales conviene precisar que resulta fuera del alcance de la potestad modificativa de las Cortes Generales la esencia misma de la autonomía, esto es, el reconocimiento de potestades normativas sobre una serie de materias. Si la Asamblea que redactó el Proyecto optó por dotar a la Comunidad Autónoma de Asamblea Legislativa y, por tanto, de potestad legislativa, no podrán las Cortes Generales eliminarla del proyecto original o de eventuales reformas o intervenciones; tampoco podrán sustraer a las Comunidades Autónomas de las competencias que dentro del marco constitucional son susceptibles de ser asumidas, así como tampoco podrá darles las no pedidas en el proyecto<sup>4</sup>. Sí que podrán entiendo, ejercer su potestad modificativa sobre

aspectos de menor calado político, como pudieran ser el lugar de la sede de las instituciones de autogobierno, pero para ello no bastaría una retórica invocación a un interés general, sino que habría de fundamentarse jurídicamente de forma que eliminara todo sesgo de la idea de capricho u oportunidad. En relación a los medios de defensa que frente a una eventual extralimitación de los poderes de modificación del proyecto de Estatuto por las Cortes Generales tendrían las Comunidades Autónomas entiendo que el cauce idóneo es el recurso de inconstitucionalidad, sin perjuicio de utilizar otros procedimientos ante el Tribunal Constitucional.

El proyecto aprobado por la Asamblea fue, como no podía ser de otra manera, tramitado como proyecto de ley orgánica, resultando definitivamente aprobada como tal ley orgánica el 10 de agosto de 1982, constituyendo la LO 9/1982, del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha<sup>5</sup>.

### ***III. Las normas jurídicas del ordenamiento autonómico de Castilla-La Mancha***

Antes de comenzar a hacer referencia a las Fuentes del Derecho Castellano-Manchego, conviene hacer dos advertencias previas. La primera, por considerarlo que induce a la confusión, habida cuenta de la pluralidad de significados con que es empleado por doctrina y jurisprudencia, el concepto “fuentes de derecho” y su distinción del más simple y claro de “normas jurídicas”. De esta manera no parece oportuno restringir el concepto Ordenamiento Jurídico de Castilla-La Mancha al conjunto de normas jurídicas dictadas por los órganos autonómicos, es decir, dictadas por las Cortes de Castilla-La Mancha o la Administración Regional. El Ordenamiento Jurídico de Castilla-La Mancha está constituido, a nuestro entender, no sólo por aquellas normas jurídicas dictadas por los órganos autonómicos, en uso o en ejercicio de su autonomía, sino también por todas aquellas normas jurídicas que otorgan autonomía a dicho ente territorial y que le

4. Como establece el profesor Solozábal, la Autonomía tiene una dimensión institucional o aparential, un momento estático si se quiere: la disposición de una organización política propia; pero autonomía es antes que nada ejercicio del propio autogobierno, esto es, actuación del poder político que las habilitaciones competenciales estatutarias hacen posible, Solozábal Echavarría, J.J., op. cit. pág.146.

5. El Estatuto ha sido modificado en tres ocasiones:

-La practicada por la LO 6/1991, de 31 de marzo, por la que se reforma el art. 10.2 del Estatuto.

-La practicada por la LO 7/1991, de 24 de marzo, por la que se reforman los artículos 31, 32, 33, 35 y 37 del Estatuto.

- Y, por último, la practicada por la LO 3/1997, de 3 de julio, por la que se reforman los artículos 1.1, 2.1, 9.2.e), 10, 11.3, 13, 14.2, 15, 20, 21, 22, 31, 32, 33, 37, 39.3, 39.4, y Disposición Adicional Tercera.

atribuyen competencia. Así entendido, podemos hablar de dos tipos básicos de normas que integran el Ordenamiento Jurídico de Castilla-La Mancha:

**Las normas heterónomas**, que serían aquellas dictadas por órganos distintos de los propiamente autonómicos, es decir dictadas por órganos distintos de las Cortes de Castilla-La Mancha, o de los órganos que integran la Administración Regional con el Consejo de Gobierno de Castilla-La Mancha a la cabeza.

Dentro de este grupo, nos encontramos con los siguientes tipos de normas: La Constitución, El Estatuto de Autonomía, Las leyes básicas, Las leyes marco, Las leyes de transferencia o delegación, Las leyes de armonización.

**Y las normas autónomas** (por contradicción a las heterónomas), que serían aquellas dictadas por los órganos autonómicos, los más importantes de los mismos fueron creados precisamente una concreta norma heterónoma: el Estatuto de Autonomía. Dentro de este grupo, nos encontramos con los siguientes tipos fundamentales de normas:

- Las normas autónomas con rango de Ley, dentro de las cuales tenemos:  
Las Leyes autonómicas.  
Las leyes autonómicas especiales.  
El Decreto Legislativo autonómico.

- Y las normas autónomas sin rango de ley: Los Reglamentos autonómicos. Nuestro trabajo, por razones objetivas y de delimitación tiene por fin exponer estas últimas.

#### **A. El estatuto de autonomía de Castilla-La Mancha como norma básica de la región. Su posición constitucional**

La autonomía se ha considerado en la CE como un derecho (art. 2) y el sistema autonómico en sí mismo el resultado final del ejercicio de ese derecho.

Los Estatutos de autonomía son los instrumentos claves para pasar de la posibilidad formal a la realidad autonómica concreta. Se ha discutido si los Estatutos son normas del Estado o normas autonómicas ellas mismas<sup>6</sup>. Son las dos cosas,

6. Resulta acertada a nuestro juicio la calificación del profesor Solozábal del Estatuto de Autonomía como norma cuasi constitucional en el ordenamiento territorial y en el Derecho de Estado. Solozábal Echavarría, J. J. op. cit. pág.137. Los Estatutos de Autonomía son la garantía Constitucional de la Autonomía, son las Constituciones autonómicas, Aja, Eliseo, op. cit. pág. 81. Aguado Renedo, C., *El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, Madrid, CEC, 1996, págs.324 y ss.

dado su origen, su aprobación y su posición respecto a la Constitución. Son expresión del principio autonómico en cuanto que su formación comenzó con una “iniciativa autonómica”, continuó con una elaboración formulada por las representaciones del territorio en cuestión. Igualmente el principio autonómico presente en los Estatutos se hace visible en la técnica de la rigidez de que, una vez aprobados, les dota la Constitución, puesto que su modificación requerirá un consentimiento de las representaciones del respectivo territorio.

Pero se trata de una norma estatal, y así lo precisa el 147.1 CE: “...*los Estatutos serán la norma institucional básica de cada comunidad autónoma y el Estado los reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico*”. Ello es manifiesto, puesto que el Estatuto, con independencia de su proceso de formación, es una LO de las Cortes generales.

El Estatuto especifica el marco de la Constitución respecto de cada autonomía en particular, con lo que el ordenamiento autonómico respectivo ha de encontrar en su Estatuto su norma suprema, para ser más exactos, aunque la norma suprema de cada autonomía está constituida por la Constitución y por su Estatuto propio simultáneamente, Estatuto que especifica el marco constitucional.

El Estatuto no es un orbe cerrado en sí mismo, que ultima toda la organización y competencias de la CCAA, esto es, una especie de pequeña Constitución propia de ésta. Aunque a veces se pretende en la polémica política, no es cierto que los Estatutos de Autonomía tengan rango constitucional.

Así, el TC en STC de 4 de mayo de 1982, ha dicho que: “*No es admisible la idea de que, una vez promulgado el Estatuto de Autonomía, sea el texto de éste el que únicamente debe ser tenido en cuenta para realizar la labor interpretativa que exige la delimitación competencial. Si se procediese así se estaría desconociendo el principio de supremacía de la CE sobre el resto del ordenamiento jurídico, del que los Estatutos de Autonomía forman parte como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma que el Estado reconoce y ampara como parte integrante de su ordenamiento jurídico*”<sup>7</sup>.

La CE ha exigido el complemento de un Estatuto que se aprueba como Ley Orgánica, para que cada comunidad autónoma se constituya como tal y asuma su

7. Véase ampliamente sobre la posición del TC el trabajo del Cruz Villalón P., “La jurisprudencia del TC sobre autonomías territoriales”, en *Estudios sobre la Constitución Española*, vol. IV, Madrid, Civitas, 1991.

conjunto de competencias autonómicas; pero no admite que una vez sea aprobado éste pueda ser sustituido indefinidamente por ulteriores leyes orgánicas, por el contrario, la CE dota a los Estatutos una vez aprobados, de una superrigidez cualificada que implica por lo pronto la exigencia de unos quórum reforzados para su reforma. Las Cortes Generales no son jurídicamente competentes para reformar, modificar o derogar por sí solas un Estatuto, como lo son, sin embargo, para modificar o derogar una ley orgánica sobre cualquier otra materia. De hecho, la única vía para reformar los Estatutos, fuera de los específicos procedimientos de reforma de cada uno de ellos, es la de la propia reforma constitucional<sup>8</sup>.

Por tanto, queda instituida una superioridad normativa o de rango de dichos Estatutos sobre las leyes de cualquier procedencia: del Estado o de las CCAA y, en el primer caso, tanto de leyes orgánicas como de ordinarias como sobre las orgánicas o de armonización.

¿Es esto una verdadera superioridad de rango de los Estatutos sobre las leyes? Todo el orden de las fuentes normativas deriva de la CE, y en este sentido cualquier infracción de ese orden tiene el significado último de una inconstitucionalidad, pero ello no obliga a dilucidar el mecanismo de relación internormativa precisamente desde esa perspectiva. Esa inmunidad de los Estatutos a las leyes formales de cualquier carácter y condición, salvo las previstas para modificar los Estatutos, deben calificarse como el correlativo a una verdadera superioridad de rango de dichos Estatutos.

Sin embargo, Pérez Royo<sup>9</sup> sostiene que el Estatuto de Autonomía es Ley Orgánica sólo desde el punto de vista formal. En todo lo demás, según dicho autor, existen diferencias:

a) En el caso de las CCAA ordinarias, *“aquí no hay sólo iniciativa legislativa, sino que se inicia el proceso autonómico en su globalidad”*.

b) Respecto de las CCAA especiales, el Proyecto de Estatuto tiene que ser sometido a referéndum, con lo cual la voluntad de las Cortes Generales tiene que ser aceptada por la CCAA.

c) Porque el contenido del Estatuto de Autonomía, a diferencia de lo que ocurre con las demás leyes orgánicas, está predeterminado en los arts. 147 y 152 CE.

d) Porque respecto de los Estatutos de Autonomía se utiliza el término “refor-

8. Aja. E. op. cit. pág. 82.

9. Pérez Royo, J., *Las fuentes del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, y Leguina Villa, J., *Escritos sobre Autonomías Territoriales*, Ed. Tecnos, 1995, pág. 31.

ma”, próximo al campo constitucional. Para las demás leyes orgánicas se habla de modificación o derogación.

e) Porque, con los Estatutos de Autonomía, no es que el legislador transfiera o delegue competencias, sino que las CCAA asumen competencias.

Pérez Royo concluye diciendo que “los Estatutos de Autonomía” son fruto de la voluntad del Estado y de las CCAA.

El 147.2.d) de la Constitución dice que los Estatutos contendrán las competencias asumidas por las CCAA dentro del marco establecido por la Constitución.

La CE se abstiene de fijar las competencias que corresponden a las CCAA y se remite a los Estatutos de Autonomía, de tal manera que éste es el instrumento normativo fundamental a través del cual asume competencias cada CCAA. Los Estatutos, como ya vimos, están subordinados a la CE. El propio 147.2 d) dice que asumirán competencias “dentro del marco establecido en la Constitución”, y así lo ha dicho la STC 4 de mayo de 1982: “Para determinar si una materia es competencia del Estado o de la CCAA, o si existe un régimen de concurrencia, resulta decisivo el texto del Estatuto. Pero esto no debe llevar a la conclusión de que sea el Estatuto de Autonomía el que únicamente deba ser tenido en cuenta a la hora de realizar la labor interpretativa que exige la delimitación de competencias. Si se operase así se estaría desconociendo la supremacía de la CE sobre el resto del ordenamiento jurídico, del que forman parte los Estatutos como norma institucional básica de a CCAA que el Estado reconoce y ampara como parte integrante de su ordenamiento jurídico”.

El Estatuto de Autonomía debe ser interpretado de conformidad con la CE, de tal manera que los marcos competenciales que la CE establece, no agotan su virtualidad en el momento de la aprobación de los Estatutos, sino que continúan siendo preceptos operativos a la hora de interpretar el Estatuto a través del cual asumen las competencias.

El Estatuto de Autonomía, aprobado por las Cortes Generales mediante la LO 9/1982 de 10 de agosto de 1982, es la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Tiene dos características básicas:

1º. Que es la norma que hacer surgir a la Comunidad Autónoma como ente territorial nuevo.

2ª. Es la norma que contiene la medida y calidad de los poderes que asume dicha entidad territorial nueva y el ámbito material sobre el que se despliegan, así como los órganos que lo detentan.

En cuanto a la naturaleza jurídica del Estatuto, entendemos que se trata de una norma estatal (por ser aprobada por las Cortes Generales), pero que, precisamente por crear y dotar de contenido al nuevo ente territorial, tiene una evidente importancia en el orden jurídico autonómico, manifestada en su posición jurídica frente a las normas autonómicas. En cuanto a la posición que ocupa el Estatuto de Autonomía en el Ordenamiento Jurídico es la siguiente: En relación con la Constitución, está en relación de dependencia jerárquica, como cualquier otra norma jurídica. En relación a la totalidad de las normas producidas por los poderes normativos autonómicos, está en relación de superioridad jerárquica: ninguna norma producida por los poderes normativos autonómicos puede contradecirlo<sup>10</sup>.

### **B. Las Normas jurídicas autónomas del Ordenamiento Autonómico**

Veamos pues ahora las que denominamos normas jurídicas autónomas del Ordenamiento Jurídico Autonómico de Castilla-La Mancha, es decir, normas producidas por órganos de nuestra propia Comunidad, por los órganos creados por el Estatuto de Autonomía.

En este sentido, conviene distinguir entre las normas autónomas con rango de ley y las normas autónomas sin rango de ley. Pero antes de entrar a describir brevemente éstas, entiendo que es conveniente hacer alguna reflexión acerca del principio de reserva de ley y su vinculación al fenómeno autonómico.

#### *1. El principio de reserva material de ley*

Definiremos este principio como aquel en cuya virtud necesariamente determinadas materias han de ser reguladas por norma con rango de ley. Las únicas normas en las que pueden establecerse auténticas reservas materiales de ley son la Constitución y el Estatuto de Autonomía. Cosa distinta es el llamado principio de reserva formal de ley, o principio de congelación de rango, que no es sino una manifestación de los principios de jerarquía y de sucesión cronológica, según el cual para la derogación de una norma es precisa otra norma posterior del mismo rango y del mismo tipo.

10. Véase ampliamente la posición del Estatuto y Constitución en el trabajo de Muñoz Machado, S., "El mito del Estatuto-Constitución" en la obra colectiva sobre *la Reforma del Estado Autonómico*, Ed. CEPC, Madrid, 2005, págs. 70 y ss.

Hemos de distinguir dos tipos de reservas materiales de ley que tienen decisiva influencia en el fenómeno autonómico:

Las reservas de ley establecidas en la Constitución.

Las reservas de ley establecidas en los Estatutos de Autonomía.

a. Las reservas de ley establecidas por la Constitución:

Como hemos dicho, la Constitución realiza una serie de reservas materiales a la ley, o mejor dicho, a la norma con rango de ley. Pues bien, las hay de dos tipos, existen unas reservas que van dirigidas genéricamente a la norma con rango de ley, en tanto que hay otras que están dirigidas a un concreto tipo de norma con rango de ley: al Estatuto de Autonomía.

- Materias reservadas genéricamente a la norma con rango de ley.

La Constitución efectivamente reserva una gran cantidad de materias a la norma de rango de ley. Recuérdese, en este sentido, la cláusula general de reserva de ley establecida en el artículo 53.1 de la Constitución. Muchas de estas materias reservadas por la Constitución, a su vez, son susceptibles de ser asumidas por las Comunidades Autónomas. Pues bien, de ser efectivamente asumidas, la Comunidad Autónoma, al regular dicha materia, ha de –por imperio constitucional– sujetarse a dicha reserva, y proceder a su regulación por norma con rango de ley.

- Materias reservadas al Estatuto de Autonomía.

Existen cuestiones o materias que la Constitución reserva a un concreto tipo de norma jurídica: al Estatuto de Autonomía, de manera que la regulación de las mismas sólo se podrá realizar en el Estatuto de Autonomía. Así, sería inconstitucional no sólo que dicha materia fuera regulada por norma sin rango de ley, sino también el que lo fuera por ley no orgánica, e incluso, que fuera regulada por norma orgánica, pero sin el carácter de Estatuto de Autonomía. Pues como sabemos, el Estatuto de Autonomía es un tipo muy concreto de ley orgánica. Los artículos constitucionales en que se realizan reservas de este tipo, al Estatuto de autonomía, son: el 145.2, el 147.2, el 147.3, el 152.1.2, y el 152.3.

b. Reservas de ley establecidas por el Estatuto de Autonomía.

Como ya hemos dicho, el Estatuto de Autonomía establece igualmente, que determinadas materias hayan de ser reguladas por normas con rango de ley.

Así sucede, por ejemplo, en los artículos 2.2, 5.3, 6, 7, 10.2, 10.4, 12.1, 13.2, 13.4, 29.2, 30.3, 30.4, 30.5, 43.2, 47.1, 47.4, y 49. Son, por tanto, hasta 17 mate-

rias, las que según el Estatuto de Autonomía han de ser reguladas por las Cortes de Castilla-La Mancha. El ámbito de esta reserva de ley efectuada por el Estatuto sólo podrá ser modificada, tanto en el sentido de ampliarla como de restringirla, mediante una reforma del Estatuto de Autonomía. Parece que el establecimiento de esas reservas a la ley autonómica por el Estatuto de Autonomía obedece al deseo de conseguir una distribución del poder entre los distintos órganos de la Comunidad Autónoma, más en concreto entre la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma (las Cortes de Castilla-La Mancha) y la Administración de la Junta de Comunidades. Con el establecimiento de estas reservas, se consiguen dos objetivos:

- que sean órganos directamente elegidos por la población de la Comunidad quienes regulen, al menos, los aspectos esenciales de dichas materias.

- otro efecto producido por el establecimiento de esta reserva consiste en asegurar un debate público y político durante el procedimiento para su regulación en las Cortes de Castilla-La Mancha. Se asegura que las distintas fuerzas políticas representadas en dichas Cortes puedan hacer oír su opinión públicamente.

Ahora bien, el establecimiento de esta reserva no veda la posibilidad de que el reglamento autonómico regule aspectos relativos a dicha materia. Pero aquí no queda lo relativo a las reservas que realiza la norma institucional básica de la Comunidad a las normas con rango de ley. Pues ha de tenerse en cuenta que el Estatuto también reserva determinadas materias a una muy específica norma con rango de ley: al Reglamento de la Asamblea Legislativa. Así lo hace en concreto en los artículos 11.3, 11.4, 11.5, 11.6, 11.7 y 21.6.

## 2. *Las normas con rango de ley autonómicas*

Dentro de esta categoría, a su vez, vamos a ver, distintos tipos. Empezaremos por la ley autonómica, en general. En este mismo apartado trataremos lo relativo al principio de reserva de ley. Continuaremos haciendo una referencia a las que denomino leyes autonómicas especiales. Posteriormente trataremos la figura del Decreto Legislativo autonómico y finalizaremos interrogándonos sobre la posible existencia en nuestro ordenamiento castellano-mancheo del decreto-ley autonómico.

### a. Las leyes autonómicas ordinarias

En este contexto de crisis del concepto tradicional de ley surge un nuevo tipo normativo: la ley autonómica. Por su *nomen iuris* cabe predicar de ella que se

trata de una ley. Es decir la ley autonómica no es más que la manifestación normativa de un sistema de producción legislativa plural, que encuentra su sustrato en un amplio proceso político constitucional de descentralización política. En lo que aquí nos interesa la Ley Autonómica es una fuente del Derecho que viene recogida como tal en las normas de producción del Derecho, en primer lugar mediante el reconocimiento genérico en la Constitución y en segundo lugar, de un modo más concreto, en las propias prescripciones que efectúan los Estatutos de Autonomía a esta categoría normativa<sup>11</sup>. Sin embargo, sorprende que en la propia Constitución no se recoja la expresión “Ley Autonómica”<sup>12</sup>. No obstante, tanto en el plano doctrinal como en la propia jurisprudencia se ha impuesto definitivamente el calificativo de leyes autonómicas, que responde fielmente a la naturaleza del Estado y a los productos normativos con rango de ley de las Comunidades Autónomas<sup>13</sup>. Con todo existe bastante coincidencia en calificar la ley estatal y ley autonómica como dos productos normativos de naturaleza básicamente idéntica<sup>14</sup>. Estas idea se fundamenta por un triple motivo: por el órgano de procedencia de ambos tipos de leyes y su conexión con el principio democrático<sup>15</sup>, en segundo lugar por las similitudes en el procedimiento de elaboración de ambos tipos de leyes<sup>16</sup>, y último lugar por lo señalado anteriormente, para satisfacer reservas de ley previstas en la Constitución y hacer efectiva la exigencia derivada del principio de legalidad en determinados ámbitos<sup>17</sup>. También porque ambos tipos de leyes son susceptibles de control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, coincidimos al respecto con el profesor Jiménez Asensio cuando califica la Ley Autonómica como una ley “materialmente diferente” a la ley estatal incluso en su perfección formal. Así la Ley autonómica no es objeto de sanción y promulgación como las leyes estatales. La promulgación en el caso de las leyes autonómicas la realiza el presidente de la Comunidad Autónoma en nombre del Rey. También existen diferencias

11. Leguina Villa, J., op. cit., págs.162 y ss. De referencia obligada por nuestra doctrina resulta el libro de Jiménez Asensio, R., *La Ley Autonómica en el Sistema Constitucional de Fuentes del Derecho*, pág. 31. Muñoz Machado, S., *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, Madrid, Civitas, 1979 y su otro trabajo sobre *Derecho Público de las Comunidades Autónomas, I y II*, Madrid, Civitas, 1982 y 1984.

12. Como muy bien recoge Jiménez Asensio, la simple referencia a un tipo específico de ley territorial, provocó respuestas muy dispares de algunos constituyentes que se manifestaron a través de enmiendas de muy diferente calado. Jiménez Asensio, R. op. cit., pág. 30.

13. Jiménez Asensio, R. op. cit., pág. 31

14. Por todos, Muñoz Machado, S., op. cit., pág. 389.

15. Como bien resume la doctrina en el trabajo de Aguado Renedo, C., op. cit., pág. 533.

16. Tal como expuso Ignacio de Otto, el procedimiento legislativo sigue cumpliendo una imprescindible función legitimadora de la ley precisamente por obra de los mecanismos de publicidad y discusión democráticas. De Otto, I, *Derecho Constitucional y Sistema de fuentes del Derechos*, Barcelona, Ariel, 1987, págs.102 y 103.

17. De Otto, I, op. cit., pág. 103.

importantes en relación con la posición desigual de la ley autonómica frente a la ley Estatal en los procesos constitucionales mediante el mecanismo de suspensión previa del TC de aquellas normas autonómicas impugnadas por el Gobierno recogida tanto en el artículo 161.2 de la CE como del artículo 30 de la LOTC<sup>18</sup>. Por estos motivos el autor califica a la ley autonómica como fuente del derecho “con forma debilitada de ley”<sup>19</sup>.

Dentro de las competencias que le son propias a la Comunidad de Castilla-La Mancha, la ley autonómica puede regular cualesquiera materias. No existe materia reservada al reglamento autonómico. La materia del reglamento autonómico será, precisamente, la que le deje en cada momento la ley. Dentro de esas materias propias de la Comunidad Autónoma, alguna de ellas, como ya hemos tenido ocasión, necesariamente han de ser objeto de regulación por ley. Las restantes pueden ser reguladas por norma reglamentaria, pero en el momento en el que la concreta materia es regulada por ley, y por efecto del principio de congelación del rango, sólo podrá ser modificada por otra norma del mismo rango y tipo. El procedimiento legislativo, para terminar, está regulado en los artículos del Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha.

#### b. Las leyes autonómicas especiales

Una cuestión especialmente singular es la relativa a la existencia de un tipo de leyes autonómicas que se separan del procedimiento previsto para la ley autonómica ordinaria en cuanto que para su aprobación se exige una mayoría cualificada. Nos referimos, más en concreto al supuesto previsto en el artículo 13.2, el cual establece que “... Las Cortes de Castilla-La Mancha, por mayoría de tres quintos de los miembros del Pleno de la Cámara, aprobarán una Ley del Gobierno y del Consejo Consultivo, en la que se incluirá la limitación de los mandatos del Presidente”. Y al supuesto previsto en el artículo 30.4, que dice: “La Junta de Comunidades podrá coordinar las actuaciones de las Diputaciones en materias de interés general para Castilla-La Mancha. La apreciación del interés general y las fórmulas de coordinación se establecerán por Ley de las Cortes por mayoría de tres quintos y en el marco de lo que disponga la legislación básica del Estado”.

Decimos que se trata de un tipo especial de ley autonómica por una doble razón:

18. Sobre éstas y otras diferencias formales y materiales entre Ley autonómica y Ley estatal, Jimenez Asencio, R., op. cit., págs. 55 y ss.

19. Jimenez Asencio, R. op. cit., pág. 57

1º. Porque requiere para su aprobación una mayoría cualificada. Apartándose así del principio general democrático según el cual la aprobación de las leyes requiere la mayoría simple de los votos.

2º. Porque esta norma está reservada para la regulación de materias concretas.

En definitiva, creemos que la naturaleza de este tipo especial de norma es muy similar a la que ofrece, por supuesto salvando las distancias, las normas orgánicas en el ámbito del Estado, que se caracterizan igualmente por ser un tipo normativo reservado para la regulación de determinadas materia y por requerir para su aprobación una mayoría cualificada. Entendemos, igualmente, que habrá de reputarse inconstitucional aquella norma que regulando materia reservada para estas leyes, no se apruebe con la mayoría requerida; y que igualmente lo sería el que materia no reservada a este tipo especial de ley se regulase dentro de una ley, que por estar reservada a determinada materia, se aprobase con esta mayoría especial.

c. Los Decretos Legislativos autonómicos

Dice el artículo 9.2 del Estatuto de Autonomía:

“Compete a las Cortes de Castilla-La Mancha:

Ejercer la potestad legislativa de la Región; las Cortes de Castilla-La Mancha sólo podrán delegar esta potestad en el Consejo de Gobierno, en los términos que establecen los artículos 82, 83 y 84 de la Constitución, para el supuesto de delegación legislativa de las Cortes Generales al Gobierno de la Nación y en el marco de lo establecido en el presente Estatuto”.

El decreto legislativo autonómico es, por tanto, una norma jurídica con rango de ley dictada por el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades en el ejercicio de una delegación de potestad legislativa realizada previamente por las Cortes de Castilla-La Mancha. Como vemos, el Estatuto de Autonomía sujeta, al remitirse expresamente a los artículos constitucionales que regulan esta materia, el ejercicio de esta delegación a los mismos límites con que la Constitución sujeta el ejercicio de esta delegación<sup>20</sup>.

20. Entre otros Duque, J.C., “Los Decretos Legislativos de las Comunidades Autónomas”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 7, 1985, Frixes, T., “La legislación delegada”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 28, 1990 y también el trabajo de Espin, E., “Separación de poderes, delegación legislativa y potestad reglamentaria en la Constitución Española”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 6.

No obstante, pensamos que siendo como es el Estatuto de Autonomía la norma institucional básica y siendo a ella a la que le corresponde la definición y distribución del poder político-normativo entre los diversos órganos que ella misma crea, podría muy bien haber creado un régimen diverso de delegación de potestades normativas de las Cortes de Castilla-La Mancha en el Consejo de Gobierno. Ha preferido sin embargo someter este fenómeno de delegación de potestad legislativa al mismo régimen que el establecido en la Constitución.

d. El Decreto Ley en el Ordenamiento Jurídico de Castilla-La Mancha. Una polémica figura

Sabemos que en el ámbito estatal, junto al decreto legislativo existe también otro tipo de norma con rango de ley dictada por el Gobierno: el Decreto Ley.

Se trata ahora de examinar si en el Ordenamiento Jurídico de Castilla-La Mancha existe igualmente la posibilidad de una figura análoga. Es decir, se trata de averiguar de si cabe la figura del decreto-ley castellano-mancheo. En relación a ello mi postura es que no pueden existir los Decretos Leyes castellano manchegos y ello por una razón muy simple, porque la norma institucional básica, la norma cuya principal finalidad –aparte de la dar existencia al propio ente territorial– es la de definir y distribuir el poder político-normativo en el seno del ente que crea, no establece tal posibilidad. En ningún artículo del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha encontramos, a diferencia de lo que ocurre con el decreto legislativo castellano manchego, referencia alguna a dicha posibilidad, ni directa ni indirecta. Entiendo que es más respetable con el principio general constitucional según el cual los poderes normativos excepcionales en que consiste la figura del decreto ley, la “forma aberrante de legislar” que supone la utilización del decreto ley exige una interpretación muy restrictiva y excepcional en cuanto a su admisión.

### *3. Las normas jurídicas sin rango de ley: Los Reglamentos autonómicos castellano-manchegos*

El Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha posee potestad normativa. Así lo establece expresamente el artículo 13.1 del Estatuto de Autonomía: “El Consejo de Gobierno, órgano ejecutivo colegiado de la Región, dirige la acción política y administrativa regional, ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria en el marco de la Constitución, del presente Estatuto, de las leyes del Estado y de las leyes regionales”.

El ámbito material del reglamento autonómico está determinado, en primer lugar, por la materia asumida por la Comunidad Autónoma en el Estatuto o atri-

buidas en otras normas estatales. No puede, pues, el Reglamento regular materia que no haya sido asumida o atribuida por el Estatuto u otras normas estatales (nos referimos a las leyes de delegación o transferencia, leyes marco).

En segundo lugar, el reglamento, dentro ya de estas materias asumidas o atribuidas, no puede, por la existencia del principio de reserva de ley, regular todas. La Constitución o bien el propio Estatuto de Autonomía han establecido que la regulación de una determinada materia ha de realizarse mediante norma con rango de ley, excluyendo así al reglamento de la posibilidad de incidir sobre esta materia.

Ha de subrayarse, por último, que el Reglamento castellano-manchego debe respetar la reserva formal de ley, lo cual no es sino una manifestación más del principio de superioridad o primacía de la ley frente al Reglamento. Por lo demás, ha de señalarse por último algo bastante obvio, y es la inexistencia de reserva reglamentaria, dicho de otra forma, no existe ninguna materia que esté reservada al Reglamento autonómico, por lo que cualquier materia (entiéndase, cualquier materia sobre la cual ostente competencia la Comunidad Autónoma) puede ser regulada por la ley autonómica, en el sentido de que no le está vedada ninguna materia, salvo, desde luego la materia reservada al Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha.

Por último, ha de destacarse que con el término “reglamento” estamos haciendo referencia a un conjunto de distintos tipos de normas dictadas por distintos órganos de la Administración autonómica, que están entre sí jerárquicamente ordenadas según el orden de la respectiva autoridad de la que proceden.

# LAS REFORMAS ESTATUTARIAS Y LAS DENOMINACIONES DE ORIGEN

Javier Guillem Carrau  
Doctor en Derecho  
Letrado de las Cortes Valencianas

## SUMARIO

- I. Introducción.*
- II. El reparto competencial y las recientes reformas estatutarias.*
- III. El reparto competencial en materia de denominaciones geográficas.*
- IV. Legislación vitivinícola autonómica.*
- V. Las reformas estatutarias y la competencia en materia de denominaciones geográficas.*
- VI. Márgenes de actuación normativa.*
  - VI.1. El carácter básico de la Ley del Vino.*
  - VI.2. La complejidad de las disposiciones autonómicas ante el Mercado interior.*
- VII. Conclusiones.*

## I. Introducción

Con el fin de analizar el posible impacto de las reformas estatutarias en el ámbito normativo del sector vitivinícola y de las denominaciones de origen, es de interés abordar el reparto competencial en la materia puesto que, a la vista de los cambios planteados en los textos estatutarios, los márgenes del legislador estatal y de los legisladores autonómicos pueden ser, de nuevo, objeto de revisión<sup>1</sup>.

1. Para la realización de este trabajo se ha consultado la siguiente bibliografía: Aja, E.: *El Estado autonómico. Federalismo y Hechos diferenciales*, Ciencias Sociales, Alianza Editorial, Madrid, 1999; Alvarez Conde, E.: “Algunas reflexiones sobre el modelo de Estado a la luz de las reformas estatutarias”, en *El Futuro del modelo de Estado*, IMAP, Madrid, 2007, págs. 27-44; Aragón, M.: “La construcción del Estado autonómico” en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 1, 2006, www.iustel.com, págs. 15-38; Bacigalupo Sagesse, M.: “Sinópsis del artículo 150 de la Constitución” disponible en <http://www.congreso.es/constitucion/constitucion/index/index.htm>; Balaguer Callejón, F.: *La reforma del Estatuto de Cataluña desde la perspectiva de la ordenación competencial. Un análisis de las líneas generales del título V de la propuesta de reforma*, MAP, 2005, y “Las cuestiones competenciales en los actuales procesos de reforma de los EA” en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 1, 2006, www.iustel.com, págs.39-53; Biglino Campos, P.: “Reforma de la Constitución, reforma de los Estatutos de Autonomía y configuración del Orden de Competencias” en *Revista de las Cortes Generales*, segundo cuatrimestre 2005, núm. 65, págs. 7-31; Botana Agra, Manuel: *Las Denominaciones de Origen. Tratado de Derecho Mercantil*, tomo XX, vol. 2º, Marcial Pons, Madrid, 2001 y “Artículo 30.1.4: Comercio exterior, defensa del consumidor y del usuario, sin perjuicio de la política general de precios y de la legislación sobre defensa de la competencia. Denominaciones de origen en colaboración con el Estado”, en *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Galicia*, Madrid, MAP, 1991; Casado Cerviño, Alberto: “Algunas reflexiones sobre el riesgo de fusión y de asociación entre marcas en el derecho español y comunitario”, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XXIII, Marcial Pons, 2002; Coello Martín, C.: “Apuntes sobre la relación corporativa de los inscritos en los registros de una DO” Proyecto de Investigación SEJ 2006-15130-CO2-02, Universidad de la Rioja, *Las Bases históricas y administrativas del Derecho Vitivinícola español*, IAAP, 2008 y “Vinos artificiales y vinos facticios. Algunos rasgos de la legislación vitivinícola española”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 28, junio 2006, págs. 37-83; Cruz Villalón, P.: “La reforma del Estado de las Autonomías” en *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 2, 2006, págs. 77-123; Embid Irujo, A.: “Balance del Estatuto de Autonomía de Aragón y aspiraciones de reforma” en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, VIII, Zaragoza, 2005, págs. 147-170; Embid Irujo, J.M.: “Las competencias económicas en el Estatuto” en *Comentarios al EACV* dir. Baño León, J.M., Thompson- Civitas, 2007, págs. 17-53; Fernández Farreres, G.: “El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la Jurisprudencia Constitucional: Cuestiones resueltas, problemas pendientes” en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 2, 1999, pág. 29; Galán Galán, A. : Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya. Dictamen núm. 245 de 22 de agosto de 2003, sobre la Ley del Vino estatal 24/2003, de 10 de julio, de la Viña y el Vino, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 4, dic 2003, disponible en iustel.com; Guillem Carrau, J.: “Nuevos roles de los Parlamentarios autonómicos en la integración europea tras las reformas estatutarias” en *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 20, 2009, págs. 119-155, “Anotaciones sobre la reforma del marco competencial del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana” en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 32, junio/julio 2008 y con Visiedo Mazón, F.: “El Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana ante el TC (Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional 247/2007 y 248/2008)”, *Revista Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 4, junio 2008; Largo Gil:

La cuestión del reparto de las competencias es, junto a la financiación autonómica, uno de los elementos claves del reciente proceso de reforma de los Estatutos de Autonomía. Esta afirmación pone de manifiesto la importancia que, desde el punto de vista jurídico y político, detenta en las sociedades democráticas avanzadas la posibilidad de desarrollar políticas públicas en los más diversos ámbitos normativos y sectoriales.

Actualmente, se ha iniciado un proceso de revisión de la normativa de calidad agroalimentaria a escala comunitaria<sup>2</sup>. Junto a ello, en algunos ámbitos territoriales, las denominaciones de origen se encuentran, además de los desafíos

*Las marcas de garantía*, Madrid, Civitas, 1993; Leach Ros, B.: “Las denominaciones de origen agroalimentarias”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 21, 2002, págs. 321-382; López Benitez, M.: “Competencias sobre denominaciones de origen y otras menciones de calidad” en *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Muñoz Machado, S. y Rebollo Puig, M. (dir), Thomsom- Civitas, 2008, págs. 823-836, *Del Estatuto del vino a las leyes del vino: un panorama actual y de futuro de la ordenación vitivinícola en España*, Civitas, Barcelona, 2004 y *Las Denominaciones de Origen*, CEDECS, Barcelona, 1996; López Ramón, F.: “Reflexiones sobre el procedimiento en la tercera reforma estatutaria” en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, VIII, Zaragoza, 2005, págs. 15-33; Maroño Gargallo, M<sup>a</sup>. M.: *La protección jurídica de las denominaciones de origen en los derechos español y comunitario*, Marcial Pons, Madrid, 2002; Martín Retortillo Baquer, L.: *La interconexión de los Ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Civitas, 2004; Muñoz Machado, S.: “Pactismo y soberanía en la organización territorial” en *El Futuro del modelo de Estado*, coord. por Alvarez Conde, IMAP, Madrid, 2007, págs. 13-27; Ortega L.: “Reforma constitucional y reforma estatutaria” en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, VIII, Zaragoza, 2005, págs. 37-94; Pemán Gavín, J. M<sup>a</sup>: “En torno a la reforma del Estatuto Aragonés: las posibilidades de una ampliación competencial” en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, VIII, Zaragoza, 2005, págs. 307-360; Portero Molina, J. A.: “Los retos del Estado de las Autonomías” en *Modelo de Estado y Reforma de los Estatutos*, dir. por Vicente Garrido Mayol, Fundación Profesor Manuel Broseta Pont, 2007, págs. 23-40; Roig Molés, E.: “La reforma del Estado de las Autonomías: ¿ruptura o consolidación del modelo constitucional de 1978?”, en *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 3, 2006, págs. 149-186; Sobrini Lacruz, J. I. y Arce Esteras, J. A.: “Denominaciones de origen” en *Derecho Público de Castilla y León*, Lexnova, 2007, págs. 769-798; Serrano-Suñer Hoyos, G. y González Botija, F.: *Comentarios a la Ley de la Viña y del Vino*, Civitas, Madrid, 2004; Tur Ausina, R.: “El sistema competencial valenciano tras la reforma estatutaria de 2006. Análisis al hilo de la reciente oleada de reformas estatutarias” en *Modelo de Estado y Reforma de los Estatutos*, dir. por Vicente Garrido Mayol, Fundación Profesor Manuel Broseta Pont, 2007, págs. 227; Vidal Martín, T.: “El fin de la guerra del vino entre las dos Castillas: la IG “Vino de la Tierra de Castilla y la STC 44/2007”, en *Parlamento y Constitución. Anuario, Año 2008*, págs. 285-293; Villar Palasi, J. L.: “Leyes Marco, Leyes Orgánicas de transferencia o delegación y Leyes de armonización: artículo 150” en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dirigidos por Óscar Alzaga Villamil, Madrid, Cortes Generales, 1996-1999, T. XI, págs. 321-355; Vives Pi i Sunyer, C.: “En defensa dels Estatuts d’Autonomia como a normes jurídiques delimitadores de competències. Contribució a una polèmica juridicoconstitucional” en *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 1, 2005, págs. 97-130.

2. *European Commission* (2008): *Green Paper on agricultural product quality: product standards, farming requirements and quality schemes*, COM (2008) 641 final, de 15.10.2008, págs. 4 y 6.

propios de todo signo distintivo en el tráfico jurídico-económico, con nuevos interrogantes ante las nuevas bases proporcionadas para la actividad legislativa de los Parlamentos autonómicos tras las reformas estatutarias.

## ***II. El reparto competencial y las recientes reformas estatutarias***

Caracterizado inicialmente por las notas de apertura y flexibilidad<sup>3</sup>, es conocido que el modelo de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas se delimita en los artículos 148, 149 y 150 de la Constitución<sup>4</sup>. Se configura pues un Estado políticamente descentralizado con un sistema de distribución territorial de competencias, que ha sido concretado por obra del Tribunal Constitucional, como pieza capital del sistema<sup>5</sup>.

El sistema de reparto de competencias se sostiene, pues, en el “principio de disponibilidad”, por el cual son las Comunidades Autónomas las llamadas a manifestar su voluntad de aumentar las cotas de poder a través de la asunción de competencias, ya sea a través de la reforma de su Estatuto vía Ley Orgánica, pero también a través de una Ley Orgánica del Estado de transferencia o delegación del art. 150.2 de la Constitución<sup>6</sup>.

3. Biglino Campos, P.: “*Reforma de la...*”, págs. 7 y ss.

4. Según Aja, la Constitución de 1978 consagra un modelo de Estado Autonómico, cuya división de poderes es comparable a los sistemas federales europeos, en el que el reconocimiento de una autonomía garantizada constitucionalmente permite a las nacionalidades y regiones que los componen la autonomía para la creación de instituciones representativas propias, no dependientes del poder central. Esta nueva forma de organización territorial del Estado permitió que los entes territoriales autónomos, Comunidades Autónomas, pudieran asumir en sus normas institucionales básicas, Estatutos de Autonomía, las competencias exclusivas en determinadas materias, entre ellas la agricultura, para ejercer la iniciativa legislativa en su territorio de acuerdo con la ordenación general de la economía (Aja, E.: *El Estado...*, pág. 239).

5. Entre otros, véase: Aragón, M.: “*La construcción...*”, págs. 15 y ss; Muños Machado, S.: “*Pactismo y soberanía...*”, págs. 13 y ss.

6. Señala Bacigalupo que las Leyes Orgánicas de transferencia y delegación fueron utilizadas desde el primer momento como mecanismo de atribución extraestatutaria de competencias a las Comunidades Autónomas. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150.2 de la CE se igualó por esta vía a las Canarias y la Comunidad Valenciana con las llamadas Comunidades de primer grado (Leyes Orgánicas 11/1982, de 10 de agosto, de transferencias complementarias para Canarias, y 12/1982, de 10 de agosto, sobre transferencias a la Comunidad Valenciana de competencias en materia de titularidad estatal; esta última ya derogada por la Ley Orgánica 12/1994, de 24 de marzo, una vez incorporadas sus previsiones a la reforma del Estatuto llevada a cabo en 1994). Posteriormente tuvo lugar, en el marco del Pacto Autonómico de 1992 y para instrumentar en una primera fase (seguida en 1994 de las correspondientes reformas de los Estatutos) la ampliación del ámbito competencial de las Comunidades de segundo grado (Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de Transferencia de Competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución),

A juicio del TC, el Estatuto de Autonomía es una norma “*que ocupa, sin duda, una singular posición en nuestro sistema de fuentes, lo que impone que hallamos que prestar especial atención a la compleja trama de interrelaciones existentes en el seno de dicho sistema de fuentes y que lo hagamos ponderando la posición y función que tienen en él los Estatutos de Autonomía*”. Con motivo de la Sentencia que resolvió los recursos de inconstitucionalidad planteados a la Ley Orgánica 1/2006 de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, el TC abordó cuestiones de relevancia como los principios estructurales contenidos en nuestra Constitución acerca de la organización territorial del Estado, la posición y función de los Estatutos de Autonomía en nuestro sistema constitucional de fuentes, la delimitación general de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas, el contenido constitucionalmente lícito de los Estatutos de Autonomía y la posibilidad de que los Estatutos de Autonomía regulen derechos de los ciudadanos y las ciudadanas<sup>7</sup>.

apunta Bacigalupo. Véase, entre otros, Bacigalupo Sagesse, M.: “*Sinópsis del...*”; Villar Palasi, J. L.: Villar Palasi, J.L.: “*Leyes Marco, Leyes...*”, págs. 321 y ss.

7. Esta expresión se recoge por el TC en sus Sentencias de 12 y 13 de diciembre de 2007 [Recursos de Inconstitucionalidad (7288/2006 y 7289/2006) planteados contra el art. 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 Comunitat Valenciana, que fueron presentados por el Gobierno de Aragón y por el Consejo de Gobierno de la Junta de las Comunidades de Castilla-La Mancha]. El Alto Tribunal, indica también que “junto a los principios de unidad, autonomía y solidaridad opera también, y lo hace de modo relevante, el de igualdad, que la Constitución proclama en su art. 139.1 como principio general de la organización territorial del Estado”. Todo ello motiva que el Tribunal alcance como conclusión que “el principio de igualdad incide en el despliegue del principio de autonomía pero no puede desvirtuarlo”, así entiende que en definitiva “el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley que incorpora el art. 14.CE, no puede concebirse haciendo caso omiso de la diversidad normativa que deriva directamente de la Constitución (arts. 2 y 149.3), dentro de ciertos límites (fundamentalmente los derivados del art. 149.1.1 CE, para el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales y del art. 139.1 CE, en su alcance general, como se verá en los FFJJ 13 y siguientes)” (FJ 4). El Tribunal Constitucional haciendo referencia al principio de lealtad constitucional indica que éste “requiere que las decisiones tomadas por todos los entes territoriales, y en especial, por el Estado y por las Comunidades Autónomas tengan como referencia necesaria la satisfacción de los intereses generales y que, en consecuencia, no se tomen decisiones que puedan menoscabar o perturbar dichos intereses, de modo que esta orientación sea tenida en cuenta, incluso, al gestionar los intereses propios” (FJ 4). El Tribunal Constitucional también realiza, en el FJ 5, consideraciones generales acerca de la relevancia que los Estatutos de Autonomía tienen en nuestro sistema constitucional y en este sentido plantea que “nuestra Constitución prevé un Estado “complejo” o “complejo” pues en él las Comunidades Autónomas participan con el Estado, del poder político, configurándose así nuestro Estado Autonomico”. En esta configuración del Estado Autonomico, los Estatutos de Autonomía, a juicio del Tribunal, “constituyen una pieza esencial en la estructura compuesta del Estado que nuestra Constitución recoge”. Pero precisamente los Estatutos de Autonomía que tienen una eficacia territorial limitada, son normas de cabecera de los correspondientes ordenamientos autonómicos, que se encuentran subordinados a la Norma Superior del Ordenamientos, a la Constitución Española. Los Estatutos de Autonomía, a juicio del TC, en el FJ 6, presentan tres característica fundamentales, como son la necesaria confluencia de voluntades en su procedimiento de elaboración, apro-

Con carácter general, pero también en el caso particular de las denominaciones de origen, el resultado final de tal principio dispositivo constitucional ha sido, sin embargo, el de una práctica homogeneidad entre todas las Comunidades Autónomas tanto en los aspectos competenciales como en los institucionales<sup>8</sup>. Por otro, el desarrollo constitucional del principio de democracia territorial ha supuesto la creación de verdaderas comunidades políticas, de clases políticas territoriales y de centros de articulación de intereses de las comunidades territoriales afectadas en expresión de su autogobierno, produciéndose una generalización del hecho diferencial. Ahora todos los territorios reivindican una comunidad política propia y con el mismo nivel de autogobierno, en otras palabras, existe una “autonomía emocional territorializada”<sup>9</sup>.

En dicho contexto, se identifica por parte de la doctrina que el objetivo de las recientes reformas estatutarias consiste en configurar los Estatutos como una especie de Constituciones autonómicas<sup>10</sup>, pugnando en dichas reformas las dos concepciones de federalismo —cooperativo y competitivo— y destacando las iniciativas encuadradas en la segunda de las concepciones, donde priman las políticas aisladas emprendidas unilateralmente por determinados entes territoriales sobre las políticas de conjunto que pudieran llegar a ser signo común entre todos ellos<sup>11</sup>.

bación y en su caso reforma; son la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, pero también normas del Estado subordinadas a la Constitución. En tercer lugar, consecuencia del carácter paccionado de su procedimiento de elaboración y sobre todo de su reforma, estos están dotados de rigidez que es garantía del derecho a la autonomía que se ha ejercido y que refuerza su naturaleza de norma de cabecera del correspondiente ordenamiento autonómico. El TC considera que el Estatuto, “aprobado como Ley Orgánica, es obra de un legislador democrático y que la regulación que realiza, como se ha dicho, es vehículo de la voluntad de autogobierno de un determinado territorio, expresión de la voluntad del Estado”. (FJ 6). A continuación, el TC, dentro de estas consideraciones de orden general, presta una atención detallada a la conexión entre el contenido de los Estatutos referido a las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución (art. 147. 2 CE) y su conexión con la competencia exclusiva del Estado sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales y en las relaciones internacionales (art.149. 1 y 3 CE). Aquí el Tribunal, deja patente la capacidad de los Estatutos de Autonomía para poder recoger aquellas materias no atribuidas expresamente al Estado por la Constitución (art. 149.3 CE) además, indica que las competencias del Estado se proyectan en ámbitos diferentes, las estrictamente reservadas y otras que pueden ser asumidas por sus Estatutos o no, según ellos mismos establezcan. En definitiva el Tribunal entiende que “Los Estatutos atribuyen competencias a las Comunidades Autónomas en el ejercicio del principio dispositivo que la Constitución les reconoce, y al hacerlo, también determinan las del Estado” (FJ 7). Véase: Guillem Carrae, J. y Visiedo Mazón F.: “*El Estatuto de Autonomía...*

8. Embid Irujo, A.: “*Balance del Estatuto...*”, pág. 163, op. cit.

9. Son expresiones recogidas literalmente de Ortega L.: “*Reforma constitucional...*”, págs. 37 y ss; y con las que coincide sustancialmente Alvarez Conde, E.: “*Algunas reflexiones...*”, págs. 27 y ss.

10. Entre otros, véase: Embid Iru, A.: “*Balance del Estatuto...*”, pág. 169, op. cit. ; López Ramón, F.: “*Reflexiones sobre el procedimiento en...*”, págs. 15 y ss; y Ortega L.: “*Reforma...*”, pág. 40, op. cit.

11. Embid Iru, A.: “*Balance del Estatuto...*”, págs. 151 y 152, op. cit.

En dicho contexto, un sector de la doctrina subraya se ha asistido a la identificación explícita o implícita de la función constitucional y de su carácter complementario a la Constitución para la delimitación de las competencias entre el Estado y las CCAA, desconociendo el principio de primacía constitucional y asimilando la función de “estatuyente” a la de “co-constituyente” y, consecuentemente, blindando la norma estatutaria<sup>12</sup>.

Esta técnica –con origen en la reforma del Estatuto catalán y presente en versión modificada en las reformas andaluza, castellano-manchega y canaria– consiste en la combinación de, por un lado, una definición funcional de las competencias exclusivas (con desempeño de función legislativa, potestad reglamentaria y función ejecutiva), compartidas con el Estado (de desarrollo de legislación básica y toda la potestad reglamentaria y la función ejecutiva) y ejecutivas (de reglamentos estatales) y, por otro, el listado de las materias y submaterias con los sectores sobre los que se indican las facultades y capacidad de maniobra que corresponden a la Comunidad Autónoma<sup>13</sup>. Esta opción técnica manifiesta la clara voluntad de restringir al máximo las zonas de confluencia entre los poderes del Estado y los de la Comunidad y se articula a modo de freno a la tendencia competencial expansiva del Estado parte de las iniciativas de la oleada de reformas estatutarias<sup>14</sup>.

En materia de denominaciones de origen, para López Benítez, esta técnica del blindaje de competencias no hubiera sido necesaria puesto que la jurisprudencia constitucional, que posteriormente se examina, ha subrayado como com-

12. Esta afirmación es utilizada por Álvarez Conde (Álvarez Conde, E.: “*Reflexiones sobre...*”, pág. 55, op. cit. y “*Algunas reflexiones sobre...*”, pág. 31, op. cit.) y Cruz Villalón (Cruz Villalón, P.: “*La reforma...*”, págs. 77 y ss). Se ha suscitado debate doctrinal en torno de la cuestión de la reforma constitucional, sosteniendo que los límites materiales implícitos a la reforma constitucional debían haber sido proyectados sobre las propuestas de reformas estatutarias que, aún no incurriendo en inconstitucionalidad formal por no alterar la letra de la Constitución, tuviesen por objeto forzar un cambio de tanto calado en la legislación estatal, que llegasen a perturbar seriamente el significado de esa letra constitucional, suponiendo, en realidad, su vulneración, motivo por el que resultaría inexcusable declararlas inconstitucionales. Desde este punto de vista, la afirmación de que lo que no está prohibido en la Constitución está permitido sólo sería aceptable para la cuestión de los derechos fundamentales porque la vocación irradiante de estos así lo demanda. En definitiva, dichas iniciativas suponen exigencias de asimetrías inconstitucionales (Portero Molina, J. A.: “*Los retos del...*”, págs. 23 y ss). Vives Pi i Sunyer ha recogido sus reflexiones sobre las críticas recibidas por la técnica elegida para la cuestión competencial en la reforma catalana (Vives Pi i Sunyer, C.: “*En defensa dels...*”, págs. 97 y ss.)

13. Entre otros, véanse: Porras Ramírez, J.M<sup>a</sup>: “*Las reformas estatutarias y...*”, pág. 54, op. cit.; Pemán Gavín, J.M<sup>a</sup>: “*En torno a la...*”, págs. 307 y ss; Tur Ausina, R.: “*El sistema competencial...*”, págs. 227 y ss; Vives Pi i Sunyer, C.: “*En defensa dels estatuts...*”, pág. 100, op. cit.

14. Entre otros, véanse: Biglino Campos, P.: “*Reforma de...*”, pág. 19, op. cit.; Porras Ramírez, J. M<sup>a</sup>: “*Las reformas estatutarias y...*”, pág. 53, op. cit.; Tur Ausina, R.: 265 “*El sistema competencial...*”, pág. 237, op. cit.

petencia exclusiva de las Comunidades Autónomas la creación y el funcionamiento de las citadas, el reconocimiento y aprobación de sus normas reguladoras y todas las facultades de gestión y control de la actuación de aquéllas<sup>15</sup>.

En este sentido, aunque se acepta por la doctrina que el reparto de competencias determinado por el bloque de la constitucionalidad se basa en el concepto de materia también en el ámbito que nos interesa, las denominaciones de origen y la cuestión vitivinícola, el poder competencial autonómico se mide principalmente por la capacidad de elaborar políticas públicas<sup>16</sup>.

No obstante, con esta novedosa técnica, con carácter general, y en particular en materia de denominaciones de origen, parece difícil solventar los siguientes problemas: la tensión reivindicativa bilateral de competencias; la falta de delimitación exacta o precisa de las competencias autonómicas de acuerdo con el principio de “*exclusividad en sentido estricto*”<sup>17</sup>; la petrificación competencial<sup>18</sup>; la laminación competencial de las CCAA por el Derecho comunitario<sup>19</sup>; la delimitación de los títulos competenciales del Estado y el concepto de “lo básico”, definidos por la Constitución (STC 20/1988); la calidad del ejercicio de las competencias por los parlamentos autonómicos; la dificultad derivada de la interconexión de los Ordenamientos comunitario, estatal y autonómico<sup>20</sup> o la imposibilidad de dividir la realidad en dos esferas de poder estancas y completamente separadas<sup>21</sup>.

La adopción de modelos “clásicos”, en cuanto a las técnicas de distribución competencial, son opciones que un sector de la doctrina otorga “tintes más realis-

15. López Benitez, M.: “*Competencias sobre...*”, pág. 824.

16. Fernández Farreres, G.: “*El sistema de...*”, pág. 29. En cierta manera, fundamentando las reformas de ciertos Estatutos se ha alegado que el desarrollo competencial del Estado Autonómico se había caracterizado por una laminación de las competencias de tal modo que, aunque son muchas las competencias autonómicas, en buena parte se trata de competencias administrativas afirmando que “no se trata tanto de un problema de cantidad de competencias reconocidas como, sobre todo, de calidad de la autonomía para ejercerlas” (Informe sobre la reforma del Estatut, Institut d’Estudis Autonómicas, Barcelona 2003, disponible en [http://www10.gencat.net/drep/binaris/re1\\_tcm112-20012.pdf](http://www10.gencat.net/drep/binaris/re1_tcm112-20012.pdf))

17. Los Estatutos que han elegido esta técnica han optado por utilizar un doble concepto de exclusividad (STC 37/1981), véase: Porras Ramírez, J.M<sup>a</sup>: *Las reformas estatutarias y...*, pág. 55, op. cit.

18. Balaguer Callejón, F.: *La reforma del...*, págs. 17 y 22.

19. No obstante, el proceso de decisión comunitario ha supuesto una erosión constante en los ámbitos competenciales de las regiones. Desde los inicios del proceso de construcción comunitario, el riesgo de convertir a los Laender en meros entes administrativos fue denunciado puesto que las regiones con competencias legislativas propias han ido perdiendo, sin llegar a convertirse en meros entes administrativos, progresivamente nuevas competencias a favor de la UE a través de las sucesivas reformas de los tratados constitutivos (Guillem Carrau, J.: “*Nuevos roles...*”, págs. 124 y ss.).

20. Martín Retortillo Baquer, L.: *La interconexión...*, pág. 50.

21. Biglino Campos, P.: “*Reforma de...*”, pág. 21, op. cit.

tas”, invitando menos a la confusión y al bloqueo frente al Estado, aunque ello no signifique, sin embargo, que el debate competencial hubiera quedado cerrado si todas las Comunidades hubieran optado por un modelo clásico puesto que seguirían vigentes los riesgos “constitucionales” como las tendencias centrífugo-asimétricas autonomistas y la compensación de las fuerzas centrípetas del Estado y, en definitiva, las limitaciones derivadas de las intervenciones estatales, que se podrían evitar mediante el desarrollo y la concreción de los títulos competenciales<sup>22</sup>.

Precisamente, la desigualdad que puede generar la diversidad de formulaciones competenciales en el actual proceso de reformas estatutarias se ha intentado corregir a través de las cláusulas generales de nivelación competencial, de mayor o menor operatividad, como la cláusula que se incluye en la disposición adicional segunda de la reforma del Estatuto de la Comunidad Valenciana<sup>23</sup>.

Parte de la doctrina propone que, junto al principio dispositivo constitucional, se desarrolle el principio homogeneizador no previsto constitucionalmente pero integrado en lo que denominan la “Constitución real” frente a lo que sería la “Constitución formal” y basado en la alta consideración del Estado de las Autonomías en todas las Comunidades Autónomas y en el firme sentimiento de que la tenencia por parte de una Comunidad de un volumen mayor de competencias que las que posea la propia, constituye un privilegio que no se está dispuesto a tolerar<sup>24</sup>.

De igual modo, se propone la modificación del texto constitucional de manera que la Norma jurídica fundamental actúe como tal en lo que se refiere a la organización territorial con el fin de cerrar el reparto de poder entre el Estado y las Comunidades Autónomas con vocación de permanencia y estabilidad. Esto permitiría trasladar a la Constitución las características propias de la noción de competencia de los federalismos de devolución, como es la equiparación normativa y un reparto más nítido del poder entre el Estado y las CCAA de acuerdo con cierta jurisprudencia del TC y las recientes reformas estatutarias. En el fondo el problema consiste no sólo en cerrar el modelo de Estado, sino en buscar un equilibrio entre la vigencia de los principios de unidad, igualdad y soli-

22. Vives Pi i Sunyer, C.: “*En defensa dels estatuts...*”, pág. 129, op. cit.

23. Balaguer Callejón considera de mayor operatividad la cláusula contenida en la reforma andaluza que la contenida en la reforma valenciana puesto que ésta última a su juicio puede desarrollar algunos efectos niveladores aunque no alcanza a extender su eficacia en relación con los límites a las competencias autonómicas contenidos en las cláusulas generales de salvaguardia de las competencias estatales. Véase: Balaguer Callejón, F.: “*Las cuestiones...*”, págs. 39 y ss.

24. Embid Irujo, A.: “*Balance del Estatuto...*”, pág. 164, op. cit.

daridad con las asimetrías garantizadas constitucionalmente y que pueden afectar a temas competenciales, estructuras e, incluso, al orden financiero<sup>25</sup>.

En definitiva, sin perjuicio de lo afirmado, las competencias de las Comunidades Autónomas se han convertido, junto con el sistema de financiación en el punto crucial de las nuevas reformas estatutarias.

### ***III. El reparto competencial en materia de denominaciones geográficas***

La atribución de competencias sobre las denominaciones de origen al Ministerio de Agricultura se mantuvo sin fisuras y compacta tal cual consta en la Ley 25/1970 hasta la entrada en vigor de la Constitución en 1978, aunque en ninguno de los artículos capitales relativos al sistema de reparto de competencias se contiene expresa referencia a las mismas<sup>26</sup>.

En principio, la alteración de la afectación sin fisuras de la materia al Estado no debió producirse puesto que, como apunta Maroño Gargallo, el artículo 149.1 de la Constitución atribuye en exclusiva al Estado la materia relativa a la Propiedad Industrial y las denominaciones de origen podrían ser encuadradas en dicho marco. Pese a ello, como señala la profesora, el TC se manifestó en 1986 contrario a dicha posibilidad mediante el reconocimiento de la competencia de la Generalitat de Cataluña para modificar el Reglamento de una denominación de origen<sup>27</sup>.

25. Sobre la reforma constitucional y sus interrelaciones con las reformas estatutarias, véase, entre otros: Alvarez Conde, E.: “*Algunas reflexiones sobre...*”, pág. 29, op. cit.; Biglino Campos, P.: “*Reforma de...*”, pág. 29, op. cit.; Embid Irujo, A.: “*Balance del Estatuto...*”, pág. 148, op. cit.; Ortega L.: “*Reforma Constitucional...*”, pág. 46, op. cit.; Roig Molés, E.: “*La reforma...*”, págs. 149 y ss; Vives Pi i Sunyer, C.: “*En defensa dels estatuts...*”, pág. 121, op. cit.

26. Botana Agra, M.: *La denominación de...*, pág. 90.

27. En 1986, el TC reconocía la competencia de la Generalitat de Cataluña para modificar el Reglamento de una denominación de origen, argumentando que, al no ser las denominaciones de origen competencia exclusiva del Estado, las Comunidades Autónomas podían asumir competencias sobre la materia siguiendo lo dispuesto en el artículo 149.3 de la Constitución. La cuestión que se suscitó fue la de si resultaba o no ajustada a los límites de la competencia de la Generalidad de Cataluña, en materia de denominaciones de origen, la publicación y entrada en vigor de la Orden que modifica el Reglamento de la denominación de origen «Empordá-Costa Brava», sin haber efectuado consultas previas con la Administración Central del Estado y sin haber sometido, también previamente, el correspondiente proyecto de disposición a su ratificación por el Ministerio de Agricultura. El TC observó en este conflicto dos concepciones distintas acerca del significado y alcance de la ratificación estatal de la Orden impugnada, así como del momento mismo en que dicha ratificación debe producirse, con anterioridad o posterioridad a su publicación y entrada en vigor. A este respecto, consideró el TC que la competencia esta-

Debe hacerse constar que aunque, en un primer momento, la mayoría de las Comunidades Autónomas asumieron competencias en esta materia en virtud de relacionar las denominaciones de origen con las competencias de agricultura y ganadería, de acuerdo con la ordenación general de la economía, la propia realidad de las cosas hizo que, una vez dictada aquella Sentencia del TC de 1986, en todos los Estatutos de Autonomía hayan asumido competencias en materia de denominaciones de origen<sup>28</sup> o las Comunidades Autónomas las hayan ejercido al recibir las transferencias oportunas vía Ley Orgánica del Estado, en el caso de las Comunidades Autónomas de Canarias y Comunidad Valenciana. Actualmente, por todo ello, se puede afirmar que el nivel de competencias asumido es más o menos similar en las diversas Comunidades Autónomas en materia de denominaciones de origen<sup>29</sup>.

En este contexto, el Tribunal Constitucional (STC 112/1995, FJ 4) ya estableció, pronunciándose sobre el alcance de la competencia autonómica en materia de “denominaciones de origen en colaboración con el Estado”, que éste podía dictar normas válidas en esa materia, con carácter básico o pleno según correspondía, en virtud de las competencias que ostenta en el territorio de aquellas

tal de colaboración consiste en ratificar o no el Reglamento, disyuntiva que nace desde que el Reglamento, en este caso la Orden le haya sido remitida o notificada. En todo lo no concerniente a la ratificación y a sus efectos, la Orden, desde luego válida, fue eficaz desde su publicación [STC 11/1986 dictada en resolución del conflicto positivo de competencia nº 670/1984 (BOE nº 31 de 12.2.1986)]. Véase: Casado Cerviño, en ADI, IX, 1983, pág. 498; Maroño Gargallo, M.: *La protección...*, pág. 55 y Largo Gil, en *Las marcas de garantía...*, pág. 24.

28. López Benitez, M.: *Las denominaciones...*, pág. 93

29. El Dictamen del Consejo de Estado nº 55.376/5555.125/RS detalla que en aquel momento un primer bloque de siete Comunidades asumen competencias exclusivas en colaboración con el Estado [artículo 10.27 del Estatuto vasco, artículo 12.1.5º del Estatuto catalán, artículo 30.1.4 del Estatuto gallego, artículo 8.7 del Estatuto riojano y artículo 34.1.5º del Estatuto de la Comunidad Valenciana], otros ocho Estatutos se asumen competencias de ejecución de la legislación del Estado [artículo 12.d) del Estatuto asturiano, artículo 24.c) del Estatuto cántabro, artículo 12.1.c) del Estatuto murciano, artículo 33 del Estatuto de Castilla La Mancha, artículo 33.d) del Estatuto de Canarias, artículo 9.3 del Estatuto extremeño y artículo 28.3 del Estatuto de Madrid]; y por último, un tercer bloque las competencias legislativas y en su caso de ejecución son asumidas con peculiaridades de título y alcance [artículo 13.16 del Estatuto andaluz, artículo 44.25 de las Leyes de Amejoramiento del Fuero navarro, artículo 36.2.6 del Estatuto aragonés y artículo 11.8 del Estatuto balear]. Como peculiaridades puede señalarse que el Estatuto aragonés especifica la competencia sobre industrias agroalimentarias y en el Estatuto andaluz, junto a la agricultura y ganadería, se menciona la competencia relativa a la reforma y desarrollo del sector agrario y a la mejora y ordenación de las explotaciones agrícolas, ganaderas y forestales. En Baleares se extiende la competencia al desarrollo legislativo y a la ejecución de la legislación de Estado. Tras las diversas reformas estatutarias que se han producido desde la fecha del artículo citado, podemos precisar dichas afirmaciones pues, por ejemplo, el Estatuto de La Rioja atribuye la competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma en materia de agricultura, ganadería e industrias agroalimentarias de acuerdo con la ordenación general de la economía (artículo 8.19).

Comunidades Autónomas que únicamente asumieron potestades de desarrollo normativo y ejecución, así como en aquellas otras que sólo poseen facultades de ejecución e igualmente podía ordenar las denominaciones de origen que abarquen el territorio de varias Comunidades Autónomas y operar sobre el sector vitícola haciendo uso de la competencia para proceder a la ordenación general de la economía ex art. 149.1.13 CE; por el contrario, la posibilidad de dictar normas básicas específicamente dirigidas a regular las denominaciones de origen no resultaba admisible en relación con aquellas Comunidades Autónomas que han asumido competencias exclusivas sobre la aprobación de tales denominaciones de origen en su ámbito territorial, como era el caso de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en aquella fecha (art. 31.1.7 del Estatuto de Autonomía).

Con la promulgación de la Ley de la Viña y el Vino, en 2003, el Estado se reservó, entre otras competencias, la de ratificar los reglamentos de las denominaciones de origen y específicas a los efectos de promocionar y defender las mismas en el ámbito nacional e internacional y, a efectos legales, para su reconocimiento y protección en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. En cierta manera, la competencia estatal de colaboración consiste en esa defensa del Reglamento en el mercado nacional e internacional para lo que se hace necesaria la ratificación de las Órdenes de reconocimiento autonómicas, aunque el Estado no está obligado a ello, a juicio del TC, cuando entienda que la norma modificada no respeta la legislación vigente<sup>30</sup>.

A esto debe añadirse que, fuera de los casos en los que el Estado tiene la facultad de dictar legislación básica, la intervención estatal debería ser subsidiaria, y tendrá carácter supletorio aquella normativa estatal que alcance ámbitos ya cubiertos por una normativa autonómica. Entre otros, la “ordenación general de la economía”<sup>31</sup>, “propiedad industrial”<sup>32</sup>, “comercio exterior” o “sanidad” son títulos competenciales que la Constitución atribuye al Estado y que pueden tener efecto delimitador de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas en esta materia que nos ocupa.

Por eso, también debe señalarse que la asunción de competencias por las Comunidades Autónomas en materia de denominaciones de origen está directamente relacionada con la asunción o transferencia de la competencia relativa a la defensa contra fraudes y de la calidad agroalimentaria y la potestad sanciona-

30. STC 11/1986, de 28 de enero, fundamento 3, y STC 211/1990, de 20 de diciembre.

31. Al respecto vid. STC 186/1988 de 17 de octubre.

32. Al respecto vid. STC 11/1986 de 28 de enero.

dora en materia de disciplina de mercado<sup>33</sup>. En este sentido, la falsificación y el fraude de los vinos no solamente se produce en su composición sino en la indicación de su origen geográfico, al que se le asocia la determinada calidad y cualidad y el específico capital simbólico<sup>34</sup>.

En este contexto, existen competencias exclusivas del Estado que inciden en el régimen jurídico de las denominaciones de origen como son: las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (art. 149.1.18); la propiedad industrial (art. 149.1.9); el comercio exterior (art.149.1.10); la sanidad exterior y las bases y coordinación general de la Sanidad<sup>35</sup>. Asimismo, conviene señalar la conexión existente entre la defensa de los consumidores que la Constitución encomienda a todos los poderes públicos y la garantía de la veracidad de las informaciones que reciben mediante una correcta aplicación de las normas de rango inferior que regulan las denominaciones de origen<sup>36</sup>.

López Benítez sugiere que *“no estamos ante la tradicional dialéctica competencia exclusiva/competencia compartida o ante la habitual antinomia entre competencia exclusiva/competencia concurrente, sino ante una técnica sui generis de distribuir competencias en la que la exclusividad, cierta de la competencia autonómica, precisa de la colaboración del Estado en el sentido descrito por el TC en su Sentencia 209/1989”*. En este tipo de competencias, el Estado y las Comunidades realizan actuaciones complementarias en relación con el acto de autorización o reconocimiento provisional de una denominación, la remisión de las cuentas generales y presupuestos de los Consejos Reguladores, la instrucción y resolución de expedientes sancionadores por infracciones cometidas por empresas ubicadas en una Comunidad Autónoma en relación con Denominaciones de origen de otras Comunidades Autónomas, la expedición de los certificados esenciales para la exportación, etc<sup>37</sup>. En el marco de competen-

33. Así, por ejemplo, la transferencia a la Comunidad Autónoma de La Rioja de todas las funciones que la Administración del Estado venía desarrollando en materia de control de calidad agroalimentaria, aún con inclusión de los aspectos asignados al servicio de defensa contra fraudes por el Estatuto del Vino, la Viña y los Alcoholes, no podía significar, al menos necesariamente, que con anterioridad no se hubieran transferido las potestades sancionadoras del Estado en cuanto a disciplina del mercado y defensa del consumidor, inclusive en lo que afectaba al tráfico y elaboración de vinos protegidos con la denominación de origen específica. (Vid STS de 24.1.1998, RJ 1998/1080), reflexión corroborada en la Ley 8/2000, de 18 de Octubre, de Vitivinicultura de La Rioja que dedica el Título IV a las Infracciones y Sanciones.

34. Coello Martín, C: *“Vinos artificiales y vinos facticios. Algunos rasgos...”,* pág. 63.

35. López Benítez, M.: *Las denominaciones...,* pág. 101.

36. STS de 29.9.1990, RJ 1990, 7302.

37. López Benítez, M.: *Las denominaciones de...,* pág. 96

cias expresado, como se examina en el siguiente apartado, algunas Comunidades Autónomas han legislado sobre la materia.

Por último, conviene recordar que el sistema de reparto competencial fue alterado con la adhesión de España a las Comunidades Europeas. La incorporación de España a las Comunidades Europeas determinó la necesidad de adoptar el acervo comunitario en virtud de la primacía del mismo sobre los ordenamientos estatales. La continua evolución del ordenamiento comunitario en el ámbito de la vitivinicultura y en el de la protección de las DOP e IGP determina que la regulación de estas materias está sujeta a frecuentes modificaciones<sup>38</sup>.

Este complejo sistema de fuentes derivado de la interrelación de los diversos Ordenamientos jurídicos (comunitario, estatal y autonómico) puede provocar

38. Las diversas tradiciones jurídicas existentes han sido superadas por el Derecho comunitario mediante la creación vía Reglamento (Reglamento CE nº 2081/1992 sustituido por el 510/2006) de dos categorías jurídicas claramente definidas, las DOP y las IGP, con idéntico ámbito de protección; el establecimiento de un Registro comunitario para las mismas y de unos procedimientos reglados de acceso al mismo; así como el desarrollo de unos órganos de gestión y de unas estructuras de control que aporten homogeneidad y seguridad al sistema. Actualmente, se ha iniciado un proceso de revisión del sistema comunitario con el Libro Verde de Calidad Agroalimentaria (European Commission (2008): Green Paper on agricultural product quality: product standards, farming requirements and quality schemes, COM (2008) 641 final, de 15.10.2008). En el ámbito de las denominaciones de origen vnicas, el Reglamento CE nº 479/2008 ha sustituido al Reglamento CE nº 1499/1999 y constituye el marco comunitario de referencia de una *lex specialis* vitivinícola y ha adaptado los términos protegidos a la terminología utilizada para el resto de productos agroalimentarios. La reforma ha perseguido mayor claridad, simplicidad, transparencia y eficacia y, para ello, recurre a las categorías de DO e IG en una definición no del todo coincidente con el Reglamento CE nº 510/2006. En su artículo 34.1 incorpora sendas definiciones de DO y IG: «denominación de origen»: el nombre de una región, de un lugar determinado o, en casos excepcionales, de un país, que sirve para designar un producto referido en el artículo 33, apartado 1, que cumple los requisitos siguientes: i) su calidad y sus características se deben básica o exclusivamente a un entorno geográfico particular, con los factores naturales y humanos inherentes a él, ii) las uvas utilizadas en su elaboración proceden exclusivamente de esa zona geográfica, iii) la elaboración tiene lugar en esa zona geográfica, iv) se obtiene de variedades de vid de la especie *Vitis vinifera*; «indicación geográfica»: una indicación que se refiere a una región, a un lugar determinado o, en casos excepcionales, a un país, que sirve para designar un producto referido en el artículo 33, apartado 1, que cumple los requisitos siguientes: i) posee una calidad, una reputación u otras características específicas atribuibles a su origen geográfico, ii) al menos el 85 % de la uva utilizada en su elaboración procede exclusivamente de esa zona geográfica, iii) la elaboración tiene lugar en esa zona geográfica, iv) se obtiene de variedades de vid de la especie *Vitis vinifera* o de un cruce entre esta especie y otras especies del género *Vitis*. También para las bebidas espirituosas se ha adoptado un marco normativo actualizado y acorde a la normativa del resto de productos agroalimentarios y a la Resolución de la OIV ECO 2/92. Así el artículo 15.1 del Reglamento CE nº 110/2008 define IG como «...Para los fines del presente Reglamento, se entenderá por «indicación geográfica» aquella que identifique a una bebida espirituosa como originaria del territorio de un país o de una región o localidad de ese territorio, si determinada calidad, reputación u otras características de la bebida espirituosa son imputables fundamentalmente a su origen geográfico.»

aparente desorden y confusión, como señala Martín Retortillo, por lo que se deberán encontrar criterios relevantes a la hora de decidir, sin perjuicio de establecer cauces o procedimientos para facilitar las actuaciones con el objetivo de superar las dificultades<sup>39</sup>.

#### *IV. Legislación vitivinícola autonómica*

Junto a la actividad desarrollada por el legislador nacional, no sólo las disposiciones estatutarias relativas a las denominaciones geográficas son de relevancia para el objeto de este estudio sino también el desarrollo legal y reglamentario que se ha dado a las mismas en el ámbito autonómico que, a todas luces, se integran el sistema de fuentes del Derecho en España.

Como se ha señalado, las Comunidades Autónomas han legislado sobre la materia de las denominaciones de origen antes y después de la promulgación de la Ley 24/2003, de 10 de julio, de la Viña y el Vino. Se plantea un primer grupo de iniciativas legislativas autonómicas que se ocupan estrictamente de las denominaciones geográficas vitivinícolas, generalmente como un capítulo específico de la Ley autonómica correspondiente reguladora del sector vitivinícola, y un segundo grupo de iniciativas legislativas que abarcan la calidad agroalimentaria en su conjunto.

Entre las iniciativas legislativas de carácter vitivinícola, han legislado las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas de Cataluña<sup>40</sup>, País Vasco<sup>41</sup> y Castilla La Mancha<sup>42</sup> atesoran un interés indudable y parte de la doctrina considera que han tenido una influencia decisiva en la Ley de la Viña y el Vino<sup>43</sup>. En esta materia, también se han son de referencia las disposiciones del Parlamento de La Rioja<sup>44</sup>, del Parlamento de Galicia<sup>45</sup>, de las Cortes

39. Martín-Retortillo Baquer, L.: *La interconexión de los Ordenamientos...*, pág. 58.

40. Ley 15/2002, de 27 de junio, de ordenación vitivinícola, modificada por la Ley 15/2005, de 27 de diciembre DOGC de 2.1.2006, y Ley 14/2003, de calidad agroalimentaria de Cataluña, DOGC de 1.7.2003.

41. Ley 5/2004 de Ordenación Vitivinícola del País Vasco, BOPV de 24.5.2004.

42. Ley 8/2003, de 20 de marzo, de la Viña y el Vino de Castilla la Mancha, BOE núm. 132 de 3 de junio 2003.

43. López Benitez, M: *Del Estatuto del Vino...*, pág. 39.

44. Ley 5/2005, de 1 de junio, de los sistemas de protección de la calidad agroalimentaria, BOE núm. 147, de 21.6.2005. En este punto de referencia fundamental en el sector vitivinícola mundial, no se puede obviar la mención a la Ley 8/2002, de 18 de octubre, establece el marco de regulación para la vitivinicultura en La Rioja, particularmente, la ordenación del viñedo y su producción y la ordenación de los productos derivados de la uva, a excepción de los alcoholes de origen vínico son objeto de la norma dictada en ejercicio de las competencias exclusivas en materia de agricultura, ganadería e industrias agroalimentaria (BOE núm. 268, de 8.11. 2002).

45. Ley 2/2005, de 18 de febrero, de promoción y defensa de la calidad alimentaria gallega (BOE nº 93 de 19.4.2005).

Valencianas<sup>46</sup>, de las Cortes de Castilla y León<sup>47</sup>, del Parlamento de Navarra<sup>48</sup>, del Parlamento de Canarias<sup>49</sup>, de las Cortes de Aragón<sup>50</sup>, de la Asamblea de Murcia<sup>51</sup> y del Parlamento de Andalucía<sup>52</sup>. En otros casos, se atiende también a las iniciativas del propio gobierno autonómico cuando la materia ha sido abordada mediante Decreto como, por ejemplo, en los casos de Baleares y Cantabria<sup>53</sup>.

El legislador autonómico coincide en sus exposiciones de motivos respectivas al fijar como base de las mismas la competencia autonómica sobre la materia de denominaciones de origen, que difiere según los matices competenciales de cada uno de sus Estatutos, indicando algunos que ejercen su competencia en colaboración con el Estado. De igual modo, por la multiplicidad de aspectos que presenta, se referencian otros títulos competenciales como la agricultura, de acuerdo con la ordenación general de la economía, y la protección de los consumidores y usuarios, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general<sup>54</sup>.

46. Ley 2/2005, de 27 de mayo, de la Generalitat, de Ordenación del Sector Vitivinícola de la Comunidad Valenciana (DOGV nº 5019, de 2.6.2005) y Ley 10/2006, de 10 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera y de Organización de la Generalitat (DOGV 5416, de 28.12.2006).

47. Ley 8/2005, de 10 de junio, de la Viña y el Vino de Castilla y León (BOCYL de 16.6.2005), cuyo Reglamento ha sido aprobado mediante Decreto autonómico, 51/2006, de 20 de julio (BOCYL de 21.7.2006)

48. Ley Foral 16/2005, de 5 de diciembre, de ordenación vitivinícola (BON núm. 149 de 14.12.2005).

49. Ley 1/2005, de 22 de abril, de creación del Instituto Canario de Calidad Agroalimentaria, BOE núm. 112, de 11.5.2005 y la Ley 10/2006, de 11 de diciembre, de los Consejos Reguladores de Vinos de Canarias

50. Ley 9/2006, de 30 de noviembre, de Calidad Alimentaria de Aragón (BOA de 13.12.2006)

51. Ley 6/2003, de 12 de noviembre, de los Consejos Reguladores (BORM de 1.12.2003)

52. Ley 10/2007, de 26 de noviembre, de Protección del Origen y la Calidad de los Vinos de Andalucía (BOJA 246, de 17.12.2007).

53. Decreto 49/2004, de 28 de mayo, de régimen jurídico y económico de los Consejos Reguladores y de otros entes de gestión y de control de las denominaciones de calidad (BOCAIB de 5.6.2004) y Decreto 16/2005, de 10 de febrero, por el que se regula el Sector Vitícola en Cantabria (BOCA de 22.2.2005), respectivamente. No obstante, cabe reseñar la Ley 3/2000, de 24 de julio, por la que se crea el Organismo Autónomo Oficina de Calidad Alimentaria (BOCA de 3.8.2000).

54. Tanto el legislador castellano-manchego como el riojano realizan expresa mención a que dichas normas se promulga sobre la base de las competencias exclusivas en agricultura, ganadería e industrias agroalimentarias, de acuerdo con la ordenación general de la economía, y en materia de Denominaciones de Origen y sus Consejos Reguladores, en colaboración con el Estado. Asimismo, la exposición de motivos de la Ley 8/2003, de 20 de marzo, de la Viña y el Vino de Castilla la Mancha considera que las competencias exclusivas en esta materia se ejercen en colaboración con el Estado pues señala que la ley se dicta "... al amparo de las competencias exclusivas atribuidas a la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha en materia de organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno; agricultura y ganadería e industrias agroalimentarias, de acuerdo con la ordenación general de la economía; y sobre las denominaciones de origen y otras indicaciones de pro-

En dicho contexto, el legislador autonómico es uniforme en la elección de la base jurídica estatutaria de la norma legal. Igualmente, existe cierta homogeneidad entre los niveles de protección reconocidos en los distintos ámbitos territoriales, cuestión que se explica en gran parte por el carácter obligatorio y la aplicabilidad directa de los Reglamentos comunitarios. En cuanto a las disposiciones relativas a los órganos de gestión se aprecia más variedad, puesto que, dado que el derecho comunitario permite la opción entre personalidad jurídica pública y privada, algún legislador autonómico se ha acogido a la segunda de las opciones para determinados niveles de protección sin perjuicio de la similitud general en lo establecido para los órganos de control, las especificidades de los Institutos de Calidad y el derecho sancionador<sup>55</sup>.

cedencia relativas a productos de la región, en colaboración con el Estado, con arreglo a los apartados 1,6 y 7 del artículo 31 del Estatuto de Autonomía de Castilla La Mancha”. Tiempo antes de la promulgación de la Ley 24/2003, el Tribunal Supremo, en relación con Castilla-La Mancha, afirmaba que “...un somero repaso a las transferencias operadas, permite comprobar como todas ellas son de carácter meramente ejecutivo y ha de desarrollarse conforme a las disposiciones estatales” (STS de 17.4.1990, RJ 1990/3323). En La Rioja, de modo similar, en el párrafo segundo de la Exposición de Motivos de la Ley 5/2005, de 1 de junio, de los sistemas de protección de la calidad agroalimentaria, en cuanto a la cuestión competencial, se afirma que es adoptada en virtud de las competencias exclusivas en agricultura, ganadería e industrias agroalimentarias, de acuerdo con la ordenación general de la economía, así como en virtud de las competencias exclusivas en materia de Denominaciones de Origen y sus Consejos Reguladores en colaboración con el Estado. En estos mismos términos se expresa el legislador gallego en la Ley 2/2005. En la Ley 15/2002, de ordenación vitivinícola y la Ley 14/2003, de calidad agroalimentaria de Cataluña, consta que han sido dictadas en ejercicio de las competencias atribuidas en el Estatuto en la materia de agricultura y denominaciones de origen. De igual modo, la Ley 8/2005 de la Viña y el Vino de Castilla y León hace mención en su exposición de motivos a la competencia exclusiva en materia de agricultura así como en materia de denominaciones de origen y otras indicaciones de procedencia relativas a productos castellano-leoneses (artículos 32.1.7 y 32.132). En la Ley 2/2005, de Ordenación del sector vitivinícola en la Comunidad Valenciana, se referencia la competencia exclusiva en materia de agricultura y ganadería, de acuerdo con las bases de la actividad económica general y la competencia exclusiva para regular las normas procesales y de procedimiento administrativo que se deriven de las particularidades del derecho sustantivo valenciano o de las especialidades organizativas de la Generalitat, no constando mención alguna a la competencia exclusiva en materia de denominaciones de origen. El legislador foral navarro considera a la Comunidad Foral titular de amplias competencias exclusivas para llevar a cabo la ordenación de la actividad vitivinícola ya que el artículo 44.25 de la Ley Orgánica 13/1982, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra le atribuye competencia para la regulación de las denominaciones de origen y de la publicidad en colaboración con el Estado, mencionando asimismo las competencias exclusivas en materia de agricultura, de acuerdo con la ordenación general de la economía, y la competencia para la defensa de los consumidores, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general. Por último, la Ley 9/2006, de 30 de noviembre, de Calidad Alimentaria de Aragón se dicta en ejercicio de las competencias reconocidas en materia de agricultura, ganadería e industrias agroalimentarias, de acuerdo con la ordenación general de la economía; denominaciones de origen, en colaboración con el Estado; planificación de la actividad económica y fomento del desarrollo económico de la Comunidad dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional, artesanía; y por último, autonomía organizativa y procedimiento administrativo derivado de dicha autonomía.

55. Guillem Carrau, J.: *Las denominaciones geográficas...*, págs. 352 a 373.

### ***V. Las reformas estatutarias y la competencia en materia de denominaciones geográficas***

Las reformas de Estatutos de Autonomía cuya adopción se produjo en la VIII Legislatura de las Cortes Generales y las que se tramitan durante la IX han incorporado una referencia a las denominaciones de origen, bien integrando la mención a la competencia de manera escueta en el artículo correspondiente a las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma correspondiente, bien realizando una mención más extensa de la competencia autonómica. Esta referencia competencial no es una novedad como ha sido señalado anteriormente<sup>56</sup>.

Respecto a la primera tendencia, en la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana se ha modificado el precepto competencial relativo a las denominaciones de origen. Así, la Ley Orgánica 1/2006 ha dispuesto que el artículo 49, relativo a las competencias de la Generalitat, afirme la competencia exclusiva de la Generalitat, sobre denominaciones de origen y otras figuras de calidad en el marco de lo dispuesto en el artículo 149 de la Constitución y, en su caso, de las bases y la ordenación de la actividad económica del Estado. Esta competencia comprende a priori el régimen jurídico de su creación y funcionamiento, el reconocimiento de las denominaciones o indicaciones, así como la aprobación de sus normas fundamentales y todas las facultades administrativas de gestión o control sobre la actuación de las denominaciones o indicaciones<sup>57</sup>.

En el caso de Andalucía, el nuevo Estatuto de la Comunidad Autónoma menciona la competencia exclusiva de la Junta de Andalucía sobre los Consejos reguladores de las Denominaciones de origen en su artículo 79.3 y en su artículo 83 reproduce un tenor idéntico al artículo 49 del Estatuto de la Comunidad Valenciana. Considera López Benítez positiva la formulación de un artículo separado de las competencias autonómicas sobre Administración Corporativa,

56. 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; Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía; Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón; y Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León. También debemos mencionar aquellas reformas en trámite ante las Cortes Generales como son la Propuesta de reforma de Estatuto de Castilla-La Mancha que se encuentra en trámite en las Cortes Generales en el momento en que se escriben estas líneas (BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-18-1 de 11/04/2008) y la Propuesta de reforma del Estatuto de Extremadura (BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-199-1 de 09/10/2009).

57. Embid Irujo, J.M.: “Competencias económicas...”, pág. 432.

ya que en la redacción anterior del Estatuto se identificaba impropiaemente el signo distintivo (las denominaciones de origen en cuanto a tales) con el órgano encargado de su gobierno y administración (el consejo regulador)<sup>58</sup>.

En el caso castellano-leonés, la competencia exclusiva se predica respecto de las “Denominaciones de origen y otras protecciones de calidad relativas a productos de Castilla y León. Organización de los Consejos Reguladores y entidades de naturaleza equivalente” en el artículo 70.1.15 del Estatuto. Esta literalidad ha sido considerada menos descriptiva que la realizada en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana y menos pormenorizada que la contenida en el Estatuto catalán. No obstante, se destaca la desaparición de la condición de que se ejerce “en colaboración con el Estado” y que se extiende a otras protecciones de calidad y a la regulación de los Consejos Reguladores<sup>59</sup>.

En el caso balear, la competencia exclusiva se determina sobre las denominaciones de origen y demás indicaciones de procedencia relativas a los productos de la Comunidad Autónoma en el artículo 30.43 del texto estatutario. En el Estatuto aragonés, tras su reforma, la competencia exclusiva en materia de denominaciones de origen y otras figuras de calidad figura recogida en el artículo 71.18 del texto estatutario.

En cuanto a la segunda tendencia, en la reforma del Estatuto de Autonomía catalán, el artículo 128 se dedica a las competencias de la Generalitat en materia de denominaciones e indicaciones geográficas y de calidad. El cambio es sustancial y no sólo desde el punto de vista conceptual, pudiéndose afirmar que es la regulación más completa hasta el momento en el ámbito autonómico español a nivel estatutario<sup>60</sup>. El precepto enunciado afirma que “...*corresponde a la Generalitat, respetando lo dispuesto en el artículo 149.1.13 de la Constitución, la competencia exclusiva sobre denominaciones de origen y otras menciones de calidad, que incluye el régimen jurídico de creación y funcionamiento, el cual a su vez incluye: la determinación de los posibles niveles de protección de los productos y su régimen y condiciones, así como los derechos y las obligaciones que se derivan; el régimen de titularidad de las denominaciones, respetando la*

58. López Benitez, M.: “Competencias sobre...”, pág. 823.

59. Esta competencia sobre denominaciones de origen fue asumida en colaboración con el Estado tras la reforma del Estatuto por Ley Orgánica 4/1999, aunque ya fue asumida por Ley Orgánica 9/1992. Sobrini Lacruz, J. I. y Arce Esteras, J. A.: “Denominaciones...”, págs. 769 y ss.

60. No obstante, esta norma ha sido recurrida ante el TC aunque desconocemos fehacientemente si entre las cuestiones a analizar por el Alto Tribunal figura lo establecido en este artículo.

*legislación de propiedad industrial; la regulación de las formas y las condiciones de producción y comercialización de los correspondientes productos, y el régimen sancionador aplicable; el régimen de la organización administrativa de la denominación de origen, o mención de calidad, referida tanto a la gestión como al control de la producción y la comercialización”.*

Afirma el citado artículo que “...*La competencia a que se refiere el apartado 1 incluye el reconocimiento de las denominaciones o las indicaciones, la aprobación de sus normas reguladoras y todas las facultades administrativas de gestión y control sobre la actuación de las denominaciones o las indicaciones, especialmente las que derivan de la eventual tutela administrativa sobre los órganos de la denominación y del ejercicio de la potestad sancionadora por infracciones del régimen de la denominación*”. Asimismo, incorpora una precisión de las competencias para el supuesto de que el territorio de una denominación supere los límites de Cataluña, precisando que la Generalitat “...*ejerce las facultades de gestión y control sobre las actuaciones de los órganos de la denominación relativas a terrenos e instalaciones situados en Cataluña, en los términos que determinen las leyes*” y participará en los órganos de la denominación y en el ejercicio de sus facultades de gestión. Por último, el precepto legal afirma que, junto a las obligaciones de protección derivadas del reconocimiento por la propia Generalitat de una denominación de origen o de una indicación geográfica protegida, “...*las autoridades correspondientes colaboran en la protección de las denominaciones geográficas y de calidad catalanas fuera del territorio de Cataluña y ante las correspondientes instituciones de protección europeas e internacionales*”.

En el caso de las reformas estatutarias en trámite parlamentario en las Cortes Generales, tenemos un caso de cada una de las tendencias anteriormente significadas. En primer término, la reforma del Estatuto extremeño contiene una mención a la competencia exclusiva de la Junta de Extremadura para la creación y regulación de las denominaciones de origen y otras menciones de calidad en el artículo de la propuesta. En segundo término, la reforma de la norma institucional básica castellano-manchega en materia de denominaciones de origen es sustancialmente más compleja. Así, el artículo 122 de la propuesta parte de la afirmación de la atribución de forma compartida la competencia en materia de denominaciones de origen y otras menciones de calidad. En este reparto competencial le corresponde en todo caso de forma exclusiva: “...*a) El régimen jurídico de creación y funcionamiento; b) El reconocimiento de las denominaciones o indicaciones; c) La aprobación de sus normas reguladoras; d) Las facultades*

*administrativas de gestión y control; e) El ejercicio de la potestad sancionadora*”. El texto de la propuesta precisa que el ejercicio de las facultades de gestión y control de las denominaciones cuyos límites superen los de la Comunidad Autónoma se llevará a cabo en relación con las actividades, los terrenos e instalaciones situados en Castilla-La Mancha en la forma que las leyes establezcan. La Junta de Comunidades participa en los órganos de las denominaciones cuyo territorio supere el de Castilla-La Mancha y ejerce las facultades de gestión y control en su ámbito en la forma que establezcan las leyes. En todo caso, se afirma que “*La Junta de Comunidades ejercerá la defensa y protección de las denominaciones de origen dentro y fuera del territorio de Castilla-La Mancha, incluso ante las instituciones europeas e internacionales, con la colaboración, en su caso, del Estado*”<sup>61</sup>.

Por último, es necesario reiterar que, dado el carácter superador del Derecho comunitario en la materia, no cabe reserva competencial, ni blindada ni sin blindar, para determinadas disposiciones relativas al régimen jurídico de creación y funcionamiento, al reconocimiento de las denominaciones y la aprobación de sus normas reguladoras o Reglamentos así como a las facultades administrativas de gestión y control de sus actuaciones, salvo en el margen indicado por la jurisprudencia constitucional para la fase nacional de dichos procedimientos<sup>62</sup>.

## ***VI. Márgenes de actuación normativa***

En nuestro Ordenamiento jurídico, la disparidad de intereses que en torno a las denominaciones geográficas han ido emergiendo (interés público, de los productores, de los consumidores, etc.) explica que la figura jurídica fuese, y lo sea aún, huésped del Derecho civil agrario, del Derecho administrativo, del Derecho del consumo o del Derecho de la propiedad industrial. Botana considera que, cualquiera que sea su adscripción, lo que importa subrayar es que la presencia cada vez más sostenida de aquellos intereses ha propiciado el temprano establecimiento de fórmulas de protección jurídica a favor de las DO, protección que se ha articulado en varias direcciones y en planos de dimensiones desiguales<sup>63</sup>.

61. A la vista del Informe de ponencia, no parece que vaya a modificarse sustancialmente la redacción de este artículo 122 de la propuesta ya que sólo constan dos enmiendas a la citada cuestión. Las enmiendas 81 (Grupo Parlamentario Socialista) y 138 (Grupo Parlamentario Popular) recogen la eliminación de “de forma exclusiva” en el inicio de la afirmación de la competencia (BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-18-11 de 19/02/2009).

62. López Benítez, M.: “*Competencias sobre...*”, pág. 833.

63. Botana Agra, M.: *Las Denominaciones de...*, pág.38.

En este sentido, Bercovitz Rodríguez Cano incide en que la protección contra las falsas indicaciones de procedencia se sitúa en el ámbito de la publicidad engañosa y de la competencia desleal. Pero aparte de la protección general que las normas sobre competencia desleal otorgan contra las falsas indicaciones de procedencia, hay supuestos en los que la denominación geográfica adquiere una protección superior, en el sentido de llegar a constituir un derecho exclusivo de utilización dentro del tráfico económico, que es la protección como DOP o IGP<sup>64</sup>. Otra parte de la doctrina extiende también el marco legislativo de protección de las denominaciones de origen a la Ley de Consumidores y Usuarios y a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista<sup>65</sup>.

Asimismo, es conocido –y ya se ha señalado anteriormente– que el sistema de marcas español ha sido tradicionalmente un sistema de protección jurídica a través de derechos de propiedad industrial en el que no han encontrado cabida sólo las marcas, sino también otros signos distintivos de los productos como las DOP y las IGP. Sin embargo, su regulación ha dado lugar a un tratamiento especial fuertemente inspirado por principios de política agrícola y de protección de los consumidores con los que la Ley de Marcas se ha mostrado respetuosa<sup>66</sup>.

Afirma Embid Irujo que, en la elaboración de la normativa autonómica en materia de denominaciones de origen, no convendrá olvidar, por supuesto, que como signos distintivos, éstas muestran una significación jurídica compleja, con evidente incidencia en otras ramas del Ordenamiento como el Derecho administrativo, a la vista, en particular, de la necesaria ordenación del Consejo Regulador de la denominación<sup>67</sup>.

A continuación, se examinan dos elementos fundamentales en relación con los márgenes de actuación normativa; por un lado, el carácter básico de la Ley de la Viña y el Vino y, por otro, la inserción de las disposiciones autonómicas en el Mercado Interior.

### **VI.1. El carácter básico de la Ley del Vino**

La revisión de una serie de conflictos en relación con el Estatuto del Vino, en vigor antes de la Ley de la Viña y del Vino de 2003, son de gran interés pues aportan elementos en torno al concepto de “legislación básica” en la materia.

64. Bercovitz Rodríguez-Cano, A.: “*Nociones introductorias...*”, pág. 88.

65. Gómez Lozano, M<sup>a</sup>.: “*Denominaciones de origen y otras...*”, pág. 101.

66. De hecho, la doctrina considera que la fragmentariedad y dispersión de la regulación de denominaciones de origen e indicaciones geográficas han llevado al legislador a imponer la preparación y remisión al Congreso de los Diputados de un proyecto de ley de denominaciones de origen e indicaciones geográficas de procedencia en la Disposición Adicional Decimonovena de la Ley de Marcas (Massaguer, J.: “*La Ley 17/2001...*”, págs. 4 y 17).

67. Embid Irujo, J.M.: “*Las competencias económicas...*”, pág. 434.

En este sentido, subraya el Consejo de Estado que, en razón del reparto competencial operado por la Constitución, el Estatuto de 1970, como ley estatal, conservaba cuando menos el carácter de norma de Derecho supletorio, en defecto de regulación autonómica, y a una buena parte de sus preceptos habría que reconocerles el carácter básico<sup>68</sup>.

Ahora bien, como el Estatuto del Vino de 1970 era una ley preconstitucional no había en ella, ni podía haberla, una delimitación formal de lo que es básico; tal calificación tenía que inferirse de la propia norma. Para ello, se debe partir de la idea expuesta por el Tribunal Constitucional, que afirmó “...*la finalidad perseguida por la Constitución al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de una materia es asegurar, en aras de intereses superiores a los de las respectivas Comunidades Autónomas, un común denominador normativo, a partir del cual, pueda cada Comunidad, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia en cuestión le ha sido asignado por la Constitución y su propio Estatuto*” (Vid. STC 227/1988 de 29 de noviembre, fundamento 6 y STC 213/1994, de 14 de julio, fundamento 10).

Posteriormente, en su Sentencia 112/1995, el TC precisó que donde el Estado puede dictar normas con carácter básico es en aquellas Comunidades Autónomas que no hayan asumido una competencia exclusiva en la materia, así como con respecto a aquellas denominaciones que, por abarcar el territorio de varias Comunidades Autónomas, precisen de una actuación que necesariamente corres-

68. Esta afirmación descansa en el hecho de que la competencia autonómica en materia de agricultura se ha de ejercer de acuerdo con la ordenación general de la economía, que corresponde en exclusiva al Estado de acuerdo con el artículo 148.1.7 de la Constitución, y en que la ordenación general de la economía supone la facultad para dictar las bases y regular la planificación general de la actividad económica (Dictamen del Consejo de Estado de 27.9.1990, nº 55.376/55125/RS). No interpreta lo mismo el TSJ de Navarra sobre aquellas órdenes dictadas sobre la base de lo dispuesto en la Ley de 1970. En Sentencia de 27 febrero 1996 (RJCA 1996/153), afirma: “...El Estado tendrá que dictar una Ley Básica en la que establezca o señale los grandes fines, principios o limitaciones que tenga por conveniente para que sean respetados por todas las Comunidades Autónomas y éstas se ajusten su actuación administrativa a esa Ley Básica. Por el contrario, lo que no se puede admitir, como pretende el Estado en el presente recurso, es elevar al rango de legislación básica un reglamento aprobado por Orden de Ministerio de Agricultura con fecha 26 de julio 1975 que ni tan siquiera tiene alcance nacional sino limitado a Navarra, pues a través de dicho reglamento se regula la denominación de origen Navarra y su Consejo Regulador. En consecuencia, si tal norma tiene mero valor de Reglamento una vez aprobado el Real Decreto de traspaso de servicios en la materia, Navarra tiene plena competencia legislativa y reglamentaria aunque ciertamente deberá respetar la legislación básica existente, pero para ello el Estado deberá dictar la oportuna Ley”.

ponde a los órganos centrales del Estado, como la DOC Rioja y la DO Idiazábal<sup>69</sup>.

En aquellas Comunidades Autónomas, como el País Vasco, cuyo Estatuto (art. 10.27) afirma la competencia en materia agrícola con carácter exclusivo en colaboración con el Estado, el TC considera que esta competencia exclusiva abarca “... *aprobar, modificar y ordenar la publicación de reglamentos de denominaciones de origen, viniendo obligada la Comunidad a remitir o notificar su Orden al Ministerio de Agricultura con el fin de hacer posible o facilitar la competencia de colaboración estatal*”. Concluye la Sentencia referenciada considerando que “...*el Estado puede, sin duda, dictar normas válidas con carácter básico o pleno según corresponda allí donde las Comunidades Autónomas no tengan competencia exclusiva. E igualmente, puede ordenar las denominaciones de origen que abarquen el territorio de varias Comunidades Autónomas, una actuación que lógicamente sólo pueden efectuar los órganos generales del Estado*”<sup>70</sup>.

La cuestión es compleja pues, por ejemplo, respecto de la autorización o denegación de plantación de viñedos, se reconoce competencia de la Comunidad Autónoma pero no así en lo que atañe a la norma de desarrollo o ejecución de la materia, que constituye reglamentación estatal básica en desarrollo de los reglamentos comunitarios sobre la cuestión<sup>71</sup>.

En el mismo difícil contexto, el TC ha determinado que la competencia de la Comunidad Autónoma acaba con el reconocimiento administrativo, a partir del

69. BOE de 9 de abril 1991, que comprende zonas sitas en País Vasco, Navarra y Rioja) e “Idiazábal” (BOE de 3 de diciembre 1993. En los mismos términos se manifiesta el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 14 de noviembre 2000, RJ 2000/10062, para desestimar el recurso interpuesto por el Gobierno Vasco con motivo del acuerdo de 1 de octubre de 1990 del Consejo Regulador de la Denominación de Origen Calificada Rioja.

70. Esta Sentencia del TC tuvo como consecuencia la reforma del Real Decreto 157/1988, de 22 de febrero, sobre normativa a la que deban ajustarse las denominaciones de origen cualificadas y sus respectivos reglamentos porque su ámbito quedó reducido a las Comunidades Autónomas que hubiesen asumido tan sólo el desarrollo legislativo en dicha materia. Así, mediante el Real Decreto 1906/1995, se definió que el Real Decreto 157/1988 tenía el carácter de normativa básica para las Comunidades Autónomas de Cantabria, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Extremadura e Islas Baleares y era de aplicación plena en las Comunidades Autónomas de Aragón, Canarias, Madrid, Principado de Asturias y Región de Murcia. El citado Decreto quedaba pues con carácter supletorio para las Comunidades Autónomas de Cataluña, País Vasco, Galicia, Andalucía, Navarra y Comunidad Valenciana en tanto que habían asumido competencia exclusiva sobre denominaciones de origen. (Véase, entre otros: Galán Galán, A.: “*Consell consultiu...*”, pág. 4; Serrano-Suñer Hoyos, G. y González Botija, F.: *Comentarios a la Ley de la...*, pág. 207.)

71. STS de 10.12.1999, RJ 1999/9556.

cual es el Estado quien asume la competencia exclusiva para establecer los efectos del reconocimiento y la defensa de la Denominación de Origen en el comercio internacional<sup>72</sup>. Por ello, los recursos de alzada contra los acuerdos de los Consejos Reguladores de denominaciones de origen cuyo ámbito territorial exceda del territorio de una Comunidad Autónoma se sustanciarán ante la Dirección General de Política Agroalimentaria del Ministerio de Agricultura, sin que norma alguna de transferencia vacíe de contenido las competencias del Consejo Regulador de que se trate<sup>73</sup>.

Como hemos afirmado anteriormente, en nuestro Ordenamiento jurídico, la Ley 24/2003, de la Viña y el Vino, viene a establecer un marco legal de ámbito estatal, actualizado y conforme al derecho comunitario y a la Constitución española para las DOP e IGP tanto vónicas como no vónicas y, en función de ello, se convierte en la norma de referencia para el sector de los productos agroalimentarios que asocian calidad al origen geográfico. Entre otros aspectos, cabe destacar la aparente solución de varios conflictos permanentes en este ámbito como era la cuestión competencial y la definición de la naturaleza jurídica de la institución. En cuanto a los términos protegidos para los productos vitivinícolas, el establecimiento de distintos niveles de protección articula un complejo sistema de reconocimiento de nombres geográficos bajo los cuales se ampararán distintas calidades de producto.

En el apartado segundo de este trabajo, se ha abogado por el necesario establecimiento de criterios claros sobre aquello que tiene la consideración jurídica de “básico”, fundamental para obtener un marco legal aceptable para el sector vitivinícola y agroalimentario.

Los primeros intentos en esta línea tras la promulgación de la Ley 24/2003, son los Decretos dictados en desarrollo de la Ley, Reales Decretos 1126/2003 y 1127/2003, al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.13 de la Constitución que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre bases y coordinación general de la actividad económica.

En resumen, los problemas planteados en su día de carácter competencial han pretendido ser solucionados aparentemente en la Ley 24/2003 del Vino, cuya dis-

72. Esta cuestión se reguló por el Real Decreto 1643/1999, de 22 de octubre, sobre el procedimiento de tramitación de solicitudes de inscripción en el Registro Comunitario de las denominaciones de origen y de las indicaciones geográficas protegidas. Con carácter previo, el TC declaró la competencia estatal sobre la cuestión (véase STC 211/1990, de 20 de diciembre).

73. STS de 20.9.2000, RJ 2000/9353.

posición final segunda determina que, al amparo del artículo 149.1.13, una gran parte de la misma constituye legislación básica para el sector vitivinícola. Se afirma que han sido aparentemente solucionados ya que parte de la doctrina ha considerado censurable la técnica de simplificación de títulos competenciales realizada por el legislador estatal en esta materia y ha definido dicha técnica como arriesgada para las competencias autonómicas en la materia, en concreto, cuando las remisiones se realizan en el texto normativo a futuros desarrollos reglamentarios. En este sentido, también ha sido esta técnica de la Ley cuestionada por la doctrina al abordar el legislador estatal gran parte de la materia como regulación básica cuando dispone de un escaso margen para ello, sobre todo si se utiliza la planificación general de la actividad económica como base jurídica<sup>74</sup>.

Al respecto, debe ser objeto de mención que la disposición adicional segunda de la Ley ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad interpuesto por las Comunidades Autónomas de Castilla La Mancha y de Cataluña<sup>75</sup>.

## **VI.2. La complejidad de las disposiciones autonómicas ante el Mercado Interior**

Tras la revisión de la actividad legislativa de los Parlamentos autonómicos en el ámbito material de la calidad agroalimentaria y, alternativa o simultáneamen-

74. En concreto, tienen carácter básico las partes de la Ley del Vino que se relacionan a continuación: el Título I completo, excepto el artículo 4; del Título II, los preceptos siguientes: el capítulo I completo, excepto el artículo 16, los apartados 4 y 8 del artículo 25 y los apartados b), e) y g) del apartado 2 del artículo 26, y el apartado 1 del artículo 31 y el artículo 32; del Título III, los preceptos siguientes: el artículo 37, el apartado 1 del artículo 38 y los apartados 1 y 3 del artículo 3, del artículo 40, los párrafos 1,3 y 4 y del apartado 2 los párrafos a) y b); y los artículos 41, 42, 44, 45. Al respecto, López Benítez considera que esta determinación de los artículos que tienen carácter básico es considerada difícilmente amparable en el artículo 149.1.13 de la Constitución en lo relativo a la definición y titularidad de las denominaciones de origen (artículo 22 y 17.1), la relación entre denominaciones de origen y marcas comerciales (artículo 18.4), la afirmación del principio de veracidad (artículo 18.2) y los derechos al uso y de uso de los signos distintivos (artículo 17.3). En cuanto a la remisión a futuros desarrollos reglamentarios, el autor señala, entre otros, el artículo 5.1 de la Ley del Vino que determina la regulación por el Gobierno de la norma básica de régimen de autorización de nuevas plantaciones y replantaciones de viñedo (López Benítez, M.: *Del Estatuto del...*, págs. 63 y 68). En este contexto, se apunta que probablemente hubiera sido preferible bien la promulgación de un texto refundido de todas las disposiciones vigentes en la materia o bien una norma dedicada a la protección del origen y la calidad de los vinos y al régimen sancionador, dejando los demás aspectos, ya regulados por el legislador comunitario cuyas normas son de aplicación directa y gozan de primacía (Martín Rodríguez, M. A. y Vidal Giménez, F.: *“La nueva ley...*, pág. 61).

75. Este recurso se ha basado, en principio, en que dicha disposición declara básicos dos artículos de la Ley del Vino, que regulan cuestiones de competencia exclusiva de algunas Comunidades Autónomas como son los vinos con DO y los vinos con DOC y los fines y funciones de sus órganos de gestión así como del control y certificación. De igual modo, se ha considerado inconstitucional por los recurrentes la declaración de básico de todo el derecho sancionador puesto que sólo debería circunscribirse dicho carácter básico a las materias que son competencia exclusiva del Estado. [Recurso de inconstitucionalidad 5934/2003 (BOE 262, de 1.11.2003)]

te en algunos casos, y específicamente en el sector vitivinícola, cabe afirmar la aparente complejidad que emana de esta especie de tela de araña de disposiciones autonómicas ante la que el operador económico se enfrenta cuando actúa en el mercado agroalimentario, en general, o vitivinícola, en particular.

Al respecto de las iniciativas legislativas autonómicas conviene recordar que el TC ha declarado que las mismas deben garantizar y no impedir la libre circulación de productos agroalimentarios en el territorio español<sup>76</sup>. Parte de la doctrina apunta críticamente que las citadas iniciativas legislativas autonómicas suponen que el legislador excluye del registro general a uno de los signos distintivos de los que gozan los empresarios para individualizar sus mercancías y esto puede incentivar la confusión existente en nuestros órganos legislativos entre las distintas modalidades de signos distintivos y, concretamente, entre las denominaciones de origen y las marcas<sup>77</sup>.

A esto se añade por la doctrina administrativista que la competencia legislativa autonómica se puede ejercer con el sólo límite, en primer término, del Ordenamiento comunitario y, de manera mucho más limitada, del Ordenamiento estatal a través de su actuación derivada de la regulación de los aspectos que se vean afectados por el principio de unidad económica (149.1.13 CE), las competencias relativas a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 CE) y los títulos estatales que juegan de fondo en el ejercicio autonómico de la práctica totalidad de las competencias (art. 149.1.6 y 8 –legislación civil y mercantil– y 149.1.9 –propiedad industrial–)<sup>78</sup>.

De estas normas autonómicas adoptadas antes y después de la promulgación de la Ley 24/2003, de 10 de julio, de la Viña y el Vino, se pueden identificar gran número de elementos comunes en los distintos campos analizados como han sido el ámbito de protección, los fines que las inspiran, los distintos niveles de protección, la naturaleza jurídica de las instituciones que se regulan en las mis-

76. Vid. la STS de 16.12.1988, RJ 1988/9405. En este litigio, relativo a la impugnación por el Estado de la reglamentación autonómica de la Butifarra catalana, el Tribunal no aprecia que, mediante dicha reglamentación, se haya infringido el artículo 139.2 de la Constitución garantizador de la libre circulación de bienes en todo el territorio español, pues "... la realidad es que en modo alguno resulta mediata o coartada la circulación de los productos que no estén amparados por la denominación establecida, enderezada a garantizar la calidad de un producto típico...".

77. Entre otros, véase: Casado Cerviño, A.: "*Marcas de garantía...*", pág. 497; Largo Gil, R.: "*Las marcas de...*", pág. 24; Leach Ros, B.: "*Las denominaciones...*", pág. 349.

78. López Benitez, M.: "*Competencias sobre...*", pág. 827.

mas, las funciones de los órganos de gestión y de los órganos de control, el establecimiento de los regímenes sancionadores, etc<sup>79</sup>.

Ante la emergencia del fenómeno de los Ordenamientos autonómicos, insospechado hasta hace poco tiempo y que ha arraigado solidamente, Martín Retortillo considera que estos nuevos diecisiete Ordenamientos jurídicos están llamados a convivir entre si cada uno en su territorio, pero a convivir también con el Ordenamiento jurídico para todo el Estado. Se producirá, sin perjuicio de la incidencia de normas supranacionales el fenómeno denominado “interferencia o interconexión de Ordenamientos jurídicos” a cuyo estudio se atiende al abordar la naturaleza jurídica de la institución<sup>80</sup>.

Así, el legislador autonómico sigue encontrándose con una primera opción que consiste en el hecho de regular la institución junto a la ordenación vitivinícola o legislar de una manera conjunta la política agroalimentaria. Junto a ello, tras las reformas estatutarias, el legislador deberá atender, entre otras cuestiones, la ampliación o simplificación de los niveles de protección respecto a los contemplados en la legislación estatal, la coexistencia con las marcas y la regulación de los órganos de gestión y de control.

Igualmente, ha habido una dificultad en extender el ámbito de la DO a los productos agroalimentarios y de momento, la extensión a los productos industriales sólo se ha dado a través de la citada Ley gallega sobre piedras ornamentales, cuya constitucional fue confirmada por el propio TC. Actualmente se discute por la doctrina la posibilidad de extender el régimen de protección de las DO hasta los productos industriales o a las prestaciones de servicios en el ámbito de servicios referidos a la actividad turística<sup>81</sup>.

79. Guillem Carrau, J.: *Las denominaciones...*, págs. 352 y ss.

80. Este complejo sistema de fuentes que se instala sobre la materia objeto de estudio debía ser objeto de racionalización por la legítima aspiración de los ciudadanos a tener seguridad jurídica (Véase Martín-Retortillo Baquer, L.: *La interconexión de los Ordenamientos...*, págs. 50 a 56).

81. Bercovitz Rodríguez-Cano afirma que no cabe ignorar esta posibilidad aunque es evidente que esta extensión plantea problemas en la medida en que los servicios no están normalmente vinculados a productos originarios de una zona determinada, sino solamente a actividades realizadas en esa zona y basada en una forma tradicional de actuar. La transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas en materia de turismo ha hecho que se creen denominaciones geoturísticas en las Leyes de turismo autonómicas y que se constituyan registros regionales de denominaciones o distintivos geoturísticos. Sin embargo a través de estas normas no puede concluirse que estamos ante una denominación de origen sino ante una medida de fomento para hacer propaganda oficial, exterior o interior, de esas denominaciones, sin garantizar la calidad, sin incluir a sus miembros en ningún tipo de organización parecida a los Consejos Reguladores y sin que las características que se propagaban dependieran de factores naturales reales (Vid, entre otros, Bercovitz Rodríguez-Cano, A.: “*Nociones introductorias...*”, pág.

Por último, la conflictividad no se deriva sólo de la actividad legislativa estatal sino también de la actividad normativa de las propias Comunidades Autónomas. Así, por ejemplo, el TC ha tenido que dirimir el conflicto de competencias entre las Comunidades Autónomas de Castilla-La Mancha y Castilla y León en relación con la Orden castellano-manchega de creación de la IG “Vino de la Tierra Castilla”<sup>82</sup>.

89; Gómez Lozano, M.: *Los signos distintivos en la...*, págs. 51 y ss. y “*La denominación geoturística...*”, pág. 343; Leach Ros, B.: “*Las denominaciones...*”, pág. 343; López Benitez, M.: *Las denominaciones...*, págs. 72 y 74).

82. El objeto de este proceso constitucional es determinar si 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, por la que se regula la indicación geográfica “Vino de la Tierra de Castilla” y se establecen los requisitos para su utilización, vulnera las competencias de la Comunidad Autónoma de Castilla y León. La controversia competencial que se pretende suscitar, para el TC, “...carece de relevancia constitucional puesto que no ha quedado acreditada la existencia de invasión, menoscabo o condicionamiento del ámbito de competencias de la Comunidad Autónoma de Castilla y León. Esa falta de la necesaria conexión con el ámbito competencial propio, presupuesto necesario e insoslayable del conflicto positivo de competencia, se confirma además por el hecho de que, en el supuesto de que se considerase que no era posible que la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha dictara la Orden impugnada, la consecuencia que se seguiría no sería el reconocimiento de la competencia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, puesto que en ningún caso podría ésta realizar una actuación como la llevada a cabo por la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, que se encuentra en el origen del presente proceso constitucional, sino la afectación a las competencias de un tercero, el Estado, el cual, ni ha sido parte en la controversia planteada, ni tampoco ha acudido ante este Tribunal Constitucional reaccionando, a través de los mecanismos previstos al efecto en la Constitución española y en nuestra Ley Orgánica, ante esa eventual vulneración de su acervo competencial propio. Y es que ni la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha puede autorizar una denominación genérica que excede de su ámbito territorial y de su propia denominación como Comunidad Autónoma ni tampoco podría Castilla y León por las mismas razones” (STC 44/2007, FJ 9). No obstante, es de referencia obligada también el voto particular que formula el Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel respecto de la Sentencia puesto que, en su opinión, “...no puede negarse que el comportamiento normativo de la Comunidad de Castilla-La Mancha a través del empleo exclusivo de la denominación geográfica “Castilla”, resulta contrario al orden constitucional de distribución de competencias, considerando incluido en el acervo competencial autonómico establecido en la Constitución la determinación de la denominación propia de la Comunidad Autónoma a la que hace referencia el art. 147.2 a) CE, de tal forma que, habiendo asumido ambas a través de los respectivos Estatutos de Autonomía las denominaciones de Castilla-La Mancha y Castilla y León, resulta inadmisibles el empleo exclusivo, por parte de una de ellas, de la denominación genérica “Castilla”, dado que, conforme a lo sentado en la STC 94/1985, de 29 de julio, la función identificadora de la denominación de la Comunidad Autónoma determina que la competencia reconocida a estas no se agota únicamente en la potestad para fijar su denominación sino también para regular, de forma exclusiva, su utilización de modo que la denominación no pueda ser utilizada por otra sin el consentimiento de aquélla a la que corresponde. En este caso concreto, en el que la denominación afecta a dos Comunidades Autónomas, estimo que resulta contrario al orden constitucional de competencias que cada una se apropie en exclusiva del empleo de dicho término, máxime si ello supone, como en el caso planteado, el impedir a otra su uso, dado que, a mi entender, se condiciona el legítimo ejercicio de las competencias de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, al obstaculizar que esta última utilice su toponímico (...). Por todo ello estimo que lo correcto hubiera sido la admisión del conflicto para, analizado en profundidad el “enfrentamiento” competencial entre ambas Comunidades, decidir en consecuencia”. Véase, entre otros: Vidal Martín, T.: “*El fin de la guerra...*”, págs. 288 y ss.

## Niveles de protección

Respecto a los niveles de protección de la calidad reconocidos por la Ley 24/2003, la doctrina se plantea si las Comunidades Autónomas podrían alterar los establecidos para los productos vitivinícolas. Ante esta cuestión la redacción del artículo 13.1 de la Ley estatal 24/2003 establece un facultativo “*los vinos podrán...*” que no aporta elementos para esclarecer la cuestión planteada<sup>83</sup>.

Al respecto, es evidente que la disposición mencionada no supone un *numerus clausus* de categorías, por lo que el legislador autonómico, en un principio, no encontraría más límites que los derivados del reparto competencial de la Constitución española, pues como se ha mencionado en el apartado de este capítulo dedicado a la cuestión competencial, la introducción de nuevas categorías debe incardinarse en el máximo respeto a la unidad de mercado garantizada por el artículo 132 de la Constitución y la ordenación general de la economía del artículo 149.1.13. De igual modo, el legislador autonómico debería reconocer como límites a su capacidad normativa el acervo comunitario desarrollado en torno a la libre circulación de mercancías. Es oportuno traer a colación el abuso de figuras intermedias (labels de calidad, vinos de la tierra, etc.) por las Comunidades Autónomas que sospechosamente protegen sus vinos, cuyas zonas de producción coinciden con su territorio, con etiquetas de calidad que adoptan el nombre de la Comunidad. En el ámbito comunitario este abuso se imputa igualmente a las autoridades nacionales de los EM y ha provocado litigios varios ante el TJCE<sup>84</sup>. En este sentido, es conocido que una denominación genérica delimitada geográficamente es una *contradictio in terminis*, siendo en realidad una marca de garantía que, conforme a derecho, debería estar abierta a la entrada de competencia incluso de otras Comunidades, siempre y cuando se cumplan los reglamentos al uso<sup>85</sup>.

Por todo ello, respecto a la cuestión de si el listado de niveles de protección establecido en la Ley de la Viña y el Vino constituye un *numerus clausus o apertus* la respuesta parece que ha de ser deducida del análisis de la legislación autonómica que no se ha separado un ápice de lo dispuesto por el legislador estatal y comunitario.

83. López Benitez, M.: *Del Estatuto...*, pág.134.

84. Véase, entre otras: STJCE de 12.10.1978, asunto Eggers, 13/78, Rec. pág. 1935; STJCE de 10.11.1992, asunto Exportur, C3/91, Rec. 1992-9, pág. I-5552; STJCE de 7.05.1997, asunto Pistre, C-321/94, C-322/94, C-323/94, y C-324/94; y más recientemente, STJCE de 17.6.2004, asunto etiqueta de calidad valona, C-255/03.

85. De la Calle Robles, L.: “*Denominaciones de...*”, pág. 35.

En relación con los niveles de protección, al igual que se ha diferenciado anteriormente, cabe distinguir entre las leyes autonómicas circunscritas al ámbito de la viticultura y aquellas leyes que abarcan el conjunto del sistema agroalimentario aunque las mismas recogen con mayor o menor fidelidad los niveles de protección establecidos por el derecho comunitario y los creados en el margen de decisión que le resta por el legislador estatal.

Respecto a las leyes autonómicas estrictamente vitivinícolas, de manera idéntica al legislador estatal, la norma desglosa los distintos niveles de protección en, por un lado, VCPRD, que comprenden los vinos de calidad con IG, los vinos con DO, los vinos con DOC y los vinos de pago y, por otro, los vinos de mesa, que se dividen en vinos de mesa y vinos de mesa con derecho a la mención tradicional “vino de la tierra”<sup>86</sup>.

En cuanto a los niveles de protección de las leyes autonómicas cuyo objeto es la calidad agroalimentaria en su conjunto, procede destacar al legislador rio-

86. Así, es destacable que el legislador manchego regule en esta Ley la figura de los vinos de mesa con indicación geográfica y la de los vinos de la tierra de Castilla La Mancha, previamente al reconocimiento de dichas figuras por el legislador estatal. De este modo, por su carácter previo a la Ley estatal, son de referencia los artículos 27, 28 y 29 de la Ley 8/2003, de 20 de marzo, de la Viña y el Vino de Castilla La Mancha. En esta Comunidad Autónoma, la calificación de los vinos para cada nivel de protección se efectuará por el Instituto Vitivinícola de Castilla-La Mancha (IVICAM) en los términos establecidos en el artículo 33 de la Ley vitivinícola castellano-manchega. Al margen de la calificación y descalificación de los vinos, se regula por este legislador la certificación de origen o de procedencia. También es importante que se remita para la regulación de los vinos de pago, en virtud de la Disposición Adicional Segunda de la Ley, al Decreto 127/2000 de la Junta de Castilla-La Mancha. En la Comunidad Autónoma del País Vasco, con carácter previo también a la Ley estatal, el Título IV de la Ley 5/2004 de Ordenación Vitivinícola quedo dedicado a la regulación de los vinos de calidad producidos en dicha Comunidad y a su protección. En este primer grupo de legisladores autonómicos vitivinícolas, con posterioridad a la Ley estatal, cabe citar los artículos 37 a 43 de la Ley 2/2005, de 27 de mayo, de Ordenación del Sector Vitivinícola de la Comunidad Valenciana. Como curiosidad de esta Comunidad Autónoma, debe mencionarse que la indicación “Vinos de la tierra de Castellón” fue creada con carácter previo a esta Ley y, como expresamente se determinó en la orden correspondiente, su reconocimiento deriva directamente del artículo 51 del Reglamento CE nº 1493/1999 (Véase: Orden CAPA de 23 de septiembre 2003, DOGV 4601, de 30.10.2003). De manera similar a lo referenciado, queda establecido en el Título II de la Ley 8/2005, de 10 de junio, de la Viña y el Vino de Castilla y León, que respeta el esquema básico de la Ley estatal, salvo en lo relativo al embotellado en origen que es obligatorio para los vinos de la Tierra de Castilla y León, los vinos de calidad con IG y los vinos de calidad con DO (López Benítez, M.: “Algunas anotaciones sobre...”, pág. 41). Mención específica merece el Capítulo I del Título III de la Ley Foral 16/2005 de Navarra, en el que no se considera a los vinos de mesa dentro del sistema de niveles de protección del origen y la calidad de los vinos, clasificando los niveles de protección en vinos de la tierra, vinos con DO Navarra y vinos de pago, requiriéndose en este último caso que las tierras para las que se reconoce dicho nivel de protección fueran durante 10 años antes reconocidas como DO. En la Ley 10/2007, de protección del origen y la calidad de los vinos de Andalucía, el artículo 6 recoge idénticos niveles de sistema a los contemplados en la Ley estatal.

jano, cuya Ley abarca las figuras de calidad agroalimentaria existentes y las que se puedan crear en el futuro dentro de un marco jurídico adecuado para conseguir estos fines, incluyendo las marcas de garantía y las marcas colectivas y realizando una determinación expresa de dicho marco legal de ámbito comunitario y estatal. Esta inclusión en el ámbito de protección de la ley de las marcas de garantía y de las marcas colectivas es destacable e innovadora en España<sup>87</sup>.

En definitiva, como se ha planteado en el marco del Libro Verde de Calidad Agroalimentaria, quizás sea conveniente plantear una simplificación de los distintos niveles de protección con el fin de avanzar en la transparencia y en la información al consumidor<sup>88</sup>.

87. Asimismo, cabe destacar que, el legislador gallego, en esta cuestión, emplea el término denominación geográfica para abarcar a las DOP, IGP, las denominaciones específicas y las denominaciones geográficas de bebidas espirituosas, los vinos de mesa con IG y las distintas categorías de vcpd de la normativa comunitaria. En este grupo, respecto a la Comunidad Autónoma de La Rioja, la Ley 5/2005 de los sistemas de protección de la calidad agroalimentaria, como se afirma en su exposición de motivos y se desarrolla en el artículo 4 de la Ley, "...ordena y regula el funcionamiento en la Comunidad Autónoma de La Rioja de los sistemas de protección de la calidad agroalimentaria desarrollados al amparo de los Reglamentos Europeos 2092/91 (agricultura ecológica), 2081/92 (protección de productos agrícolas y alimenticios ligados a un origen geográfico) y 2082/92 (protección de productos agrícolas y alimenticios no ligados a un origen geográfico), las figuras de calidad agroalimentaria basadas en marcas de garantía o en marcas colectivas tal y como se definen ambas en el Capítulo II, Título VII de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, las derivadas de la legislación estatal en materia vitivinícola; así como cualquier otra figura de protección que pueda regularse en este ámbito en el futuro en base a normativas comunitarias, estatales o autonómicas". Igualmente, conviene señalar que la Ley 8/2002 de vitivinicultura de La Rioja no se ocupa de los niveles de protección sino a efectos de los regímenes sancionadores y la gradación de las infracciones. En este contexto, la innovación terminológica del legislador gallego se recoge en La Rioja en el artículo 7 de la Ley 2/2005, de 18 de febrero. En este conjunto de Comunidades Autónomas con Ley general de calidad agroalimentaria, en la Comunidad Autónoma de Cataluña, mediante la Ley 14/2003, de calidad agroalimentaria se ha definido y regulado con carácter general las DOP y las IGP y el procedimiento para aprobar su reconocimiento en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. Los vinos de calidad se encontraban ya regulados en la Ley 15/2002, de ordenación vitivinícola. Debe mencionarse que en la citada Ley de calidad agroalimentaria se contiene una definición de denominaciones geográficas circunscrita al ámbito de las bebidas espirituosas en un curioso capítulo de "otras figuras de protección de la calidad" junto a las especialidades tradicionales garantizadas, la marca de calidad agroalimentaria, la producción integrada o ecológica y la producción transgénica y que la mención "vino de la tierra" fue incorporada en 2005 al conjunto de figuras de calidad mediante la modificación de la Ley 15/2002, de Ordenación Vitivinícola, por la Ley 15/2005, de Ordenación económica. Por último, el legislador aragonés diferencia el concepto de calidad estándar y calidad diferenciada e incluye en el segundo las llamadas denominaciones geográficas de calidad, incorporadas al artículo 27 de la Ley 9/2006, de 30 de noviembre, de Calidad Alimentaria de Aragón. En la Ley aragonesa, el término denominaciones geográficas de calidad como objeto de protección, ha sido ampliamente desarrollado y abarca las DOP e IGP reguladas en el Reglamento CE nº 510/2006 y los vinos de la tierra y las distintas categorías de vcpd contempladas en el Reglamento CE nº 1493/1999 y en la Ley 24/2003.

88. Algún sector de la doctrina italiana se ha manifestado en contra de dicha simplificación (Albisini, F.: "*Un libro verde sulla* - ..., pág. 10) y, en nuestro ámbito, con carácter previo al Libro verde, Coello Martín se posicionó a favor de la simplificación en vinos de mesa y vinos amparados (VCPD) del marco legislativo andaluz (Coello Martín, C.: *Las bases históricas*..., pág. 1460).

## Coexistencia con las marcas

Respecto de los ámbitos de protección de las disposiciones autonómicas, éstas vienen a coincidir en manifestar la protección de los signos en cuestión frente a los usos distintos a los regulados, desde la producción hasta la comercialización, declarando que los mismos no pueden ser empleados en la designación, presentación o publicidad de productos que no cumplan los requisitos exigidos en cada caso<sup>89</sup>.

89. Cabe destacar también la mención del apartado 3 del artículo 27 de la Ley castellano-manchega a la reserva de uso de los nombres propios en favor de los vinos de mesa o vinos vcprd. Interesa señalar que, en Castilla-La Mancha, de acuerdo con el artículo 36 de la Ley 8/2003, cuando las agrupaciones de productores reconocidas como interprofesionales, sean titulares de un derecho de marca sobre el logotipo o signo reservado para su empleo en la presentación de tales vinos podrán licenciar su uso por los embotelladores y además podrá identificarse un valor de certificado de denominación de origen a la contraetiqueta o precinto licenciado por la interprofesional. Asimismo, en el artículo 26 de la Ley de Ordenación Vitivinícola del País Vasco, se limita el derecho de uso de los nombres protegidos en productos amparados y se destaca la prohibición de utilizar indicaciones falsas o falaces en cuanto a la procedencia, origen, naturaleza o características esenciales en el envase, en la publicidad o en otros documentos. El legislador autonómico del País Vasco extiende la protección a todas las fases desde la producción hasta la comercialización, presentación, publicidad, etiquetado y documentos comerciales. De este modo, se precisa que las marcas, nombres comerciales, o razones sociales que hagan referencia al nombre protegido sólo podrán utilizarse en vinos con derecho a los mismos. Por último, se precisa que cuando la marca de un producto sea utilizada para varios niveles de protección deberá indicarse claramente el mismo para evitar la confusión del consumidor. Con posterioridad a la Ley estatal, por ejemplo, procede mencionar los artículos 35 y 36 de la Ley 2/2005, de 27 de mayo, de Ordenación del Sector Vitivinícola de la Comunidad Valenciana. En particular, la protección comprende desde la producción a todas las fases de comercialización, presentación, publicidad, etiquetado y a los documentos comerciales de los productos en cuestión. Dicha protección, reza el artículo 37 de esta ley, implica la prohibición de emplear cualquier indicación falsa o que induzca a confusión acerca de la procedencia, origen, naturaleza y características esenciales de los productos tanto en el envase o embalaje, como en la publicidad y documentos relativos a ellos. Al final, respecto a la legislación autonómica esencialmente vitivinícola, cabe destacar que la Ley del Vino de Castilla y León, al contrario de otras leyes autonómicas, se abstiene tan siquiera de repetir lo que la Ley del Vino estatal dispone en cuanto a la titularidad, uso, gestión y protección, por entender, con mejor criterio que la propia Ley estatal que tales preceptos afectan a la competencia exclusiva del Estado sobre propiedad industrial y legislación mercantil. En este sentido, la Ley castellanoleonesa únicamente incluye dos determinaciones relativas a la protección de los nombres y las marcas pero que por no afectar al núcleo duro de la regulación mercantil de la materia resultan, a juicio de López Benitez, perfectamente incardinables y legítimas en la competencia autonómica, como son el uso de nombre de unidades territoriales menores incluidas en un nivel de protección (art. 13.1 de la citada Ley) y la asociación de marcas a un determinado nivel de protección (art. 13.2 de la misma Ley) (López Benitez, M.: *“Algunas anotaciones sobre la...”,* pág.19). De este modo, el legislador castellano-leonés pone especial atención al uso de las marcas por los operadores vitivinícolas y, en virtud del artículo 13 de la Ley castellano-leonesa, autoriza que sea el Reglamento de cada vcprd donde se extienda la protección otorgada al nombre geográfico al uso de los nombres de la región, comarca, subzona, municipios, localidades y lugares correspondientes a la zona de producción, elaboración y envejecimiento delimitada, quedando bajo la competencia del Consejero de Agricultura la autorización de la utilización de una marca acogida a un nivel de protección para se utilizada en la

En este contexto, la Comisión plantea en el Libro Verde si debe fomentarse más activamente el uso de otros instrumentos como la protección de las marcas registradas. Junto a las denominaciones geográficas se observan figuras jurídicas vecinas o cercanas a las mismas. Entre éstas, pueden distinguirse, por un lado, instrumentos creados desde el derecho público como son las especialidades tradicionales garantizadas o los labels de calidad, y, por otro, las marcas colectivas y las marcas de garantía, figuras propias del Derecho de marcas, pero que gozan de elementos en común con las denominaciones geográficas.

En todo caso, la coexistencia entre una marca y una DO o IG puede ser organizada por el Ordenamiento Jurídico, considerando a ambas Instituciones complementarias a pesar de ser diferentes las unas de las otras<sup>90</sup>. A modo de ejemplo, en

comercialización de vinos que no gocen de ese nivel de protección. Analizando con detalle lo apuntado, es relevante incidir en que la finalidad de ambas menciones es evitar la confusión del consumidor y, por ello, parece que tienen que ver más con reglas de etiquetado que con el propio Derecho de marcas. La excepción por autorización del Consejero autonómico para utilizar una marca acogida a un nivel de protección en la comercialización de vinos que no gozan de dicho nivel es un punto cuanto menos criticable (López Benitez, M.: “*Algunas anotaciones sobre la...*”, pág.21). La Ley 10/2007, en Andalucía, regula la cuestión en su artículo 11. En cuanto a las disposiciones legislativas autonómicas que abarcan la calidad agroalimentaria, el artículo 9 de la Ley dictada por el Parlamento de Galicia y el artículo 2 de la Ley del Parlamento de Cataluña son una referencia al respecto. En cuanto a la coexistencia con las marcas, por ejemplo, el legislador gallego señala, en el artículo 9 de la Ley de Calidad Agroalimentaria, que sólo podrán usarse las marcas, nombres comerciales o razones sociales que hagan referencia a los nombres geográficos protegidos en productos con derecho a la denominación de que se trate sin perjuicio de lo contemplado en la normativa comunitaria sobre la materia. Como se ha comentado, en La Rioja, se definen específicamente las marcas de garantía y las marcas colectivas en el artículo 6.2 de la Ley de sistemas de calidad agroalimentaria, destacando que el pliego de condiciones de usuarios de la marca colectiva deberá ser aprobado por la Dirección General competente del Gobierno regional con carácter previo a su llevanza al registro, habilitándose a tal efecto registros específicos para las figuras de calidad y las marcas colectivas por los artículos 11 y 12 de la Ley. En Aragón, las marcas, nombre comerciales o razones sociales que hagan referencia a los nombres geográficos protegidos por las denominaciones únicamente podrán utilizarse en productos con derecho a la denominación de que se trate, sin perjuicio de la normativa comunitaria. De acuerdo con el artículo 29 de la Ley de calidad alimentaria aragonesa, cuando una marca, nombre comercial o razón social se utilice para productos al amparo de una denominación geográfica de calidad y fuera de la misma simultáneamente, deberá evitarse la competencia desleal entre los operadores y la confusión de los consumidores mediante la introducción en el etiquetado, presentación y publicidad de estos productos de los elementos suficientes para diferenciar los unos de los otros de manera clara y sencilla.

90. Las experiencias más recientes en derecho comparado, la jurisprudencia comunitaria y el derecho internacional, consideran que estos derechos forman parte de la propiedad industrial. Así, por ejemplo, como se ha estudiado en capítulos anteriores de este trabajo, en un principio mientras que la marca registrada de buena fe anteriormente a la fecha de depósito de la solicitud de registro de una DOP/IGP puede seguir siendo utilizada, las denominaciones geográficas anteriores que entraban en conflicto con DOP/IGP por usurpación o imitación no podían coexistir más de 5 años en el mercado. Ello en virtud de lo dispuesto en la redacción original del artículo 13 del entonces vigente Reglamento (CE) n°

nuestro Ordenamiento, las denominaciones geográficas están protegidas en el marco de la Ley del Vino, del Derecho Mercantil (marcas, competencia, y sociedades), del Derecho Penal y del Derecho Comunitario<sup>91</sup>. En cierto modo, se puede afirmar que nos encontramos ante una institución de carácter “transversal”<sup>92</sup>.

### Órganos de gestión y órganos de control: los Consejos Reguladores

La posibilidad de que los órganos de gestión se constituyan como órganos de naturaleza jurídica privada fue una de las novedades de la legislación estatal que ha levantando las críticas de la doctrina administrativista, al considerarse que el abanico de posibilidades organizativas abierto es de difícil puesta en marcha por alejarse de la tradición jurídica de nuestro país<sup>93</sup>. En este contexto, la doctrina también apunta la contradicción entre la nueva Ley de la Viña y del Vino y algunas leyes autonómicas. Así, por ejemplo, la normativa catalana en cuanto a los órganos de control y gestión es contradictoria con la emanada del legislador estatal. En particular, los artículos 25 y 26 de la Ley de la Viña y el Vino y el artículo 11 de la Ley autonómica catalana mantienen criterios completamente distintos respecto de la separación de los órganos de control y gestión de los Consejos Reguladores<sup>94</sup>.

En cuanto a la gestión de los signos de calidad, en el conjunto de Parlamentos autonómicos ha coincidido el legislador en separar dichas funciones de las de control, salvo el legislador autonómico catalán. Esta distinción es preceptiva por lo dispuesto por el derecho comunitario y estatal como ha sido afirmado anteriormente<sup>95</sup>.

2081/92, que actualmente ha sido modificada. No obstante, se preveía la coexistencia para los nombres geográficos homónimos de las DOP/IGP (arts. 12.2 y 7.4 y 5).

En el ámbito internacional, como ha sido detallado, el Acuerdo ADPIC prevé que las marcas registradas de buena fe en un Estado con carácter previo a la firma del Acuerdo por dicho Estado o con carácter previo a la fecha de protección de la IG en el Estado de origen, pueden coexistir sin limitación en el tiempo (art. 24.5 ADPIC, conocida como cláusula del abuelo o de los pecados del pasado). Para las IG vitivinícolas, el ADPIC dispone la coexistencia de homonimias bajo condición de tratamiento diferenciado para evitar el error del consumidor.

91. Millán Salas, F.: “*La denominación de...*”, pág. 65.

92. Embid Irujo, J. M. : “*Las competencias económicas...*”, pág. 432.

93. Fanlo Loras, A.: *Informe CCA...*, pág. 407.

94. Martín Rodríguez, M. A. y Vidal Giménez, F.: “*La nueva ley...*”, pág.61.

95. En el caso de Castilla y León, afirma López Benítez que más compleja es la solución en los supuestos en que el Reglamento de la Denominación haya permitido que las labores de control las realice una entidad privada. En estos casos, es evidente que ésta no puede actuar las funciones públicas enumeradas en el art. 38 de la LVCL. El art. 39 pretende resolver esta cuestión mediante una previsión bastante ambigua. Dice al respecto que «el control y la certificación de los vinos de pagos reconocidos dentro de la zona de producción de un vino de calidad con indicación geográfica, denominación de origen

En relación con los órganos de gestión en el ámbito autonómico, cuando se trata del nivel de protección de DO o DOC se suele reservar para identificar a dichos órganos de gestión el término Consejo Regulador y se les reconoce personalidad jurídica propia, autonomía económica, plena capacidad jurídica y capacidad para cumplir sus funciones, entendiendo que quedan sujetos al derecho público en lo relativo a su constitución, organización y procedimiento electoral y en las actuaciones que impliquen un ejercicio de funciones públicas.

En cambio, cuando se trata de otros niveles de protección, se determina su personalidad jurídica única y naturaleza privada proponiendo para los mismos la forma de asociación privada y prohibiendo la utilización del término Consejo Regulador en algunos casos.

Asimismo, nos encontramos con disposiciones autonómicas que inciden en el criterio adoptado en la Ley 24/2003, de 10 de julio, de la Viña y del Vino, de introducción de la novedad legislativa de los órganos de gestión privados, otorgando a los mismos facultades y supervisando su funcionamiento como directores determinadas figuras de calidad agroalimentaria y otras que no. No obstante, apunta López Benitez, la Ley estatal “...no diseña un modelo de gestión, control y certificación de los vinos con calidad, sino que, por el contrario, abre un menú muy variado, provisto de componentes incluso antagónicos, para que las Comunidades Autónomas elijan”<sup>96</sup>.

En el conjunto de Comunidades Autónomas que legislaron con carácter previo a la Ley 24/2003, el artículo 23 de la Ley del Vino de Castilla-La Mancha establece que las organizaciones de productores serán reconocidas para los dis-

o denominación de origen calificada deberán ser realizados por el órgano de control del nivel de protección en el que están incluidos». Lo que, a nuestro juicio, pretende expresar este precepto lo expresa con mayor propiedad el art. 27.4 de la LV, en el sentido de que, como chirriaría que estos organismos privados desempeñasen ciertas funciones públicas —como, por ejemplo, el ejercicio de la potestad sancionadora—, que no pierden empero esa cualidad por el hecho de que el control de los vinos se haya confiado a una entidad privada, elevarán sus decisiones a la autoridad competente para la que tendrán un carácter vinculante. Trasladando estas previsiones al problema que ahora nos ocupa parece que, en el caso de las Denominaciones de Origen, esta autoridad competente no ha de ser otra que el propio Consejo Regulador en cuanto órgano de gestión. Sin embargo, la cuestión no queda clara en la LVCL porque, de un lado, el art. 47.1, antes aludido, parece sostener lo contrario, y, porque, de otro lado, el art. 26.2 de la LVCL, cuando enumera las funciones de los órganos de gestión, tampoco enumera estas atribuciones de control de naturaleza pública, probablemente porque está contemplando genéricamente los órganos de gestión, tanto los de naturaleza pública como los de naturaleza privada (López Benitez, M.: “*Algunas anotaciones sobre...*”, pág. 38)

96. López Benitez, M.: “*Algunas anotaciones sobre...*”, pág 17.

tintos niveles de protección por la Consejería como órganos de gestión, reservando a las agrupaciones de productores de vinos VCPRD la denominación de Consejo Regulador cuando reúnan los requisitos establecidos en la legislación vigente para ser reconocidas como interprofesionales. Esta mención legal es confusa puesto que, como es conocido, las interprofesionales no tienen personalidad jurídica pública en nuestro Ordenamiento<sup>97</sup>.

97. Así, por un lado, en el artículo 23.1 de la Ley castellano-manchega, se reconoce a las agrupaciones de productores y a las asociaciones privadas constituidas a iniciativa de los productores la posibilidad de constituirse en órganos de gestión que adoptarán la denominación de Consejo Regulador cuando puedan ser reconocidas como interprofesionales y se subrogarán en la titularidad de bienes, derechos y obligaciones de los actuales Consejos Reguladores de acuerdo con la disposición transitoria segunda de dicha ley. Por otro, el artículo 25 de la citada Ley determina que dichas asociaciones profesionales o empresariales legalmente constituidas se someterán al derecho privado salvo respecto a los actos dictados en el ejercicio de determinadas funciones que podrán ser objeto de impugnación en vía administrativa ante el órgano competente de la Consejería de Agricultura y Ganadería, determinándose algunos de los casos, por ejemplo, respecto al ejercicio de la función de establecer los rendimientos, límites máximos de producción y transformación, la forma, condiciones y control del riego, la llevanza de registros reglamentarios y la gestión de los recursos económicos establecidos para la financiación de los mismos. En este sentido, procede concluir que las funciones públicas de certificación y control serán desempeñadas por un organismo autónomo de carácter administrativo, el Instituto del Vino de Castilla-La Mancha, IVICAM. En Navarra, se manifiesta la Ley foral de ordenación vitivinícola en sus artículos 19 y 20, precisando para los vinos de pago en su artículo 21 que el órgano de gestión, de personalidad jurídica privada, podrá gestionar varios vinos de pago. En Castilla y León, el artículo 24 distingue, por un lado, la figura del Consejo Regulador como Corporaciones de Derecho público para la gestión de las DO, las DOC y los vinos de pago y, por otro, las asociaciones privadas legalmente constituidas como órganos de gestión de los vinos de calidad con IG. Respecto a éstas últimas, como se ha afirmado respecto al caso manchego, en Castilla y León, se coincide al señalar que será el Instituto Tecnológico Agrario de Castilla y León el órgano que desempeñará las funciones públicas que por su naturaleza privada dichas asociaciones no puedan desempeñar. En la Ley 9/2006, de calidad alimentaria de Aragón se articula también la posibilidad de que los órganos de gestión de los vinos de pago tengan personalidad jurídica privada cuando haya inscrito un solo vitivinicultor. No obstante, los órganos de gestión de las DO y DOC de vinos y las DOP e IGO de productos alimenticios tendrán carácter de corporación de derecho público y se denominará Consejo Regulador. Como Disposición Adicional novena se preceptúa que reglamentariamente se determinará la forma de gestión para los vinos de la tierra y los vinos de pago, pudiéndose establecer que se aplique lo dispuesto en la propia Ley aragonesa para los Consejos Reguladores. Por último, no sólo por la historia y la tradición de esta región en la elaboración de vino el modelo organizativo de las figuras de calidad agroalimentaria en la Comunidad Autónoma de La Rioja merece mención separada al resto de Comunidades Autónomas. La regulación riojana se singulariza entre las autonómicas en función de las disposiciones relativas a la organización de los órganos de gestión y control de las denominaciones geográficas. En La Rioja, el artículo 6 de la Ley de sistemas de calidad agroalimentaria resuelve igualmente la cuestión de la naturaleza jurídica pública o privada de los órganos de gestión pero precisando que cuando se adopte la opción de la naturaleza privada, la asociación privada que resulte quedará abierta a todos los operadores. Así, el modelo establecido en La Rioja comprende el funcionamiento, gestión -permitiendo tanto las formas jurídico-públicas como las privadas-, promoción, control, certificación y procedimiento sancionador en el ámbito de los sistemas de protección de la calidad agroalimentaria. En el ámbito del control y la certificación, cabe destacar que la Ley de sistemas de calidad agroalimentaria de La Rioja introduce una mención al autocontrol por los operadores y subraya que la principal característica de las figuras reconocidas como órganos de gestión

En el ámbito autonómico, de este modo, existe un segundo grupo de Comunidades Autónomas en cuyas leyes sectoriales se identifican los órganos de gestión como modelos corporativos de naturaleza pública<sup>98</sup>.

de naturaleza privada es el autocontrol por parte de los operadores, y, en algunos casos, un control por certificaciones externas, basadas en el cumplimiento de una norma técnica, reglamento o pliego de condiciones. En el artículo 17 de la Ley de sistemas de calidad agroalimentaria de La Rioja se inserta una definición de Autocontrol cuya literalidad es la siguiente: "...Los operadores serán los responsables primeros del cumplimiento de las normas que les afecten, ejecutando las actuaciones necesarias para acreditar el citado cumplimiento frente a las entidades externas de control y/o certificación y al órgano de la Comunidad Autónoma responsable de la superior inspección". En idéntico sentido, se manifiesta el legislador aragonés. Por último, el artículo 18 de la Ley 10/2007 articula esta posibilidad y la de fragmentación de las facultades corporativas en el territorio de Andalucía, hecho que ha sido criticado por la doctrina (Coello Martín, C.: *Las Bases históricas...*, pág. 1446).

98. En estas Comunidades Autónomas, los órganos de gestión de las DOP e IGP aparecen solamente definidos como Corporaciones de Derecho público, como es el caso del artículo 8 de la ley de calidad agroalimentaria de Cataluña, en cuyo preámbulo se introduce la consideración de los consejos reguladores de las DOP e IGP como corporaciones de Derecho público con personalidad jurídica propia, a diferencia de la normativa anterior que los definía como órganos desconcentrados de la administración. Así, el artículo 10.1 de la Ley de Ordenación Vitivinícola de dicha Autonomía corrobora lo afirmado. En este mismo sentido se manifiesta la normativa autonómica sobre la materia en Baleares (Artículo 3 del Decreto 49/2004 de 28 de mayo, de régimen jurídico y económico de los consejos reguladores y de otros entes de gestión y de control de la denominación de calidad, BOCAIB de 5.6.2004). Con carácter previo, el artículo 28 de la Ley 10/2003, de 22 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas establece que los Consejos reguladores, u otros entes asimilados de gestión y control de denominación de calidad, creados y regulados por la normativa autonómica balear en vigor constituyen corporación de derecho público de base asociativa, con autonomía y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus funciones, que deben ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado, sin perjuicio de la aplicación del ordenamiento jurídico público respecto al ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas. En el País Vasco, debe referenciarse el artículo 31.3 de la Ley 5/2004, de 7 de mayo, de ordenación vitivinícola. En Murcia, el artículo 1 de la Ley 6/2003, de 12 de noviembre, de los Consejos Reguladores, afirma que los Consejos Reguladores tendrán personalidad jurídica propia como corporaciones de Derecho público, autonomía económica y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus funciones. Complementariamente, véase también el artículo 12.2 de la Ley 2/2005, de 18 de febrero de protección y defensa de la calidad alimentaria gallega. En Cantabria, los Consejos Reguladores también tienen la consideración de órganos desconcentrados en virtud de lo dispuesto en la Ley 3/2000, por la que se crea el Organismo Autónomo Oficina de Calidad Alimentaria. En idéntico sentido se manifiesta la Ley canaria que proclama que los Consejos Reguladores del Vino son Corporaciones de Derecho Público. De igual modo, el legislador de la Comunidad Valenciana apunta la figura del Consejo Regulador para las DO y DOC de manera idéntica a la Ley 24/2003 en sus artículos 44 y siguientes, determinando que "...los órganos de gestión son corporaciones de derecho público, que con carácter general, sujetan su actividad al derecho privado, y están dotados de personalidad jurídica propia y de plena capacidad para el desarrollo de sus fines, pudiendo realizar toda clase de actos de gestión y administración, excepto en las actuaciones que impliquen el ejercicio de potestades o funciones públicas, en las que deben sujetarse al Derecho administrativo", pudiendo un órgano de gestión ocuparse de dos o más denominaciones de calidad con IG, DO, DOC y, en su caso, vinos de pago. En la Comunidad Valenciana, tras la conocida como Ley de acompañamiento del año 2006, se ha establecido que todos los Consejos Reguladores creados hasta la fecha se constituyen como corporaciones de derecho público, sin perjuicio de dejar abierta para los futuros la posibilidad de adoptar una naturaleza jurídica pública o privada. Desde el punto de vista de la técnica normativa, merece especial atención en el ámbito de

Junto a lo enunciado, con carácter común, la referencia a las funciones del órgano de gestión en el ámbito autonómico está centrada en la representación, defensa, garantía y promoción de las denominaciones. Esto es también un elemento a destacar, así como la referencia a los principios básicos de organización (ausencia de ánimo de lucro, democracia, representatividad sectorial y paridad, etc.) y a los múltiples aspectos de su composición, competencias, recursos económicos, etc.<sup>99</sup>.

En cuanto al control y certificación de los distintos niveles de protección, las disposiciones normativas autonómicas coinciden en reconocer una doble opción. Incluso en las Comunidades Autónomas que han adoptado el modelo participativo por el que los órganos de gestión se configuran sólo como personas jurídico-públicas, el legislador autonómico particular ofrece la posibilidad de que las potestades de certificación y control sean ejercidas por el propio Consejo Regulador o por una entidad pública o privada. Al tratarse de vinos de calidad con IG, el control podrá ser realizado por un Instituto Tecnológico Autonómico o por una entidad que cumpla los requisitos establecidos para las operaciones de control de conformidad con la norma UNE- EN 45011 o si se trata de inspecciones de conformidad con la norma UNE EN-45004. Será, en definitiva, el propio Reglamento del Consejo Regulador quien se pronuncie sobre la fórmula de control y certificación. Por la doctrina administrativista, se apunta que la elección de la entidad certificadora debe realizarse a través de concurso puesto que se trata del ejercicio de funciones públicas y la elección de la entidad de certificación deberá respetar los principios de transparencia, objetividad, publicidad y competencia<sup>100</sup>.

la Comunidad Valenciana, la opción elegida por Les Corts Valencianes para proclamar que los órganos de gestión de los Consejos Reguladores en la Comunidad Valenciana tendrán naturaleza de Corporaciones de Derecho Público. De este modo, se incluyeron unos preceptos ex professo y sin conexión con ninguna otra norma legal en el Capítulo XXVII, que reza “De la Protección de los sistemas de Calidad Agroalimentaria”, de la Ley 10/2006, de 10 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera y de Organización de la Generalitat (DOGV 5416, de 28.12.2006).

99. Véase, por ejemplo, el artículo 44.3 de la Ley valenciana, el artículo 7 de la Ley de sistemas de calidad agroalimentaria de La Rioja, el artículo 9 de la Ley de calidad agroalimentaria catalana o el artículo 31 de la Ley de Ordenación Vitivinícola del País Vasco respecto a los principios básicos organizativos. En cuanto a la composición, véase el artículo 27 de la Ley castellano-leonesa, el artículo 44.6 de la Ley valenciana o los artículos 11 y 12 del Decreto del Gobierno Balear; Respecto a los recursos económicos, el artículo 20.6 de la Ley foral navarra puede servir de referencia sobre la regulación de los recursos económicos. En idéntico sentido, también pueden referenciarse el artículo 32 de la ley castellano-leonesa, el artículo 49 de la ley valenciana, el artículo 17 del Decreto balear o el artículo 17 de la Ley de calidad agroalimentaria gallega.

100. López Benítez, M.: “*Algunas anotaciones sobre...*”, pág. 37. En el ámbito del control y la certificación, cabe destacar que la Ley de sistemas de calidad agroalimentaria de La Rioja introduce una

En el resto de niveles de protección, a las opciones anteriores se añade la posibilidad de realizar el control mediante un órgano de naturaleza pública adscrito al órgano de gestión pero separado del mismo, sin dependencia jerárquica y que se nutra de personal independiente<sup>101</sup>.

En este caso, la necesaria armonización a escala comunitaria de los mecanismos de control y certificación llama a su separación orgánica y funcional de los Consejos Reguladores o de los órganos de gestión de los signos distintivos. Con este fin, sería oportuno reflexionar sobre los “atajos” en materia de certificación y control, como el que se mantiene en algunos Ordenamientos jurídicos, como el del Reino de España, donde la vigente Ley del Vino permite que sea el propio Consejo el que se autocontrole.

#### Derecho sancionador

En el ámbito del régimen sancionador, los Parlamentos autonómicos han legislado con mayor o menor extensión, dependiendo de los casos, las funciones de inspección y sanción, el estatuto del personal inspector, la tipificación de las

mención al autocontrol por los operadores y subraya que la principal característica de las figuras reconocidas como órganos de gestión de naturaleza privada es el autocontrol por parte de los operadores, y, en algunos casos, un control por certificaciones externas, basadas en el cumplimiento de una norma técnica, reglamento o pliego de condiciones. En el artículo 17 de la Ley de sistemas de calidad agroalimentaria de La Rioja se inserta una definición de Autocontrol cuya literalidad es la siguiente: “...Los operadores serán los responsables primeros del cumplimiento de las normas que les afecten, ejecutando las actuaciones necesarias para acreditar el citado cumplimiento frente a las entidades externas de control y/o certificación y al órgano de la Comunidad Autónoma responsable de la superior inspección”. En idéntico sentido, se manifiesta el legislador aragonés. Por último, el artículo 18 de la Ley 10/2007 articula esta posibilidad y la de fragmentación de las facultades corporativas en el territorio de Andalucía, hecho que ha sido criticado por la doctrina (Coello Martín, C.: *Las Bases históricas...*, pág. 1446).

101. Por ejemplo, entre otros, pueden relacionarse las siguientes disposiciones: el artículo 36 de la Ley castellano-leonesa, el artículo 15 de la Ley de Calidad Agroalimentaria gallega, el artículo 8 de la Ley de calidad agroalimentaria riojana, artículo 9 del Decreto balear, artículo 13 de la Ley de calidad agroalimentaria catalana. En la Comunidad Valenciana, remitiendo para la determinación de los sistemas de control al artículo 27 de la Ley del Vino estatal, la Ley de Ordenación Vitivinícola de la Comunidad Valenciana precisa que cuando se trate de vinos de mesa, su procedencia será certificada por la Consellería competente en materia de agricultura y alimentación a requerimiento de los interesados (para el resto de niveles de protección la certificación podrá ser expedida por el órgano de control correspondiente) [Artículos 50 de la Ley 2/2005, de 27 de mayo, de Ordenación del Sector Vitivinícola de la Comunidad Valenciana.]. En el País Vasco, se limita la opción al órgano de control integrado o el independiente en el artículo 35 de la Ley de Vitivinicultura. En Navarra, el control será realizado para todos los niveles por un órgano de control único: Institución de Derecho Público, Organismo Público o sociedad pública de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley foral de ordenación vitivinícola.

infracciones y la cuantía y criterios de gradación de las sanciones. Con carácter específico, se han realizado remisiones a las disposiciones de la Ley 24/2003, de la Viña y el Vino<sup>102</sup>.

A modo de conclusión, las normas que determinan el derecho sancionador tienden a configurarse de manera respetuosa con los principios consagrados por la jurisprudencia para el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración.

### *VII. Conclusiones*

La cuestión competencial ha sido uno de los prismas de observación del proceso de reformas estatutarias con mayor trascendencia pública

Ante el silencio de la Constitución española sobre las denominaciones geográficas, desde el inicio del proceso autonómico, se consideró la incorporación de la competencia sobre denominaciones de origen a algunos Estatutos de Autonomía en sus primeras redacciones.

Desde el punto de vista del Derecho mercantil, se considera que por su naturaleza de signos distintivos la competencia sobre las mismas corresponde al Estado en virtud de la competencia exclusiva en materia de propiedad industrial. No obstante, el propio Tribunal Constitucional ha reconocido la posibilidad de legislar sobre las mismas con base en otros títulos competenciales como son la agricultura, etc. De este modo, con carácter previo o posterior a la Ley de la Viña y el Vino de 2003, los legisladores autonómicos han regulado las denominacio-

102. De este modo, el principio de tipicidad preside el conjunto de normativas autonómicas, determinándose en algunas de estas disposiciones la figura de los responsables y clasificando las infracciones en leves, graves y muy graves y determinando las consecuencias de la concurrencia de infracciones, las sanciones principales y las accesorias, el apercibimiento, la pérdida del derecho a la obtención de ayudas, la proporcionalidad y efectividad de la sanción, las multas coercitivas y la prescripción. En cuanto a la potestad sancionadora, los órganos competentes para resolver suelen identificarse con las Consejerías correspondiente sobre la materia, salvo en el caso de Aragón que se determina también la titularidad de las entidades locales, se entiende por atención a las comarcas. Por ejemplo, los artículos 38 y ss. de la Ley castellano-manchega, el artículo 27 y ss. de la Ley foral navarra, el artículo 45 y ss. de la Ley de Calidad Agroalimentaria catalana, los artículos 36 y ss. de la Ley de Ordenación Vitivinícola vasca, los artículos 14 y ss. de la Ley de Sistemas de Calidad Agroalimentarios riojana, los artículos 64 y ss. de la Ley de Calidad Agroalimentaria gallega, los artículos 42 y ss de la Ley de la Viña y el Vino castellano-leonesa, los artículos 51 y ss. de la Ley de Ordenación Vitivinícola de la Comunidad Valenciana y los artículos 54 y ss. de la Ley de calidad alimentaria de Aragón.

nes de origen en el conjunto de la ordenación vitivinícola o en el más amplio ámbito de la calidad agroalimentaria.

Las recientes reformas estatutarias también han afectado a la literalidad de la mención competencial sobre las denominaciones de origen. El legislador estatutario ha propuesto una redacción, en algunos de los casos, mucho más extensa de la competencia, incidiendo en fortalecer la capacidad normativa autonómica en diversos ámbitos que le habían sido reconocidos jurisprudencialmente por el TC.

En gran parte de lo sustantivo de estas menciones, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas ya habían ejercitado dicha capacidad reguladora y la reforma del Estatuto ha confirmado con mención expresa, en determinados casos, la posibilidad de regular el derecho sancionador, los posibles niveles de protección; el régimen de titularidad de las denominaciones, la regulación de las formas y las condiciones de producción y comercialización de los correspondientes productos, así como el régimen de la organización administrativa de la denominación de origen o las funciones específicas de los Institutos de calidad agroalimentaria.

Más problemas ofrece el establecimiento de los márgenes legislativos estatal y autonómicos respecto a la competencia para la creación y el reconocimiento de las denominaciones o las indicaciones geográficas y la aprobación de sus Reglamentos pues esto es una cuestión regulada por el Derecho comunitario y, en dicha normativa, la intervención de la Administración del Estado y de la Comisión Europea es inevitable.

En este contexto, es necesario volver a mencionar que, en relación con las denominaciones de origen, el Derecho comunitario ha constituido un derecho superador de las tradiciones jurídicas de los Estados miembros y su evolución permanente determina una subsiguiente evolución normativa en los Estados miembros.

Un ejemplo de ello es la cuestión de los niveles de protección de la calidad agroalimentaria. Pese a que algún legislador estatutario se manifieste a favor de la posibilidad de ampliar los niveles de protección, la evolución normativa comunitaria avanza en otra dirección. Las tesis sobre si la Ley del Vino establecía un listado abierto de niveles de protección y, por ende, los legisladores autonómicos podían ampliarlo, debería quedar en suspenso ante la tendencia simplificadora del proceso de revisión normativo de la figura jurídica que se ha iniciado a escala comunitaria.

Otro de los aspectos abordados en el proceso de revisión del Derecho comunitario consiste en la posibilidad de ampliar el ámbito objetivo de la protección. Este aspecto no ha sido modificado tras las reformas estatutarias pero la Comisión europea ha planteado también una revisión de este aspecto normativo. Por ello, aquel legislador estatutario que no haya mencionado expresamente que las denominaciones de origen no se refieren exclusivamente a producciones agroalimentarias ha validado la posibilidad de que el legislador autonómico regule la figura respecto a productos naturales o servicios. No obstante, respecto a esta cuestión, se tendrá que estar también al resultado de la revisión normativa iniciada por la Comisión Europea.

En definitiva, las recientes reformas estatutarias han puesto de manifiesto con carácter general que el problema consiste no sólo en cerrar el modelo de Estado, sino en buscar un equilibrio entre la vigencia de los principios de unidad, igualdad y solidaridad con las asimetrías garantizadas constitucionalmente y que pueden afectar a temas competenciales, estructuras e, incluso, al orden financiero. Esta reflexión, adaptada a la cuestión de las denominaciones geográficas, pone de manifiesto que, en muchas ocasiones, la actividad legislativa estatal y autonómica ha producido una maraña normativa que, lejos de simplificar a los operadores económicos su actividad, la complica.

Ante la evidencia de que las reformas estatutarias no han añadido elementos nuevos de carácter sustantivo a la situación preexistente en materia de denominaciones de origen, el sistema de protección de las denominaciones de origen tendría que ser objeto de revisión y armonización, bien a la vista de la reforma comunitaria de la Institución iniciada con el Libro Verde, bien afrontando una reforma de la legislación básica y, consecuentemente, de la autonómica.



---

---

## II. NOTAS

---

---

### SUMARIO

- **Jesús López de Lerma Galán**, La denuncia en las Cortes de Cádiz de la publicación *El duende político*
- **Wendy Mercedes Jarquin Orozco**, Renacimiento de la finalidad incapacitadora de la pena de prisión a raíz de la LO 7/2003. Análisis a la luz de la Constitución Española
- **Saule Amandykova**, Assembly of People of Kazakhstan -a new institution of international consent and interethnic tolerance in Republic of Kazakhstan



LA DENUNCIA EN LAS CORTES DE CÁDIZ  
DE LA PUBLICACIÓN *EL DUENDE POLÍTICO*

Jesús López de Lerma Galán

*Abogado e investigador de Derecho Constitucional*

SUMARIO

1. *El liberalismo en El Duende Político.*
2. *Límite, control y responsabilidad de las Cortes en el ejercicio de la libertad de imprenta.*
3. *La calificación de los impresos.*
4. *Las facultades de las Cortes y el Consejo de Regencia.*
5. *Conclusiones sobre el número 11 de la publicación El Duende Político.*

*Referencias bibliográficas.*

*Documentos analizados.*

### ***1. El liberalismo en El Duende Político***

El 24 de septiembre de 1810 las Cortes se constituyeron en la Isla de León, hoy San Fernando, pero será en febrero de 1811 cuando se trasladan a Cádiz. Una de las primeras tareas de las Cortes fue dar carácter legal a la libertad de imprenta a través del decreto de 1810, y será en 1811 cuando se produce una importante eclosión de periódicos gaditanos de tinte liberal como el *Duende Político*, el *Mentor o ilustrador popular*, *La Triple Alianza* ó *El Patriota de las Cortes*, entre otros.

El año 1811 fue políticamente difícil pues es un periodo de transición y de cambios. Se había formado una Regencia constituida por Joaquín Blake, general en jefe del ejército del Centro, Pedro de Agar y Bustillo, capitán de fragata, director general de las Academias de Reales Guardias Marinas, y Gabriel Ciscar, jefe de la escuadra, gobernador militar de Cartagena y secretario electo de Marina. Con la elección de estas tres personas, de escaso relieve en la escena política, las Cortes consiguieron alumbrar una Regencia más formal que efectiva alejando posibles fricciones competenciales y afianzando más el principio de la soberanía de las Cortes. Sin embargo, este equilibrio sólo duró hasta el mes de marzo de 1811 en el que empezaron a surgir fricciones entre las Cortes y la Regencia, que culminará con la renuncia de los regentes y la formación en 1812 de otra nueva Regencia<sup>1</sup>. España vive una situación complicada a lo largo de 1811, la falta de un monarca que impulse al país, la guerra contra las fuerzas napoleónicas, la inestabilidad política del momento y la ineficacia de la Regencia incapaz de superar los problemas políticos determinan un año de crisis.

Los sectores de la sociedad española contrarios a cualquier innovación criticaron el decreto sobre libertad política de imprenta de 1810. El clero, preocupado por la proliferación de escritos, contemplaba como la imprenta libre criticaba los abusos de la Iglesia tradicional. Un importante número de eclesiásticos intentaron demostrar que con la libertad de imprenta peligraba fundamentalmente la esencia misma de la religión. Las protestas del clero, junto con el apoyo y críticas de personajes del Antiguo Régimen, sirvieron para propagar mensajes

1. Flaquer Montequi, Rafael: "El ejecutivo en la Revolución liberal" en VV. AA: *Las Cortes de Cádiz*, Marcial Pons, Madrid, 1991, págs. 48-51.

Pascual, Pedro: *La libertad de expresión un bien escaso*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, pág. 97.

Eguizabal, José Eugenio: *Apuntes para una historia de la legislación sobre imprenta desde el año 1480, al presente*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1879, pág. 97.

de catástrofes ante la proliferación de libelos y folletos anticlericales que abogaban por destruir los fundamentos de la sociedad, calificando negativamente la libertad de imprenta<sup>2</sup>.

Cádiz se convirtió en 1811 en un referente en la historia de la prensa española surgiendo periódicos como *El Duende Político* que profesaba ideas liberales avanzadas<sup>3</sup>. Esta publicación fue redactada por el sacerdote Miguel Cabral Noroña, que tras un tiempo en España marchará rumbo a Filadelfia, donde editará dos periódicos en castellano<sup>4</sup>. *El Duende Político* criticó al Gobierno en diversas ocasiones, estos ataques provocaron que tanto la publicación como su editor, Cabral de Noroña, fueran denunciados ante las Cortes, una actitud que influyó negativamente en el prestigio del Consejo de Regencia. Las denuncias no seguían los trámites legales y algunos diputados consideraban que en las publicaciones no había nada que mereciera reprobación. El Consejo de Regencia quería intervenir en el control de escritos sin observar los límites que establecían el reglamento del Poder Ejecutivo y el decreto sobre la libertad de imprenta. En el contexto de la crisis financiera y militar, la sensación de ineficacia evidenciada por el gobierno se traducían en un malestar social que se reflejaba en las sesiones de las Cortes. Los regentes fueron acusados de abusar de sus atribuciones, lo que generó en julio de 1811 una crisis que evidenciaba el fracaso del esquema de Gobierno creado por las Cortes<sup>5</sup>. El estudio del caso del *Duende Político* permite poner de manifiesto la crisis y el conflicto competencial que padece el Consejo de Regencia, además nos sirve para comprobar, a través de los *Diarios de Sesiones* de las Cortes, cómo van surgiendo problemas con la prensa y se buscan medios para acallar las críticas y las voces de protesta.

*El Duende Político* de ideas liberales avanzadas estuvo marcado por la polémica desde sus inicios. En su número 15 se defiende la libertad de prensa y ataca a la Junta de Censura con las siguientes menciones: “Un miserable curso en nuestras oscuras Universidades es el bello caudal de sus luces. ¿Qué saben ellos de críticas, de filosofía, de historia, de política, de derecho natural, de...? ¿Y juzgarán de lo que no entienden? ¿Por qué se ha de haber establecido que tres de

2. Derozier, Albert: *Manuel José Quintana y el nacimiento del liberalismo en España*, Turner, Madrid, 1978, pág. 623.

3. Solís, Ramón: *Historia del periodismo gaditano*, Instituto de Estudios Gaditanos, Excma. Diputación Provincial de Cádiz, Cádiz, 1971, pág. 75.

4. Checa Godoy, Antonio: *Historia de la prensa andaluza*, Fundación Blas Infante, Sevilla, 1991, pág. 35.

5. Morán Orti, Manuel: *Poder y Gobierno en las Cortes de Cádiz (1810-1813)*, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, págs. 152-153.

los nueve individuos que componen las provinciales sean eclesiásticos? No lo comprendemos...”. Los artículos del *Duende Político* desencadenan una serie de reacciones en cadena en otras publicaciones, y en personajes relevantes de la época como Antonio Cano Manuel, fiscal del Consejo Real, a modo de avisos y advertencias para moderar el uso de la libertad de imprenta. El *Duende Político* cargaba contra todo el que se opusiera a su ideario, llegando a atacar a las clases dirigentes del país sin tener en cuenta las consecuencias que de dichas acciones se podían derivar. Una situación de la que se hace eco otra publicación de la época, *El Redactor General*, que dice en diversas informaciones: “Parece que se anda buscando al editor de *El Duende* para ponerle preso”, “Cuentan que el editor de *El Duende* ha marchado a Inglaterra”. El *Diario Mercantil*, finalmente aclaró que en Filadelfia existía una publicación mensual que bajo el nombre *El Cosmopolita* o el *Duende en América* lo publicaba el mismo autor que el del *Duende Político*<sup>6</sup>. Los planteamientos de *El Duende Político* respondían en algunos momentos con una lógica aplastante, propia del sentido común. La Junta de Censura, formada por eclesiásticos no podía tener las bases necesarias para establecer un control de escritos pues carece de la libertad ideológica y moral para enfocar un escrito con objetividad. La carencia, en algunos casos, de un conocimiento interdisciplinar en materias tan básicas como la filosofía o el derecho, son elementos más que suficientes para apoyar la idea de que el sector religioso no debería tener tanto peso en dicha Junta. Si alguna crítica se le puede hacer al *Duende Político* es de excederse en sus críticas, de buscar un liberalismo a ultranza que sobrepase los límites de la propia realidad, y de defender sus ideas al coste que sea.

Antes de entrar al análisis, es importante señalar que la estructura de los debates sobre la ley de imprenta que se producen en el caso del *Duende Político* fue similar a la de los producidos sobre otros temas. Básicamente, y tras ser denunciada una publicación en el Congreso se emiten diversas opiniones (generalmente catalogadas en dos bloques, liberal y servil) enjuiciándola. A dichas opiniones calificables se superpone otro nivel de controversia, según proceda tratar el tema en las Cortes o remitir su enjuiciamiento a otro organismo legalmente constituido (en este caso las Juntas de Censura). Por último, el asunto se abandona, bien porque se haya sentenciado por las Cortes, o porque se tramite a la comisión de imprenta para su estudio y dictamen o porque se envía a un organismo extraparlamentario (unas veces las Juntas de Censura, otras tribunales especiales nombrados al efecto). Finalmente es frecuente en las Cortes de Cádiz

6. Solís, Ramón: *El Cádiz de las Cortes: la vida en la ciudad en los años 1810 a 1813*, Silex, Madrid, 1987, págs. 339-390.

que haya asuntos que quedan pendientes de resolución definitiva<sup>7</sup>. A lo largo del análisis del caso del *Duende Político* y en el resto de publicaciones objeto de estudio en esta investigación encontraremos algunas de las circunstancias mencionadas.

## ***2. Límite, control y responsabilidad de las Cortes en el ejercicio de la libertad de imprenta***

Las publicaciones que atacan las estructuras sociales y políticas, representaban un claro peligro que desde las Cortes no se podía permitir. Por eso, las Cortes Generales y Extraordinarias se convierten en un foro de debate que sirve para entender cómo se resolvían los principales conflictos con los periódicos de la época. Un ejemplo de ello es la denuncia que se presentó contra el número 11 del periódico *El Duende Político*<sup>8</sup> por las críticas que aparecían en la publicación contra los españoles que ocupaban cargos políticos y que habían jurado o servido a José Bonaparte. Para algunos diputados este hecho fue un abuso de la libertad de imprenta, frente a otros que no veían delito. A lo largo de este análisis seguiremos las diferentes fases por las que pasó este proceso.

Al tener conocimiento del asunto los diputados, se establecen diferentes posturas. Por un lado que se siguiese “en este negocio el orden que prescribe la ley”, es decir acudir a la legislación para dilucidar el motivo de la infracción y en consecuencia aplicar la correspondiente sanción. Otros diputados manifiestan que “dejar impunes los abusos de la libertad de imprenta puede provenir de los enemigos de dicha libertad, que quizá trataban de desacreditarla por estos medios indirectos”. Detrás de esta frase sencilla, se esconde toda una argumentación sobre posibles detractores de la libertad de imprenta, que quieren acabar con dicha libertad a través de medios indirectos que ponen de manifiesto los fallos que tiene y los abusos que se cometen por el hecho de haberse concedido.

La gran mayoría de los diputados están a favor de que se sigan los trámites señalados por la ley, así lo manifiesta Torrero quién además añade que:

7. La Parra López, Emilio: *La libertad de prensa en las Cortes de Cádiz*, Nau Libres, Valencia, 1984, págs. 71-72.

8. La reproducción de los *Diarios de Sesiones* de las Cortes de Cádiz de 1811 dónde se discuten los argumentos, informaciones y detalles expuestos sobre el número 11 de la publicación *El Duende Político*, sirven para fundamentar el presente artículo.

*(...) la publicación del Duende Político solo incluía verdades y no añadía nada susceptible de ser reprobado, pues muestra el deseo que tienen todos los españoles de que no ocupen empleos públicos los que han servido ó jurado al intruso José<sup>9</sup>.*

Podemos observar cómo subyace cierto odio hacia la invasión francesa y la figura de José Bonaparte impuesto en el trono español por la acción estratégica e imperialista de su hermano. Por eso desde ciertos sectores se critica que los leales a José Bonaparte ocupen empleos públicos, un elemento propio del sentir popular que se refleja en el periódico *El Duende Político*, de ahí que haya posturas que estiman que no debe ser castigada dicha publicación.

Otros diputados piensan que podríamos estar ante un delito de gran trascendencia si realmente estos escritos fueran subversivos o atacasen al Gobierno. También se insiste en la obligación de los fiscales para denunciar los papeles que fuesen sediciosos o perjudiciales para la política gubernamental. Se vuelve a proteger las esferas estatales y políticas de los ataques que pudieran surgir, y para ello se busca la intervención de los fiscales para que realicen las denuncias. La utilización de los fiscales servirá para tener un control mucho más exhaustivo de lo que está pasando. Una postura similar a la que muestra el diputado Creus<sup>10</sup> quien además opina que:

*Siendo obligación de los fiscales denunciar los escritos perjudiciales debe dárseles un ejemplar de todo lo que se imprimiese<sup>11</sup>.*

Laguna hace un planteamiento que establece que: “es bueno que se toleren los desafíos para que así se guardase el debido respeto y se refrenasen la licencia de los escritores”<sup>12</sup>. Una postura intermedia que en el fondo implica una censura previa pues está manifestando que hay que establecer un mayor control en el ámbito de las licencias.

Uno de los principales argumentos a favor de la libertad de imprenta será el que desarrolla el diputado Mejía que señala que:

9. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 253. Sesión del día 11 de junio de 1811, pág. 1239.

10. Diputado por Cataluña.

11. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 253. Sesión del día 11 de junio de 1811, pág. 1239.

12. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 253. Sesión del día 11 de junio de 1811, pág. 1239.

*No corresponde a las Cortes tratar de semejantes negocios, puesto que para la libertad de imprenta había un reglamento sabio que prevenía todos los casos; y que así como los fiscales debían denunciar los abusos que advertían en la libertad de la imprenta, debían igualmente cuidar de que ésta se mantuviera en toda la monarquía, así en España como en América, no permitiendo que un gobernador u otra autoridad bajo cualquier pretexto la vulnerase, suprimiéndola o coartándola, como quizás sucedía con escándalo en algunas provincias de la península y en varias de la América, no habiendo circulado en Nueva-España el decreto que la establecía<sup>13</sup>.*

Una situación que confirma Arispe<sup>14</sup>, quien además solicita que se mandase llevar a efecto en toda la América el decreto de la libertad de la prensa. La legislación referente a la libertad de imprenta se convierte en el marco oportuno para establecer controles, de hecho se alude al reglamento que prevenía los casos. Por tanto, hay una censura previa o una actitud de control. La figura del fiscal va a tomar especial relevancia no sólo denunciando los abusos de la libertad de imprenta sino también velando por mantener la libertad de imprenta en España y en América, evitando que cualquier Gobernador o autoridad la vulnerase, suprimiese o coartase. Además, se asegura que hay situaciones que limitan dicha libertad en provincias de la Península y en América. La acción para que se lleve a efecto el decreto de la libertad de imprenta muestra que hay sectores políticos con la intención de extender dicha libertad más allá de nuestras fronteras y conseguir su consolidación.

El Sr. Presidente entiende que “son los tribunales los que deben dirimir el conflicto” por lo que propone que se envíe el expediente y declara que debe existir en cada distrito un sujeto encargado de examinar impresos para denunciar los que lo mereciesen. Concluyó reprobando los papeles públicos en los que se hablaba con descaro de personas particulares, especialmente si ya habían sido juzgados por los tribunales competentes. Hay un apoyo manifiesto al Poder Judicial como garante de los derechos de los ciudadanos, si bien debemos matizar que se intenta reforzar la labor de control de impresos a través de los sujetos establecidos en los distritos. Es fundamental también hacer mención a la necesidad de proteger a los particulares de los ataques que se pueden hacer en papeles públicos, pues de alguna forma se establecen los cimientos de los derechos de la personalidad y el honor frente a posibles abusos.

13. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 253. Sesión del día 11 de junio de 1811, pág. 1239.

14. Diputado americano eclesiástico.

Por último, se añade que todos los papeles presentados sobre este asunto pasasen por la Regencia para que se hiciese observar el reglamento de la libertad de imprenta<sup>15</sup>. Se remite por tanto al Consejo de Regencia el poder, entendido como control del ejercicio de la libertad de imprenta, una máxima demasiado frecuente en estos tiempos que hacía imposible hablar de libertad en pleno sentido.

### ***3. La calificación de los impresos***

En el *Diario de Sesiones* del día 23 de junio de 1811, asistimos a un importante desarrollo sobre el caso que suscita el número 11 del periódico *El Duende Político*. Las publicaciones objeto de censura se presentan como elementos perjudiciales que provocan graves daños y que deben ser objeto de control por parte de los órganos políticos y jurídicos.

En este ejemplo vemos cómo el Ministerio de Gracia y Justicia informa a las Cortes que el Consejo de Regencia ha dirigido a la Junta Censoria el ejemplar del periódico objeto de discusión. Además, se añaden los informes y representaciones del fiscal del Consejo Real, Antonio Cano Manuel y del autor de dicho periódico. El Consejo de Regencia se considera autorizado para firmar las providencias oportunas en los casos de publicaciones de papeles sediciosos, sin embargo, no lo ha hecho por respeto al Congreso Nacional que prescribió ese método en su decreto sobre la libertad de imprenta dictado para los casos ordinarios y de menor trascendencia.

En el lenguaje utilizado para exponer el caso apreciamos una condena a priori. Se habla de “publicación de papeles sediciosos” y de alguna forma, entendemos que se produce una condena en el uso de estas expresiones. Hay diputados que utilizan estas referencias para hacer una crítica al Gobierno o atacar las bases estatales, así queda expuesto en los interrogantes que plantea el diputado Dou<sup>16</sup>:

15. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 253. Sesión del día 11 de junio de 1811, pág. 1240.

16. Diputado por Cataluña. El jurisconsulto y literato, Ramón Lázaro Dou De Bassols, nació en Barcelona el 11 de febrero de 1742. Estudió en el Colegio de jesuitas de su ciudad natal y luego Derecho en la Universidad de Cervera, obteniendo una cátedra en el año 1776. Tuvo a su cargo la cátedra de ascenso, la de decretales, y la de decretos y prima de leyes, contando en su hoja de servicio la realización de catorce oposiciones. Fue también canónigo en la catedral de Barcelona por presentación de la Universidad de Cervera. Elegido diputado a Cortes durante la guerra de la Independencia mereció, por su saber y patriotismo, presidirlas en la ciudad de Cádiz en 1811, interviniendo eficazmente en cuantas discusiones de importancia se suscitaron, como la abolición del tormento, la libertad de imprenta, la organización por provincias, los planes de Hacienda, etc. En 1813 fue diputado suplente, siendo además

*¿Cómo se negará al Gobierno la facultad para asegurar la tranquilidad pública? ¿Y cómo podrá velar sobre ella teniendo que esperar la calificación de un papel sedicioso, que en el interin puede ya haber perturbado el orden público?*<sup>17</sup>.

Estas reflexiones abren el debate sobre los efectos de las publicaciones. Mientras se espera la calificación de un papel como “sedicioso”, ese escrito está circulando lo que implica que su efecto negativo se ha hecho sentir en la sociedad y ha perturbado el orden público. Este diputado mantiene que la impresión de un papel “sedicioso” (se sigue prejuzgando en el uso del propio lenguaje) agrava el delito y en consecuencia se debe actuar con mayor contundencia contra aquel que lo publica. Señala que esta actitud no se opone al Reglamento de Imprenta y en consecuencia es necesaria para asegurar la tranquilidad del Estado.

Otros diputados como Muñoz Torrero afirman que “la libertad de imprenta es un freno del Gobierno”. Encontramos un postulado que rompe con la política liberal y que sirve para defender los argumentos a favor de un control de la libertad de imprenta por parte del Gobierno.

Expresiones importantes son las contenidas en el reglamento del Consejo de Regencia cuando se habla de “conservación de la tranquilidad pública”. Se intenta asegurar el bienestar social y público sin ningún tipo de interferencia que altere ese estado de tranquilidad. De ahí se infiere que el Consejo de Regencia está autorizado para tomar las medidas conducentes a la seguridad del país. En este sentido se plantea las posibles soluciones ante la existencia de papeles sediciosos que comprometan o perturben ese orden, en estos casos se le daría consentimiento al tribunal correspondiente para ejercer las oportunas acciones.

La argumentación de Argüelles plantea puntos de interés. Afirma que nadie pone en duda que la Regencia está autorizada para tomar las providencias bajo su responsabilidad:

*Lo que si es menester es que el Ministro que aconseja a la Regencia la prisión del escritor, no equivoque el desahogo y franqueza con que las gentes veja-*

diputado del clero de la provincia de Tarragona. Autor de numerosas escritos, su obra principal fue Instituciones de Derecho público general en España con noticias del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado (Madrid 1800). Valorado por sus discípulos por su tolerancia, saber y bondad, murió en Cervera el 14 de diciembre de 1832.

17. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 263. Sesión del día 22 de junio de 1811, pág. 1301.

*das pueden decir verdades duras, con otras expresiones que son hijas de una verdadera sedición o que la promueven*<sup>18</sup>.

Aquí lo que se plantea es una explicación de lo que posteriormente los juristas definirían como excepción de veracidad. Se admite la crítica de las publicaciones sediciosas, pero se debe extremar la cautela para no condenar aquéllas que son verdaderas.

La distinción entre una verdadera sedición de la que no lo es, centra gran parte del debate de la sesión. Argüelles señala que frente a las ansias del Ministro por arrestar en función de lo que las Cortes digan, debe anteponer los criterios estipulados por ley. El Poder Ejecutivo debe entender el espíritu de las leyes pero no calificar los casos en ellas subsumidos.

Creus mantiene que el Poder Ejecutivo no debe adoptar una providencia en torno a este asunto pues lo impide el reglamento de la libertad de imprenta y entiende que es el Consejo de Regencia quien debe determinar la providencia oportuna si encontramos un papel tan sedicioso que sin la censura parezca tal. La actitud de este diputado es claramente a favor del Consejo de Regencia, pero sus propias argumentaciones le autodeterminan y demuestran que parte de un juicio previo en el que considera como sedicioso al papel publicado. Esta argumentación le serviría de base para establecer que todo ataque al Poder Ejecutivo o al Consejo de Regencia debe ser objeto de las providencias del órgano afectado, con lo cual vemos cómo desde el debate de las Cortes se hace política a favor de los intereses de la Regencia y se intenta eliminar cualquier ápice de crítica.

Una postura más crítica pero coherente es la de Gordillo<sup>19</sup> que dice:

*Si se aprueba lo que dice el Consejo de Regencia será dar un golpe mortal a la libertad de imprenta*<sup>20</sup>.

Gordillo encuentra diferencias entre el reglamento donde se prescriben las facultades que debe tener la Regencia para velar por la tranquilidad del Estado, y aquel que establece la salvaguarda de la libertad de imprenta. Este diputado

18. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 263. Sesión del día 22 de junio de 1811, pág. 1302.

19. Diputado por Canarias.

20. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 263. Sesión del día 22 de junio de 1811, pág. 1302.

manifiesta que hay discrepancias; una cosa es el reglamento donde se prescribe la actitud del Consejo de Regencia para garantizar la seguridad jurídica y que implica que en casos en los que exista delito se coja al autor del escrito y se le ponga en seguridad; y otra cuestión es el proceso que incluye la libertad de imprenta que establece que, hasta que se presente la calificación del papel no podemos determinar si es bueno o malo lo contenido y en consecuencia no podemos sacar conclusiones sobre si el autor es reo.

El diputado Aner realiza toda una argumentación sobre la seguridad del Estado y la libertad de imprenta. Entiende que cuando se habla de seguridad del Estado se quieren sostener los derechos individuales de cada ciudadano y preferirlos a los de la sociedad. Si nos atenemos al reglamento de la libertad de imprenta, determinados casos podían ocasionar un gran daño a la Patria mientras se espera a determinar las medidas oportunas para solventar el problema suscitado. Critica el proceso que se desarrolla en el Reglamento de la libertad de imprenta que determina que:

*Siempre que se escriba un papel que sea sedicioso, el Gobierno lo remitirá a la Junta Territorial de Censura para que lo califique: hecho esto, puede su autor acudir segunda vez a ella, y luego a la suprema otras dos veces<sup>21</sup>.*

Aner señala que si no se detiene al individuo que ha hecho un escrito sedicioso cabe la posibilidad de que se fugue, por ello entiende que se debe hacer igual que con un ladrón, es decir prender al reo:

*La sociedad está autorizada para detener a este malvado, el cual dejado en paz, cometerá nuevos excesos. Así el Consejo de Regencia debe prender al autor, siempre que vea su papel sedicioso, subversivo del orden y contrario a las leyes, pero deberá dar parte a las Cortes con el motivo que le obligó a prenderlo. Así se asegura la libertad del ciudadano, y se conserva la tranquilidad pública<sup>22</sup>.*

La calificación de reo a cualquier autor de escrito considerado de sedicioso, sirve para entender la argumentación de Aner, considerada con un claro carácter de garantizar la situación estatal por encima de derechos como la libertad de imprenta. Sin embargo, esta base sigue siendo susceptible de crítica pues pueden

21. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 263. Sesión del día 22 de junio de 1811, pág. 1302.

22. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 263. Sesión del día 22 de junio de 1811, pág. 1302.

ser castigados como reos personas cuyos escritos no fueran más que simples manifiestos de opinión, en base a una muy discutida seguridad de Estado.

Muñoz Torrero señala que hay que establecer diferencias entre la calificación de un hecho o una opinión. En un hecho no cabe duda sobre aquello que está contando, pero en una opinión puede haber variaciones. Señala que:

*Si se deja la calificación de los escritos al Gobierno en ciertas ocasiones en que el Ministro puede tener intereses en que no se publiquen algunas ideas dará tal vez providencias intempestivas, tachando de sedicioso un papel que acaso no lo será<sup>23</sup>.*

Este diputado se acerca con bastante acierto a la tesis en defensa de la libertad de imprenta que era necesario implantar en el conglomerado social. Si se deja al Gobierno el control de la calificación de escritos le estamos dotando de un poder para rechazar y eliminar todo comentario que moleste o ataque sus intereses, y por tanto, no habría ningún elemento de crítica hacia los abusos que se pudiera dar por parte de los órganos gubernamentales. En consecuencia ese poder de controlar escritos, se transforma en un mecanismo de censura a favor del Gobierno, que eliminará cualquier tipo de noticia referente a sus actuaciones, a pesar de ser veraces.

El debate termina dejando abierto muchos interrogantes y estableciendo la necesidad de buscar otro día en el que poder profundizar en muchas de las cuestiones planteadas.

#### ***4. Las facultades de las Cortes y el Consejo de Regencia***

Hasta este momento hemos asistido al planteamiento del debate sobre la libertad de imprenta y el estudio del papel que en la evolución social habían desempeñado publicaciones como *El Duende Político*, a pesar de los ataques y censuras de los que habían sido objeto. A partir de ahora se profundiza en los aspectos previos planteados y se entra a debatir, de una forma más contundente, todos aquellos problemas que se han ido desarrollando sobre los límites que debe tener la libertad de imprenta.

23. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 263. Sesión del día 22 de junio de 1811, pág. 1302.

El debate se centra sobre la facultad que debe tener el Consejo de Regencia para tomar providencias contra los autores de publicaciones sediciosas. El diputado Martínez mantiene la necesidad de que el juez o tribunal que conoce la causa decida si otorga la calificación de sedicioso a todo papel que llegue a sus manos. Defiende la necesidad de pasar por la calificación de la Junta Censora para determinar la existencia de delito.

Martínez afirma que la Regencia se halla autorizada para adoptar en el caso propuesto cuantas providencias estime oportunas. Además, su intervención sería necesaria si peligrase la “tranquilidad pública” por lo que sería incluso justificable el hecho de que se dejara para más adelante la calificación de la Junta. Señala que el caso del número 11 de *El Duende Político* es susceptible de tomar medidas de precaución necesarias contra el autor y sus cómplices, un factor determinante que servirá para desarrollar posteriormente todas las teorías penales sobre la autoría de un hecho delictivo y los grados de participación.

Guridi y Alcocer considera que son incompatibles la libertad de imprenta y la facultad en el Poder ejecutivo o en el judicial para castigar a los que abusen de ella, sin la calificación previa de la Junta de Censura<sup>24</sup>. Por un lado reconoce el Poder de la Junta de Censura para establecer la calificación, y por otro reflexiona sobre el papel de la libertad de imprenta pues entiende que dicha libertad quitó el requisito de la licencia de impresión, mecanismo de censura previa utilizado en décadas anteriores. Sus interrogantes son toda una apología de la libertad de imprenta, que pretende evitar la arbitrariedad en la imposición de castigo si se comete un acto delictivo relacionado con la imprenta. Guridi y Alcocer entiende que:

*Uno de los fines de la libertad de la imprenta es la enmienda de los defectos de los gobernantes, cuyo resentimiento en los impresos dirigidos a este objeto les inclina a calificarlos arbitrariamente de ahí que se cree la Junta, a quién toca calificarlo<sup>25</sup>.*

Esta afirmación pone de manifiesto que si el propio Gobierno toma parte activa en la calificación de los hechos, y condena a aquellos que presuntamente atacan la libertad de imprenta, puede utilizar esta facultad para realizar ataques contra todo aquel que escriba o critique al Gobierno.

24. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 266. Sesión del día 25 de junio de 1811, pág. 1320.

25. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 266. Sesión del día 25 de junio de 1811, pág. 1320.

Otro detalle importante en la exposición de Guridi y Alcocer es la utilización de ejemplos y comparaciones para ilustrar sus argumentaciones. Defiende a la Junta de Censura como el órgano que debe examinar aquellos papeles que supongan sediciones, y concluye dejando claro que:

*Es incompatible la libertad de imprenta con la facultad del Gobierno para castigar al autor de un impreso sin la previa calificación que el reglamento previene<sup>26</sup>.*

El Sr. Obispo de Calahorra es otra de las partes que discute en este proceso, y que va a abrir el debate por caminos que permiten analizar la postura eclesiástica sobre los temas relacionados con la libertad de imprenta. La Iglesia tiene mucha influencia en los asuntos sociales y se muestra como uno de los órganos fundamentales en la toma de decisiones. La intervención del obispo es particularmente relevante, pues hace mención a su cargo eclesiástico y empieza justificando su intervención en el asunto:

*Soy ciudadano español, soy prelado de la Iglesia, y soy Diputado de este augusto Congreso, y bajo estos tres aspectos me corresponde discurrir sobre el abuso de la libertad de imprenta; o hablando con más propiedad, a un Diputado en Cortes pertenece no apartar de su vista lo que desea un buen ciudadano español, lo que requiere el bien de la religión, y lo que exige el honor de la representación nacional<sup>27</sup>.*

Analiza el abuso de los límites del decreto sobre la libertad de imprenta, bajo varias consideraciones, pero extendiéndose especialmente en el valor religioso. Está claro que la Iglesia necesita tener control y conocimiento sobre los asuntos de Estado y por ello incluye a personalidades como este obispo para que intervenga en las discusiones de Cortes. Este miembro considera que en el decreto sobre libertad de imprenta se prescribieron reglas oportunas para prever cualquier peligro especificando que lo que se ha concedido es libertad, no libertinaje. Establece toda una teoría sobre los deseos de un “buen ciudadano español”, diferenciándolos de los deseos de “la verdadera libertad”. El abuso de la libertad de imprenta es un desenfreno de las pasiones indómitas, es una verdadera esclavitud del hombre. Destaca la existencia de escritos que “derraman impro-

26. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 266. Sesión del día 25 de junio de 1811, pág. 1320.

27. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 266. Sesión del día 25 de junio de 1811, pág. 1320.

perios, denigran la fama y opinión de varones, defensores de la Patria, generales, héroes que se han esmerado en Salvar la Nación.” Alude a la obligación que tiene como Prelado de la Iglesia de defender la Gloria de Dios, ante los ataques que en los últimos tiempos han venido sufriendo por escritos que han herido a los españoles católicos.

El Prelado utiliza el debate, el diálogo y el uso de la palabra para hacer toda una defensa de la religión en su sentido más amplio, buena muestra de ello son las referencias como:

*Se han visto papeles impresos dirigidos al público, en los que casi nunca se menciona la santa religión*<sup>28</sup>.

Estos comentarios se complementan añadiendo que son escritos que han circulado por toda la Nación, por América e islas de todo el imperio español, y que nunca se ha dejado constancia que “España es un pueblo predilecto y favorecido por Dios que ha mantenido ilesa la santa fe católica”. Este manifiesto de ideas pone de relieve que se ha hecho toda una argumentación a favor del catolicismo en España, y que el debate se ha centrado en la defensa de los intereses eclesiásticos, mostrando una vez más el poder que tiene la religión en la sociedad.

Hay críticas contra el régimen napoleónico, con expresiones como “el infame Napoleón”, que muestran el odio y el resentimiento que la sociedad proclama contra esta figura y todo lo que representaba su lucha imperialista:

*De este su pueblo escogido se ha valido y vale el Señor para desbaratar las ideas malignas del infame Napoleón, derribar su colosal poder, aniquilar las fuerzas de su furia infernal, y conservar la santa religión en España y en otras naciones, debiendo confiar, como confiamos todos, que nunca ha de retirar sus ojos amorosos de este su patrimonio, y que con su favor y auxilio se ha de concluir felizmente la grande y terrible lucha que por inspiración suya, y sin recursos al auxilio humano, emprendió la nación...*<sup>29</sup>.

El Prelado hace una defensa de los Regentes, exculpándolos de cualquier cargo con referencias como:

28. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 266. Sesión del día 25 de junio de 1811, pág. 1321.

29. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 266. Sesión del día 25 de junio de 1811, pág. 1321.

*Estoy muy distante ni aun de pensar que en esto haya habido defecto imputable a los Regentes de la Nación; son tan notorias y seguras las pruebas de su piedad, moderación, probidad y religión, y tan fijo el concepto que este augusto Congreso y el pueblo español tiene formado de ello, que están a cubierto, y sería un delirio el formar en esta parte la menor sospecha<sup>30</sup>.*

Defiende una postura que pretende ensalzar la imagen de un Gobierno confesional que respeta el catolicismo:

*Es absolutamente preciso que de un Gobierno católico, como el de España, salgan todas las providencias que respiren siempre conocimiento a Dios, amor y temor de su santo nombre, para que así continúe el Señor dispensándonos sus beneficios<sup>31</sup>.*

La unión Gobierno e Iglesia hace necesaria la defensa de intereses comunes y canalizar los esfuerzos de ambos en proyectos conjuntos. La Iglesia a través de sus prelados va estableciendo los nexos necesarios para seguir contando con el apoyo de la Regencia, y en unos tiempos donde la convulsión política es una constante se hacía necesario afianzar lazos para conservar el poder, pero también se establece que:

*Será necesario alejar de sí y reparar a cualquiera, sea quien fuese, sin excepción alguna, que no siga y observe con fidelidad y exactitud, esta tan religiosa, justa y saludable orden<sup>32</sup>.*

El Obispo de Calahorra pide que por los intolerables abusos, trascendentales al interés del ciudadano español, en un contexto religioso, se corresponda con todo rigor contra “los contraventores de los autores de los artículos del Decreto de la libertad de imprenta”. Además estima que en el caso particular que se trata incumbe a la Regencia tomar la providencia que estime oportuna<sup>33</sup>. Con ello se hace una defensa de los intereses de la Iglesia y se previene contra los posibles ataques contra la religión que se puedan hacer a través de la imprenta, por lo que es conveniente legitimar a la Regencia para dictar providencia contra estas situaciones.

30. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 266. Sesión del día 25 de junio de 1811, pág. 1321.

31. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 266. Sesión del día 25 de junio de 1811, pág. 1321.

32. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 266. Sesión del día 25 de junio de 1811, págs. 1321-1322.

33. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 266. Sesión del día 25 de junio de 1811, pág. 1322.

El diputado Borrull<sup>34</sup> apoya la libertad de imprenta y lo hace estableciendo que no se debe poner trabas a su libre uso. Alude a los fines del Gobierno como es “comunicar aquellas luces que pueden concernir para hacer felices a los pueblos”<sup>35</sup>. Este razonamiento es heredero de los conceptos y la filosofía de los ilustrados, pero también es una apuesta por el futuro de las garantías legales que va a servir para formar los cimientos de la evolución legislativa de la libertad de imprenta. Destaca la vaguedad de la definición de facultades del Consejo de Regencia para su intervención en los casos en los que se altera la tranquilidad pública. Uno de los principales valores de la aportación de Borrull es su intención de manifestar soluciones a los problemas planteados, así defiende que si se publica un papel con abusos de la libertad no basta aplicar medidas lentas sino adoptar un medio rápido y eficaz. Señala que los principios y fundamentos de las sediciones se deben contener en el instante que se advierten, y afirma que ahora hay que tener más cautela que antes por encontrarse rodeado de enemigos, haciendo especial referencia a los partidarios de Napoleón, y a la utilización de la imprenta para atacar a la Regencia.

Su argumentación gira en torno a los retrasos y dilaciones que se pueden producir siguiendo los trámites formales y burocráticos que un presunto papel sedicioso tiene que pasar como son los tribunales y la Junta de Censura, entre otras revisiones. La Seguridad de Estado implica tomar medidas en el momento en el que se observa alguna anomalía o escrito peligroso con el fin de evitar su extensión y circulación por otras partes. Apreciamos una férrea censura y una acción de defensa política, por lo que cree conveniente la intervención del Consejo de Regencia.

Otra decisión importante es aquella que discute sobre el conflicto de derechos. Borrull afirma que la libertad de la imprenta no puede ser más favorecida que la libertad individual de los ciudadanos. Los derechos de los ciudadanos se antepone a la libertad de imprenta lo que abre un debate jurídico sobre la hegemonía de derechos que se trasladará hasta nuestros días. Sin embargo, afirma que el Consejo de Regencia no debe tener potestad para castigar a los que resulten culpados pues escaparía de su función. Otro dato importante es que este diputado cree en la división de poderes y en el ejercicio de funciones separadas, de conformidad con el reglamento. El Consejo de Regencia puede recoger y arrestar al autor de un escrito sedicioso pero debe remitirlo dentro de un plazo

34. Diputado realista.

35. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 266. Sesión del día 25 de junio de 1811, pág. 1322.

de cuarenta y ocho horas al tribunal competente para que se siga y determine el asunto con arreglo a derecho.

La intervención del diputado Luján<sup>36</sup>, está salpicada de una importante crítica contra el Gobierno. Destaca que la Regencia tiene por sí autoridad competente para mirar por la salud y tranquilidad pública pudiendo solicitar la habilitación de las Cortes. Por ello, entiende que en este caso no podemos decir que se tomaran medidas, justificándose en la facultad de mirar por la salud del Estado, sino que los verdaderos motivos que esconden estas acciones es proceder, sin el requisito de la ley, contra los escritos que se juzgase o tuviesen por sediciosos. Luján utiliza referencias acusatorias muy directas, así dice que:

*(...) apetecía trastornar la ley, insinuando por medios indirectos lo que no se atrevía a proponer abiertamente*<sup>37</sup>.

Acusa a la Regencia de no poder derogar la ley y por ello se habla de adoptar medidas que la destruyeran enteramente si se adoptaba. Luján pone en evidencia la trama política que gira en torno a la libertad de imprenta, y que supone un uso arbitrario de los mecanismos legales.

Destaca la importancia de distinguir los hechos de la opinión, una de las vertientes fundamentales en las que establecer los parámetros de calificación de los casos y la derivación de sus consecuencias. Para establecer esta diferenciación hace necesario remitirlas a censura, calificarlas y juzgar si es o no sedicioso y subversivo el impreso, y para ello hay que escuchar al autor del escrito:

*Para tales impresos se dio la disposición de la ley de que hablamos; en ellos es necesario remitirlos a censura, calificarlos y juzgar si es ó no sedicioso el impreso; aun siendo subversivo, es indispensable oír al autor; enterarse de la intención con que escribió, y en una palabra, ver si procedió de mala fe, si subsiste en su modo de pensar, si se reconoce y muda de sentimientos, proceder con arreglo a la ley a recoger el papel, con cuya sencillísima diligencia se evitan todos los males que podrán temerse de que corriese un impreso pernicioso; más la calificación no queda ni puede quedar en ningún caso en facultad del Gobierno*<sup>38</sup>.

36. Diputado por Extremadura.

37. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 266. Sesión del día 25 de junio de 1811, págs. 1322-1323.

38. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 266. Sesión del día 25 de junio de 1811, pág. 1323.

Señala que si el Gobierno decide ahora calificar las opiniones y valoraciones de los escritos, podemos encontrarnos ante una situación caótica. Afirma una de las cuestiones que en este análisis hemos puesto de manifiesto, que no es argumento suficiente exigir la intervención del Gobierno para evitar la fuga de los autores de presuntos escritos sediciosos cuando en primer lugar no se sabe aún si hay delito, y en segundo lugar, el Gobierno tiene mil medios de velar sobre la conducta de los que se tengan por sospechosos.

Opiniones extremas como las del diputado Aner dan lugar a polémica pues afirma que su opinión es la de detener al autor, sin necesidad de previa censura y sin perjuicio de que ésta se verifique luego. Además, sostiene que esta afirmación esta apoyada en las leyes, en la práctica que se observa en las demás naciones y en el Reglamento del Consejo de Regencia.

Analizando estas cuestiones podemos concluir que determinadas acciones del Poder Ejecutivo pueden servir para destruir la libertad de imprenta porque se hace una búsqueda y captura de autores sin censura previa, y sin ningún fundamento. La arbitrariedad y las situaciones que se producirían derivarían en una nueva problemática. Aner señala que hay que proteger más a la sociedad que a un particular. Afirma que:

*Está en la mano del Gobierno hacer que la Junta de Censura califique el papel por momentos pero esto no evita males mayores. Calificado el escrito por la Junta Provincial de Censura, si la censura fuese contra el papel lo mandará detener el juez o Tribunal y el autor podrá pedir que la misma Junta vuelva a calificar el papel. Si la Junta confirma su primera censura, el autor puede acudir a la Junta Suprema; si ésta confirma la censura de la Junta provincial todavía el autor tiene derecho a que se vea por segunda vez su expediente en la Junta Suprema, y hasta que precedan todos estos requisitos no se da por absolutamente prohibido el papel, ni se puede proceder contra el autor con arreglo a las leyes<sup>39</sup>.*

Además, Aner también plantea que las dificultades procesales, permiten la existencia de un escrito sedicioso sin que se pueda detener. Por ello, su dictamen establece dos extremos:

*(...) que se declare suficientemente autorizado el Consejo de Regencia para detener sin previa censura al autor de un escrito notoriamente sedicioso, revo-*

39. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 266. Sesión del día 25 de junio de 1811, pág. 1324.

*lucionario, etc...o que se le diga que la primera censura de la Junta Provincial sea bastante para detener al autor así como lo es para detener el papel*<sup>40</sup>.

Una postura extrema que puede acabar con la libertad de imprenta, a pesar que el proceso sea especialmente dilatado, y puede dar lugar a una serie de problemas en la detención de autores de escritos con presunción de sedición. No debemos olvidar que todo proceso conlleva una serie de garantías y siempre será mucho mejor atenernos a lo dispuesto legalmente que dejar ese control al libre arbitrio del Gobierno.

La postura de Terrero<sup>41</sup> es toda una defensa de la Junta de Censura. Lo considera como un órgano que debe tener conocimiento previo y establece la calificación de escritos. El Consejo de Regencia no es un Tribunal para calificar escritos ni para establecer la intervención del autor o la extensión de su malicia. Lo más destacable de su intervención es el desarrollo que se hace en torno al concepto de sedición. Terrero afirma que:

*La sedición no es obra de un papelucho o papelote, es hija de obras maestras, de grandes ingenios, de espíritus revoltosos; sedición es, en efecto, una terrible combinación de una maquinación infernal, y sostenida con el poder o con gran parte*<sup>42</sup>.

Detrás de todo ello lo que expresa es que por encima de críticas, la sedición es un delito demasiado grave que lleva detrás toda una intencionalidad, que está incluso por encima de una publicación. Es un fenómeno más amplio que engloba a la estructura social y política y tiene por objeto su destrucción.

Gallego sostiene que para que exista la libertad de imprenta hay que quitar las trabas de la previa censura, además, las obras deben librarse de poder ser censuradas por otros en vez de por la Junta. Habla del juicio del poder y de los inte-

40. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 266. Sesión del día 25 de junio de 1811, pág. 1324.

41. Diputado por Cádiz. Era cura por Algeciras, y de difícil calificación entre liberal o servil. Su estilo era enfático, con expresiones populares y maliciosas. En los inicios del Congreso defendió la causa de los guerrilleros contra el ejército, sin embargo, se advierten una serie de contradicciones en sus ideas, así se manifestó a favor de la idea de soberanía popular pero también asumía la intolerancia religiosa representada por la Inquisición. Sus postulados defendían al Trono y el Altar, una indeterminación en algunos postulados de su discurso que le valió ser objeto de burlas.

42. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 266. Sesión del día 25 de junio de 1811, págs. 1324-1325.

reses que se esconden tras la censura de un escrito. Considera necesario que la Junta de Censura califique un papel y si resulta subversivo, con prender el papel bastará, pero para prender al autor será necesario un segundo juicio. Lo demás, señala que es trastornar el reglamento de la libertad de imprenta y el del Poder Ejecutivo<sup>43</sup>.

Por tanto, entiende que si se accede a lo solicitado por el Consejo de Regencia se quebranta ambos reglamentos. Parte de la aplicación como medida provisional de la retirada del escrito tras la calificación de la Junta, para evitar daños mayores. Pero si lo que encuentra es una situación más grave, entonces el autor debe pasar por un segundo juicio.

Gordillo argumenta que no es competencia del Consejo de Regencia suspender la circulación de un periódico que clasificase por sí mismo de subversivo, y proceder a la detención de su autor. No es pertinente juzgar el carácter y cualidad de los impresos, ni declarar si son o no perjudiciales con pretextos que comprometen por momentos la seguridad pública pues las mismas Cortes de conocer ese problema hubieran procedido contra los autores.

Gordillo va a defender la publicación objeto del debate en base a la libertad de expresión. Así dice que:

*(...) si yo hubiera de graduar el mérito o demérito del número 11 de El Duende Político, que es el que ha cambiado la presente discusión, no temería manifestar a la faz del mundo que sus expresiones son las mismas que se han dictado en el seno de esta respetable Asamblea, que son el fiel eco de las que vierten en los puntos más concurridos de este pueblo, el órgano de la voz general y el punzante despertador que llama injuriosamente la atención del Congreso<sup>44</sup>.*

Por último, añade que ningún magistrado debe ser individuo de la Junta Censoria, por juzgarlo así conveniente y de grave necesidad para conservar en todo su esplendor el libre uso de la prensa. Con esta idea pretende que se mezclen órganos y funciones, que si la Junta debe calificar escritos, no sea quien juzgue al autor. En definitiva son medidas que pretenden garantizar el proceso.

43. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 266. Sesión del día 25 de junio de 1811, pág. 1325.

44. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 266. Sesión del día 25 de junio de 1811, pág. 1326.

Argüelles argumenta que la calificación de ser sedicioso en papel, no es suficiente motivo para suponer a su autor reo del delito que aparece<sup>45</sup>. También reconoce que una vez calificado, la detención del impreso debe ser inmediata porque está justificada con la primera censura<sup>46</sup>.

Señala que el carácter de los escritores, su anterior conducta, sus conexiones, sus medios, sus relaciones o puntos de contacto con el exterior son elementos que tendrá en cuenta el Gobierno. Afirma que el Reglamento del Consejo de Regencia le autoriza a tomar por sí mismo cuantas medidas juzgue convenientes a la seguridad del Estado.

Considera que la consulta hecha a las Cortes no tiene sentido, ya que hay mecanismos legales suficientes para dirimir la cuestión y establecer quién tiene la potestad de control, arresto y condena de los escritos presuntamente sediciosos. Reconoce que cuando la gravedad del caso puede generar confusión se debe acudir a la Ley de la libertad de imprenta. Se remonta a un caso anterior de *la Gaceta de Cádiz* en el que había un ataque personal a individuos bien determinados, pintándolos con los colores más vivos para que nadie pudiera desconocerlos, y usando de un lenguaje atroz y tremendo. En aquella ocasión ni el Gobierno, ni las Cortes temieron que la tranquilidad pública se turbase. Explica cómo hay casos en los que se ignoran los ataques porque políticamente no interesa conocer los detalles, con ello se denuncia la arbitrariedad en la aplicación de los preceptos legales. Hace un recorrido de la evolución legal, así explica que cuando la comisión preparó el proyecto de la ley sobre la libertad de la imprenta, no hizo sino aprovecharse de las luces y experiencia de otros países en que se había establecido.

Crítica al Gobierno afirmando que si tuviera la facultad de autorizar o detener impresos lo utilizaría en su beneficio. Habla de las “funestas consecuencias derivadas de no poder escribir libremente”, piensa que el Gobierno tiene en su mano el medio de contener el abuso de la libertad de la imprenta haciendo cumplir irremisiblemente la ley que han publicado las Cortes acerca de ella.

Mejía señala que los defensores de la libertad de imprenta debían saber que dicha libertad iba a ser atacada. Por ello, respecto a la consulta del Consejo de

45. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 266. Sesión del día 25 de junio de 1811, pág. 1327.

46. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 266. Sesión del día 25 de junio de 1811, pág. 1327.

Regencia, su repuesta es que observe el reglamento de la libertad de imprenta y el reglamento dictado al Poder Ejecutivo. Su argumentación está llena de interrogantes, especial interés suscita el inesperado caso en el que una Junta de Censura declara inocente el papel que el Gobierno utilizó como pretexto para prender a su autor. Aquí se plantean varias posibilidades, como es dejarle libre e indemnizarle (que sería lo justo) sin que quede comprometida la autoridad del magistrado que le precedió, o buscar censores viles que sacrifiquen al escritor patriota. En un tono sarcástico, Mejía ironiza sobre los atentados que se pueden cometer por la confusión generada. Realmente si existe una Junta de Censura que califique los escritos, no podemos catalogar a un escritor como subversivo sin oírle. Pide medidas para evitar la propagación de escritos que abusen de esa libertad de imprenta, pero entiende innecesario actuar contra un autor cuando lo realmente peligroso es el escrito que circula entre la población. Mejía afirma que:

*Minas secretas son la que hacen volar los reinos, y cualquier amenaza o proyecto que se encienda a la vista de todos, no será nunca sino un fuego fatuo que se disipará por sí mismo consumido del aire. Quien corra desalentado para apagarlo, no hará más que descaminarse, confundirse y tal vez perderse: y entonces ¿qué más podrían apetecer los malvados que ver al Gobierno olvidarse de sus verdaderas atenciones, y gastar sus desvelos y tiempo en correr tras tan ridículos como fogosos fantasmas? Aun cuando tales papeles fueran respiraciones de un secreto volcán, valdría más dejarlo desahogarse así que no taparle estas bocas y acelerar su explosión<sup>47</sup>.*

Entiende que muchas veces el pueblo no tiene otras conductas que esos subversivos papeles para conocer y destruir a los enemigos de su tranquilidad e independencia. A lo largo de la historia de España ha habido ejemplos de escritos que han salvado al Estado del despotismo de la monarquía, pues las mentiras y falacias que se publicaban en los periódicos favorecidos por el Gobierno, fueron superadas gracias a la crítica y lucha de otras publicaciones clandestinas contrarias al orden imperante que sirvieron para ensalzar al pueblo español.

El diputado Mejía hace una diferenciación de funciones y medidas que se deben tomar en el caso que aparezcan escritos peligrosos. En estas situaciones se destaca el papel de la Junta de Censura para detenerlo, el ejercicio de la libertad de imprenta para impugnarlos, la policía para velar sobre los pasos y con-

47. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 266. Sesión del día 25 de junio de 1811, pág. 1331-1332.

ductas de sus autores y los tribunales para castigarlos. Esta dinámica que diferencia funciones y responsabilidades traduce todo un elenco de situaciones que deben ser tenidas en cuenta a la hora de analizar estas cuestiones. Define la consulta hecha al Congreso como “impertinentemente ilegal e impolítica”, e insiste en ejecutar el reglamento de la libertad de imprenta y del Poder Ejecutivo. Además, pronuncia una amenaza cuando dice que “de no hacerse así la costosa y mal segura libertad se derribará”<sup>48</sup>.

Por último, Muñoz Torrero añade que “cuando el Consejo de Regencia tenga que hacer alguna consulta sobre asuntos de gravedad e importancia, la dirija por sí mismo a las Cortes y no a través de los Ministros”<sup>49</sup>. Trámites formales que deben tenerse en cuenta a la hora de establecer los canales procesales que se deben seguir cuando se produce un posible ataque contra la libertad de imprenta.

Varios diputados coinciden en que la solución a este asunto sería que el Consejo de Regencia observe puntualmente el Reglamento del Poder Ejecutivo y el de la libertad de imprenta. Se remite por tanto a la legislación como parámetros que puedan solventar el conflicto.

Respecto al final del caso, hay que explicar que las Cortes remitieron el asunto de *El Duende Político* a las autoridades judiciales, que dieron la orden de arresto contra su editor y redactor Cabral de Noroña. Una medida que no se pudo cumplir, pues el encausado se exilió a Filadelfia donde se distinguió por su notable actividad a favor de la Constitución española. El exilio se convirtió en el refugio de muchos escritores y editores ante la persecución que sufrían en España, siendo la única forma de librarse de acabar en prisión.

### ***5. Conclusiones sobre el número 11 de la publicación El Duende Político***

La amplia discusión que ha motivado el número 11 de *El Duende Político* ha servido para entender el papel de la Junta Censora, y el peligro que implica la atribución de poderes sancionadores al Gobierno. Convertir al Poder Ejecutivo en censor es atribuirle unas funciones que no le corresponde, además de fomentar actuaciones arbitrarias pues el Gobierno puede ejercitar su autoridad contra

48. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 266. Sesión del día 25 de junio de 1811, pág. 1332.

49. *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias número 266. Sesión del día 25 de junio de 1811, pág. 1332.

cualquier crítica popular a través de escrito sea o no subversiva. Esta idea central subyace en las argumentaciones expuestas por los diferentes diputados en las que el contraste entre los partidarios de la libertad de imprenta y sus detractores es una constante que no beneficia a la consolidación de criterios.

A modo de conclusión general podemos mantener que los conflictos competenciales y los oscuros intereses de los órganos políticos y eclesiásticos por controlar y censurar escritos, generaron pactos y alianzas. Iglesia y Gobierno fueron cómplices de los ataques contra determinadas publicaciones como *El Duende Político*. Las críticas y censuras que las publicaciones expresaban sobre los órganos estatales y eclesiásticos motivaron toda una reacción contra los partidarios de la libertad de imprenta que tuvo como consecuencia un mayor control de las publicaciones y escritos. Hay un deseo de intervenir por parte de órganos como el Consejo de Regencia, que justifica sus intervenciones contra determinadas publicaciones señalando que su deber es conservar la tranquilidad pública y que determinadas publicaciones pueden alterar ese estado.

Algunos diputados son conscientes del exceso de atribuciones que se le está dando al Consejo de Regencia, y consideran que uno de los fines de la libertad de imprenta es la enmienda de los defectos de los gobernantes. Sin embargo, hay otros que piensan que el reglamento de libertad de imprenta tiene defectos y no sirve para evitar la difusión de escritos atentatorios contra la seguridad del Estado.

La Iglesia también intervino en los procesos contra determinados periódicos y aprovecha la coyuntura para introducir su opinión sobre la libertad de imprenta en los debates de las Cortes de Cádiz. Los intereses comunes entre los órganos eclesiásticos y estatales les llevaron a unir sus fuerzas e intervenir en el ataque contra determinadas publicaciones. Ejemplo de ello es la intervención que, con motivo de la discusión del número 11 de *El Duende Político*, realizó el Obispo de Calahorra en la que defendió la religión católica y apoyó al Gobierno para que dictase providencias contra las violaciones de la libertad de imprenta.

La denuncia del número 11 de *El Duende Político* abre todo un debate sobre las formas de actuación contra estas publicaciones. Al inicio de la sesión no se sabía cómo actuar, algunos diputados se remitían a lo preceptuado por ley, sin ser conscientes de que las propias leyes carecían de medios para solventar casuísticas muy concretas (como este caso en el que no se tiene la seguridad sobre la ilicitud del hecho). Otros partían de una postura represora ante cualquier

indicio de abuso contra la libertad de imprenta, y piensan que castigando severamente estos ataques se evitarán futuros atentados. La evolución del debate va abriendo puertas sobre las formas de actuar; en algún momento se llega a interpretar que este caso es la mera excusa para reflexionar y debatir sobre la libertad de imprenta y sus posibles ataques. El análisis de los *Diarios de Sesiones* evidencia cómo las Cortes iban aprendiendo de sus propios errores, y no tenían criterios claros para aplicar la ley. También apreciamos que muchos diputados se remiten a lo estipulado en ley, sin decir expresamente qué reglamentos o decretos deben aplicarse, puesto que como hemos comentado la ley tiene vacíos y espacios en blanco que no aclaran las medidas a aplicar en determinados tipo de ilícitos.

En las primeras sesiones se empieza a remitir al Consejo de Regencia los papeles para que los estudie, en un intento por darle un protagonismo como órgano de control de la libertad de imprenta que por ley no le corresponde, una afirmación que posteriormente será recogida por diferentes diputados. Es importante señalar que estas confrontaciones políticas sirvieron para determinar criterios sobre las funciones y obligaciones del Poder Ejecutivo, la Junta de Censura y los Tribunales. La delimitación competencial es fundamental para el buen funcionamiento de la Administración, y convertir al Gobierno en órgano de control de la prensa implicaría dotarlo de un arma para acabar contra cualquier opositor que utilizase la imprenta con la intención de criticar los errores políticos, una situación contraproducente para la sociedad. Este debate parte de una postura crítica frente a *El Duende Político* para posteriormente hacer toda una defensa de la libertad de imprenta y determinar los cauces de actuación ante un escrito calificado como sedicioso.

### ***Referencias bibliográficas***

Checa Godoy, Antonio: *Historia de la prensa andaluza*, Fundación Blas Infante, Sevilla, 1991.

Derozier, Albert: *Manuel José Quintana y el nacimiento del liberalismo en España*, Turner, Madrid, 1978.

Eguizabal, José Eugenio: *Apuntes para una historia de la legislación sobre*

*imprensa desde el año 1480, al presente*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1879.

Flaquer Montequi, Rafael: “El ejecutivo en la Revolución liberal” en VV. AA: *Las Cortes de Cádiz*, Marcial Pons, Madrid, 1991.

La Parra López, Emilio: *La libertad de prensa en las Cortes de Cádiz*, Nau Libres, Valencia, 1984.

Moran Orti, Manuel: *Poder y Gobierno en las Cortes de Cádiz (1810-1813)*, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1986.

Pascual, Pedro: *La libertad de expresión un bien escaso*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993.

Solís, Ramón: *Historia del periodismo gaditano*, Instituto de Estudios Gaditanos, Excma. Diputación Provincial de Cádiz, Cádiz, 1971.

Solís, Ramón: *El Cádiz de las Cortes: la vida en la ciudad en los años 1810 a 1813*, Silex, Madrid, 1987.

VV. AA: *La prensa en la Revolución liberal. España, Portugal y América Latina*, Universidad Complutense, Madrid, 1983.

VV. AA: *Las Cortes de Cádiz*, Marcial Pons, Madrid, 1991.

### ***Documentos analizados***

Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias Número 253. Sesión del día 11 de junio de 1811.

Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias Número 263. Sesión del día 22 de junio de 1811.

Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias Número 266. Sesión del día 25 de junio de 1811.

Resumen:

El año 1811 fue para España uno de los periodos políticos más complicados, pues se empezaron a desarrollar los pilares de la futura estructura constitucional. Las dificultades sociales del momento, la guerra de la Independencia, y los conflictos entre las Cortes y la Regencia, determinan una situación de crisis. En este contexto surgen publicaciones liberales como *El Duende Político*, que desafiarán a las estructuras de poder, estableciendo un nuevo concepto en el ejercicio de la libertad de imprenta.

Abstract:

The year 1811 were for Spain one of the most complicated political periods, because you began to develop the pillars of the future constitutional structure. The social difficulties of the moment, the war of the Independence, and the conflicts between the Cortes and the Regency, they determine a crisis situation. In this context liberal publications arise as *El Duende Político* that you will challenge to the structures of power, establishing a new concept in the exercise of the printing freedom.

Palabras claves: Cortes, periódico liberal, imprenta, libertad de prensa.

Keywords: Courts, liberal newspaper, exile, printing, press freedom.

RENACIMIENTO DE LA FINALIDAD INCAPACITADORA DE  
LA PENA DE PRISIÓN A RAÍZ DE LA LO 7/2003.  
ANÁLISIS A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Wendy Mercedes Jarquin Orozco

*Profesora Invitada UCLM*

*Asesora Sala Constitucional de la Suprema Corte de Nicaragua*

SUMARIO

*I. Introducción.*

*II. Resocialización vs Incapacitación.*

*III. Endurecimiento de la respuesta punitiva a partir de la LO 7/2003  
y su consideración a la luz de la Constitución de España.*

*IV. Conclusiones.*

*Bibliografía.*

## *I. Introducción*

Las estrategias político-criminales se enfrentan hoy en día con una de las fobias sociales más arraigadas, la inseguridad, acrecentada por el temor hacia la delincuencia y caracterizada por una acusada preocupación por la seguridad personal.

La sociedad padece un abrumador temor de que no se castigue suficientemente a los sujetos activos del delito y este temor puede ser más frecuente que el miedo de llegar a ser víctima. Estudios demuestran que la inseguridad social es una preocupación genuina de la población, la cual ha llegado a tomar medidas de autoprotección, estas medidas conllevan a un aislamiento de las personas especialmente en las grandes urbes, no obstante, aunque se ha logrado disminuir los índices de delincuencia, la población exige la implementación de políticas criminales efectivas para hacer frente a esta situación. El Estado debe entonces demostrar que cumple con su misión de protección, por lo que se han venido adoptando políticas criminales que persiguen la disuasión mediante la imposición de una mayor severidad en el cumplimiento de las penas.

En este contexto ha surgido en España la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, con la que se pretende recuperar la confianza de la ciudadanía, no obstante, esta ley ha sido objeto de innumerables críticas, entre ellas, su distancia de los mandatos constitucionales como los de resocialización y proscripción de penas inhumanas.

En el presente trabajo se pretende realizar un análisis de las reformas impuestas por la ley en mención a fin de dilucidar si con la misma se ha vulnerado la Constitución, al implantarse lo que muchos afirman ser una lógica de incapacitación en contra del mandato de resocialización que establece el art. 25.2 C.E.

A fin de lograr tal objetivo nos basaremos en la propia Constitución, en doctrina nacional y extranjera y en un análisis comparado con algunos ordenamientos penales continentales, para poder concluir si existe tal vulneración constitucional por parte de la LO 7/2003.

## *II. Resocialización vs Incapacitación*

### **2.1. Pensamientos que influyen en la concepción de la política criminal de retribución**

### *2.1.1 Pensamiento actuarial:*

La sociedad disciplinaria nace en el s. XIX con la finalidad de obtener la sujeción y el dominio del cuerpo, a la vez que persigue transformar el alma mediante tecnologías de castigo.

Dentro de esas tecnologías de castigo la prisión es el instrumento principal, cuya finalidad primordial es la resocialización. Aquí la penalidad se torna útil para el modelo definido como correccional.

A partir de los años 70 fue desapareciendo el optimismo por la resocialización, se consideró que la rehabilitación y otros medios de control social no se mostraban efectivos para lograr la prevención de la delincuencia. Se produjeron incisivas críticas acusantes del fracaso de la prisión, entre las cuales prevalecía el hecho de que la cárcel se había convertido en una fábrica de delincuentes con altos índices de reincidencia. Con este orden de ideas y en contraposición con el modelo correccional de la sociedad disciplinaria, surge el modelo actuarial<sup>1</sup>.

El actuarialismo o gestión actuarial del riesgo está fuertemente vinculado con los ataques neoliberales contra el Estado de bienestar keynesiano. El actuarialismo emergerá como una herramienta de gobierno propio de la lógica mercantilista y neoliberal de la postmodernidad<sup>2</sup>.

La estrategia actuarial en materia de política criminal se remite a procedimientos de lógica económica de las empresas aseguradoras que acogen como finalidad la gestión del riesgo. Como presupuesto de su origen encontramos la incapacidad del Estado para derrotar a la criminalidad, en términos más generales, para garantizar la seguridad ciudadana. Como no se puede acabar con la delincuencia surge esta política criminal para manejar, valga la redundancia, la criminalidad. Al igual que se gestiona el tráfico vial, se realiza la construcción de grupos y categorías de riesgo (ejemplo: los inmigrantes), se publican listas de abusadores sexuales en páginas electrónicas.

Existe una racionalidad gerencial que preconiza una acentuada preocupación por el coste de la justicia y la contención del gasto público, los nuevos indica-

1. El término actuarial es definido por la Real Academia de la Lengua Española como: "Pertenciente o relativo al actuario de seguros o a sus funciones".

2. Rivera Beiras, Iñaki y Gemma Nicolás Lazo, "Crisis de welfare y sus repercusiones en la cultura política europea" en Política Criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas, Iñaki Rivera Beiras (Coord.), Ayuntamiento de Barcelona, 2005, pág.230.

dores del éxito tienden a concentrarse más en rendimientos que en resultados, es decir, más en lo que las instancias hacen que en los beneficios sociales que producen, no se preocupa por mejorar sino por gestionar. Así se resaltan indicativos tales como: número de personas atendidas o retenidas, número de fuerzas policiales dispuestas en determinadas operaciones, número de condenas dictadas. Restando atención a resultados específicos como disminución de la tasa de criminalidad o el crecimiento del porcentaje de penados resocializados<sup>3</sup>. Quizá esto encuentra su origen en la consideración de la criminalidad como un fenómeno social no susceptible de desaparición que debe ser gestionado en la búsqueda de obtener un impacto económico lo más leve posible.

Se abandona la idea de que la delincuencia existe como causa de determinadas privaciones o problemáticas sociales. No existe interés en las causas sociales del delincuente, al contrario se considera que el delito es una elección racional de éste, restaurando su responsabilidad sobre sus propios actos y esto viene a producir efectos sobre el castigo que se les debe imponer. Existe una modificación del precio o coste del delito sobre la base del reforzamiento de las penas para lograr la disuasión.

Podemos identificar algunos rasgos del sistema actuarial<sup>4</sup>:

1. La justicia actuarial tiende a la reducción de las circunstancias ambientales que favorezcan los comportamientos desviados, tratando de establecer límites a los grupos objeto de control y vigilancia. Uno de los métodos para lograrlo es la alteración directa del ambiente de las potenciales víctimas para evitar la comisión del delito<sup>5</sup>. Algunos autores denominan este mecanismo como prevención situacional<sup>6</sup>. Lo que interesa fundamentalmente es concentrarse en la prevención y no en la reacción.

2. Se deja de priorizar a las instituciones penales (prisión) como espacios de control, ya que asumen que la vigilancia debe extenderse a todos los espacios sociales.

3. Brandariz García, José Ángel, Política criminal de la exclusión: el sistema penal en tiempos de declive del Estado Social y de la crisis del Estado-Nación, Comares, Granada, 2007, pág. 85.

4. *Ibidem*, pág. 88

5. Rivera Beiras, Iñaki y Gemma Nicolás Lazo, "Crisis de welfare y sus repercusiones...", pág. 240.

6. Esto se traduce en la proposición de políticas para la prevención de la victimización, por existir una acentuada preocupación para eliminar las oportunidades de ser víctima de un delito. Algunos ejemplos de estas políticas son: iluminación de cajeros automáticos, instalación de sistemas de seguridad.

3. La justicia actuarial no piensa en términos de culpabilidad sino de riesgos, por eso se persigue más la pertenencia de un individuo a un determinado grupo social, precisamente clasificado como riesgoso, antes que conductas o hechos concretos constitutivos de delito. El objeto primordial de neutralización recae en los grupos peligrosos.

### *2.1.2. Pensamiento del Análisis Económico del Derecho*

El Análisis Económico del Derecho (AED) es un pensamiento de corte neoliberal que tiene su origen en la ciudad de Chicago<sup>7</sup> de los años 70. Se configura como una aplicación de la teoría económica y de los métodos econométricos al examen de la formación, estructura y efectos de las leyes e instituciones jurídicas. Es una dirección del pensamiento metodológicamente análoga al pensamiento actuarial.

Este movimiento pretende realizar una explicación económica del derecho, configurando una teoría del comportamiento que pronostica cómo responderán los individuos ante los cambios de las leyes. Se asimila al pensamiento actuarial al considerar que el delito es una elección racional del sujeto, no obstante, esta línea del pensamiento persigue explicar que esta decisión racional le permite al individuo ponderar los costos –castigo– y los beneficios –ganancias– de tal conducta, llegando a concluir que si el sujeto delinque es porque considera que los beneficios que ello le depara son mayores que los perjuicios. Se realiza una valoración de la racionalidad económica del delincuente analizando el delito y la sanción<sup>8</sup>.

La finalidad que se persigue es obtener una modificación de los precios del delito para todos los delincuentes, sean potenciales o reales, en la medida que se considera que la función principal de la pena no puede ser otra más que la disuasoria, esto es la Prevención General Negativa<sup>9</sup>. La premisa radica en que es la duración de la condena y no su intensidad la que impulsa a no cometer críme-

7. Sobre los inicios de este pensamiento ver más en Congregado Ramírez de Aguilera, Emilio et. al., “Análisis Económico del derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente” en Revista derecho y conocimiento: Anuario jurídico sobre la sociedad de la información y el conocimiento, vol. 1, Facultad de derecho de la Universidad de Huelva, 2001, págs. 331-339.

8. En los modelos económicos, se parte de supuestos de racionalidad en los agentes económicos los sujetos eligen la mejor de las alternativas de que disponen. Sin embargo, en un buen número de ocasiones parece como si el comportamiento observado en los sujetos económicos, no obedeciera a este supuesto. Haciendo abstracción de los problemas de información asimétrica, el mercado suele penalizar los comportamientos irracionales o aleatorios, por lo que el incumplimiento de ese supuesto no es tan trivial como podría parecer. *Ibidem*, pág. 335.

9. Política Criminal de la Exclusión..., pág. 91.

nes, lo conveniente es tener certeza de la condena y que ésta sea extensa en el tiempo; por tanto, al incrementarse la severidad de las sanciones, el potencial infractor considerará que del acto delictivo derivan más perjuicios que beneficios, como se dijo anteriormente, la lógica estriba en la mayor certeza de la sanción, y con ello se espera operar una disuasión a no delinquir.

Los defensores de esta lógica persiguen minimizar los costes de aplicación de la responsabilidad punitiva, intentando que sean inferiores a los que se derivarían de soportar el delito.

No obstante, se señala que el AED no contempla el costo que causan penas severas y duraderas (como la prisión perpetua), sobre la base de asumir que tales soluciones son menos costosas que el reforzamiento de los órganos de persecución penal.

## **2.2. De la resocialización a la incapacitación**

Como expresamos anteriormente existen diferentes pensamientos que definen una nueva racionalidad en la finalidad del sistema penitenciario, la prisión ya no es vista desde la perspectiva de la función habilitadora sino que en este proceso de exclusión social y de inclusión selectiva, surge la finalidad de segregación social, de separación de la sociedad de aquellos individuos que se consideren peligrosos y que no son susceptibles de tratamiento extrapenitenciario.

Se habla de incapacitación selectiva y no absoluta, porque la prisión se reserva a los sujetos que no hayan podido ser tratados con penas no privativas de libertad<sup>10</sup>, si se eligiera la segunda opción de incapacitación absoluta se propiciaría un crecimiento excesivo de la población penitenciaria lo cual generaría un mayor gasto para el Estado, situación que pretende ser evitada por corrientes de pensamiento como la actuarial y el AED.

El principal dispositivo previsto para garantizar la función incapacitadora del sistema penal, y de la pena de prisión en particular, consiste en incrementar los límites máximos de cumplimiento de la privación de libertad, hacia el horizonte de su conversión en perpetua<sup>11</sup>. Y este es uno de los puntos criticables que en el presente trabajo analizaremos a partir de la LO 7/2003, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

10. A los sujetos que no merecen ser tratados con pena de prisión se reservan penas como: arresto domiciliario, prohibición de acercarse a la víctima, etc.

11. Política Criminal de la Exclusión..., pág. 95.

Partiremos del estudio del art. 25.2 C.E. que establece que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social, por lo que cabe hacernos la pregunta de cuál es el alcance de este mandato constitucional, y a partir de esto analizar si el mismo configura un derecho fundamental y plantearnos cuál es la posición de la LO 7/2003 respecto a la Constitución.

### *2.2.1 Alcance del mandato constitucional del art. 25.2 CE a la luz del Tribunal Constitucional*

El artículo constitucional menciona como finalidades de las medidas privativas de libertad: la reeducación y la reinserción. Si hablamos de reeducación nos estamos refiriendo al proceso de adquisición de actitudes que el condenado a esta pena debe superar para ser capaz de reaccionar positivamente durante su vida en libertad, esto es de gran importancia pues la finalidad no debe ser introducir nuevamente a este sujeto excluido a la sociedad sino que para poder conseguir este objetivo es preciso brindarle los medios adecuados para que pueda instruirse y que le posibiliten una reintegración en las mismas condiciones que el resto de ciudadanos.

El término resocialización es un concepto más genérico y moderno que el de reinserción, alude al objetivo de recuperación social del individuo inicialmente antisocial y se desarrolla a través de instrumentos educativos como de acciones que producen efectos sociológicos. Por tanto, se podría considerar que la norma constitucional española recoge estrictamente el proceso de resocialización, concretado en sus dos momentos: proceso educativo y resultado integrador<sup>12</sup>.

Cabe la duda sobre la vinculación jurídica de este mandato y siguiendo los hilos de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional podemos concluir que este mandato constituye un principio sometido a las decisiones del legislador puesto que el texto constitucional no contiene disposiciones cerradas sino que define el marco constitucionalmente permitido para la libertad de configuración del legislador. Quizá este razonamiento se base en el hecho de que la Constitución no se puede presentar como un tema acabado sobre el cual no se deba hacer un desarrollo legal, no obstante, en este aspecto se hace necesario realizar un estudio más detenido para poder llegar a concluir la fuerza de obligar de este precepto partiendo de la base de que la configuración legal no puede ser ilimitada ni arbitraria.

12. Urías Martínez, Joaquín, "El valor constitucional del mandato de la resocialización", en Revista Española de Derecho Constitucional, año 21, núm. 63, septiembre-diciembre 2001, pág. 46.

En el tema de la resocialización seguimos avanzando en la interrogante a discutir de si se trata de un derecho fundamental, se ha planteado mediante recursos de amparo si el precepto contenido en el art. 25.2 C.E. venía a crear el derecho fundamental de los ciudadanos a que sólo se le apliquen penas privativas de libertad cuando sea plausible alcanzar una finalidad de reeducación social. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha vacilado nunca en negar esta posibilidad<sup>13</sup>. Así en ATC 15/1984, de 11 de enero, expresó que la reeducación y la reinserción son solo un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos.

Lo que aclara el Tribunal es que, aunque por ley se introduzca una institución que facilite la reeducación de los condenados, la congruencia de tal medida con la Constitución no la convierte automáticamente en un derecho fundamental<sup>14</sup>. El sentido del precepto 25.2 C.E. es ser un mandato a los poderes, no solo al legislador en la configuración de la pena sino también en el cumplimiento de las mismas. Lo anterior se traduce en que el precitado artículo no puede fundamentar un recurso personal para presentarse en el cumplimiento de una pena, ejemplo, la famosa petición de conmutación de pena por haber cumplido el penado con la finalidad de reeducación en la prisión. La búsqueda de la reeducación no puede llevar a desconocer la duración del castigo de la sanción penal privativa de libertad en cuanto lleva inherente la prevención general y defensa social, la reinserción social no es la única finalidad admisible en cuanto a la configuración de las sanciones penales pero sí es la finalidad primordial en la fase de ejecución.

### *2.2.2. En el derecho comparado*

En Italia el art. 27 párrafo tercero de la Constitución preceptúa: “las penas no podrán consistir en tratos contrarios al sentido de humanidad y deberán encaminarse a la reeducación del condenado”. De la simple lectura de dicho precepto podemos deducir:

1. Al igual que en la Constitución española se señala la reeducación como orientación de las penas privativas de libertad, sin embargo, la norma constitucional apunta a la obtención de una finalidad reeducadora más que a la reinserción como resultado de la misma.

2. La norma configura un mandato constitucional al legislador, dirigido no a la configuración de la pena sino a su cumplimiento.

13. *Ibidem*

14. *Ibidem*, pág. 59.

3. Se configura un derecho fundamental del sujeto que cumpla una pena privativa de libertad para poder acceder a los mecanismos de reinserción.

En relación con lo anterior podemos convenir en que ese derecho fundamental es de configuración legal y se aplica a las normas que regulan el modo de cumplimiento de las penas. El legislador es el encargado de decidir sobre la oportunidad y diseño de las medidas reeducadoras, y el Tribunal Constitucional es el encargado de remover los obstáculos que impidan el acceso a las mismas. Este derecho fundamental, como bien es sabido en general, no es un derecho absoluto y lo que implica es la prohibición de que existan obstáculos que impidan el acceso al proceso de reeducación, no obstante, existen los límites que pueden impedir el acceso a dicho proceso, entre los que podemos citar la falta real de voluntad del reo.

El Tribunal Constitucional Italiano ha elevado a tal punto el alcance de este derecho reconociendo que el mismo se extiende a las condenas de cadena perpetua y que en tal caso, su ámbito de protección se relaciona con la posibilidad que tenga el reo de acceder a la libertad condicional, en STCI 274/1983 el Tribunal expresó que mantener el cierre a este acceso equivaldría a excluir a estos reos del circuito reeducativo lo que sería inconstitucional. Este aspecto es sumamente relevante en virtud de que se reconoce que aun aquellos sujetos que han sido condenados a la privación de libertad de por vida tienen el derecho de la reeducación, por tanto, si estos reos tienen derechos a penas que les permita acceder a los institutos y procedimientos penitenciarios de reinserción social (libertad condicional), más aún podríamos decir de aquellos sujetos cuyas penas de privación son menos rigurosas.

En Francia al igual que en Alemania la reinserción tiene rango legal. La doctrina suele distinguir tres funciones que se alternan en la ejecución de las penas privativas de libertad: educativa (duración máxima de 4 ó 5 años), inculcadora, y la de justicia. La aplicación de la pena proporcionada a la gravedad de la infracción busca la función intimidatoria, preventiva orientada al futuro, o las propiamente inculcadoras. Puede decirse, en general, que las penas privativas de libertad conjugan tanto los fines intimidatorios como preventivos (728 Código Procesal Penal), si bien la función de la pena se hace depender en gran medida por las formas y los medios de los órganos que las aplican. En sí misma, la pena connota un carácter retributivo que normalmente se ve favorecido por la aplicación real de las mismas, no obstante, desde el punto de vista del órgano judicial y la administración penitenciaria, como principio general, prevalece la prevención especial, sin perder de vista el contexto preventivo general de las mismas.

### ***III. El Endurecimiento de la respuesta punitiva a partir de la LO 7/2003 y su consideración a la luz de la Constitución de España***

#### **3.1. Elevación del límite máximo de prisión**

Con los episodios de ataques terroristas en España, en el horizonte legislativo surge la regulación establecida en la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, que viene a modificar el régimen de acumulación de penas, el tope penológico de la pena de prisión, el régimen de progresión de grados, la libertad condicional y beneficios penitenciarios. Respecto de la elevación del tope penológico o del límite máximo de la pena, que anteriormente para el caso de concurso real de delito era de 30 años, fue elevado a 40 años de prisión.

El art. 36 del Código Penal reformado por el artículo primero de la LO 7/2003 establece como duración máxima de la pena de prisión el límite de 20 años, esto con la salvedad que dispongan los otros preceptos del mismo cuerpo de leyes, que ya en el art. 76 inciso 1 numeral c y d, señala como máximo de cumplimiento de las penas para los casos de concurso real de delitos el límite de 40 años. La literalidad de dicho precepto es la siguiente:

*“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será...c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años. d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años”.*

Algunos autores resaltan como rasgo caracterizador de esta reforma la diferenciación existente entre un régimen general –dentro de la excepcionalidad pues ya se ha dicho que el límite máximo de prisión es de 20 años que varía en los casos de concurso real de delitos– y un régimen particular, pensado para infractores que cometen el delito de terrorismo<sup>15</sup>.

15. Política Criminal de la Exclusión..., pág. 99.

En el voto particular presentado por el Dr. Luis Aguiar de Luque, respecto del Informe del Consejo Superior del Poder Judicial al Anteproyecto de la Ley Orgánica 7/2003<sup>16</sup>, señala que el condenado a muchos años de prisión y que no presente un pronóstico favorable de reinserción social puede llegar a cumplir efectivamente un máximo de cuarenta años. Considera que este límite máximo es compatible con la Constitución en la medida que el penado conserva la esperanza de ser liberado con anterioridad en el caso de que quede acreditada la reinserción social, compatibilizándose adecuadamente los distintos fines de la pena de prisión, y evitando que el nominal de la pena impuesta quede reducido en la práctica a una pena de prisión no proporcionada con la magnitud del contenido de injusto y de culpabilidad apreciado en la sentencia.

No se puede afirmar que se cumpla con el fin de la reinserción porque el penado guarde las esperanzas de salir de prisión algún día, pues existen casos en que el cómputo de los beneficios penitenciarios y la progresión de grados estará basado en la totalidad de la condena impuesta y no hay posibilidad alguna de acceder a ellos, con la LO 7/2003, se introducen una serie de obstáculos que imposibilitan la esperanza de ser liberado, ¿cómo entonces se puede hablar de resocialización?

### **3.2. Retroactividad de las normas desfavorables al reo y su confrontación con la Constitución**

La disposición transitoria única de la LO 7/2003 mandata: “lo dispuesto, conforme a esta Ley; en los artículos 90 y 93.2 del Código Penal, respecto a las circunstancias para acceder a la concesión de la libertad condicional, y en el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria respecto a la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario, será aplicable a las decisiones que se adopten sobre dichas materias desde su entrada en vigor, con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la pena”.

Claramente se denota que existe una aplicación retroactiva de una legislación más severa en lo relativo a las circunstancias para acceder al tercer grado penitenciario y al régimen de libertad condicional, esto incluso cuando el reo hubiese sido condenado conforme a una legislación anterior o la fecha de inicio de cumplimiento de la condena impuesta estuviese en tal punto que se le debería permitir acceder a uno de los regímenes antes mencionados.

16. Voto particular que formula el vocal Luis Aguiar de Luque, respecto del Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, aprobado por el pleno del Consejo General del Poder Judicial en sesión del 4 de febrero de 2003.

Sobre este aspecto es evidente que se puede hablar de una vulneración del principio de la no retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 C.E.); del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.) y del principio de legalidad penal que reza: “*Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa*” (art. 25.1 C.E.).

La Constitución no proscribe la retroactividad de todo tipo de leyes, esto equivaldría a negar el carácter dinámico del derecho, lo que hace es consagrar límites a la libertad de disposición del legislador, y en base a los principios antes mencionados encontramos la intención de darle una cierta estabilidad a las normas penales sancionadoras, que vaya más allá de las posibilidades de reforma.

En este aspecto, encontramos posturas que avalan lo preceptuado en la disposición transitoria, amparados bajo la diferencia que existe entre derecho penal material y derecho procesal de ejecución, considerando que sólo en la primera categoría se pueden configurar disposiciones sancionadoras que limiten o restrinjan derechos individuales o bien derechos fundamentales, por lo que sólo en ese caso se podría hablar de una negación a la irretroactividad de las penas.

Al respecto el jurista Luis Aguiar de Luque en el referido voto particular al Informe del Consejo Superior del Poder Judicial al Anteproyecto de LO 7/2003, manifiesta que tanto la norma que impone la pena cuanto la norma que la ejecuta, están reguladas por Ley Orgánica sobre la base de que ambas desarrollan un derecho fundamental como es el derecho de libertad del art. 17 C.E. Para él la ejecución de la pena forma parte de la pena, y por tanto, forma parte de las disposiciones sancionadoras.

El principio de irretroactividad de las normas sancionadoras restrictivas de derechos fundamentales busca evitar el hecho de que cada vez que se modifique una pena, se cambie la situación jurídica del reo, así en caso que éste hubiese avanzado en progresión de grados, se pretende que no existan obstáculos para lograr la materialización de dicho avance. Esto implica que al reo le deben ser aplicables las normas que le sean más favorables y para entender que normas le son más favorables al reo se ha de atender a los elementos concretos que integran su naturaleza, entre ellos, los que forman parte de su ejecución.

La jurisprudencia Italiana se ha inclinado por la negación de la retroactividad de las normas que se traduzcan en privación de beneficios ya conseguidos por el

reo en miras de la progresión de grado penitenciario. Según el Tribunal Constitucional italiano no se puede obstaculizar la consecución de la finalidad reeducativa impidiendo el acceso a determinados beneficios o a determinadas medidas alternativas a favor de quien, en el momento de entrada en vigor de una ley restrictiva, haya ya alcanzado todas las condiciones para gozar de tal medida o beneficio<sup>17</sup>.

Este caso es lo que podría suceder si un reo que estando en tercer grado penitenciario ya hubiese cumplido los requisitos para acceder al próximo grado, que sería la libertad condicional, pero conforme los nuevos requisitos de la LO 7/2003, se le impusieran más obstáculos para acceder a dicho grado. En este sentido se planteó un caso ante el Tribunal Constitucional italiano, sobre un reo que en todo momento había mostrado un comportamiento ejemplar en el interior de la prisión, lo que había llevado a calificarle al paso equivalente al tercer grado, permitiéndole salir a trabajar al exterior, pero con la entrada en vigencia de una nueva normativa pierde ese beneficio<sup>18</sup>. Existió aquí una aplicación retroactiva de una ley que venía a perjudicar al reo en su progresión de grados, ante esto, el Tribunal Constitucional consideró que la reinserción social es un proceso progresivo en el que a medida que avanza la reeducación del individuo debe ir avanzando en la escala de institutos de resocialización, vemos claramente que sobrepasa la valoración sobre la efectiva mejora que debe demostrar el sujeto privado de libertad para que pueda operar el régimen de progresión de grados. Para el Tribunal Constitucional italiano el tratamiento penitenciario se equipara a un tratamiento médico, y el reo tiene derecho a avanzar en ese proceso de curación, por tanto, no puede ser despojado de un determinado beneficio penitenciario ya adquirido, siendo inconstitucional que se aplique una norma que niegue un beneficio penitenciario o lo obstaculice a tal punto de impedir su realización, y más aún que se aplique tal norma a quienes ya hayan comenzado un proceso de reinserción en base a dichos beneficios.

Como toda regla general, la jurisprudencia italiana considera que si bien es cierto opera la inconstitucionalidad de la norma cuando esta trata de impedir el avance en la progresión de grados, dicha inconstitucionalidad se salva cuando se demuestre que la persona privada de libertad ha mantenido relaciones con grupos de criminalidad organizada. En este sentido, el legislador sí podría limitar el

17. El valor constitucional del mandato..., pág. 52.

18. Esta normativa negaba la obtención de beneficios penitenciarios a quienes se negaran a colaborar con la justicia, subordinando la progresión de grados a condiciones lejanas a la superación de la actitud delinencial del individuo.

derecho de acceder a los beneficios penitenciarios, porque lo haría en miras de proteger otros bienes constitucionales, como serían la seguridad de la sociedad en general.

Como se ve el mandato del legislador debe consistir en prohibir las normas que impidan la progresión en grados y la resocialización de determinados delincuentes, así el fundamento para aceptar tal intromisión por parte del legislador sólo puede estar basado en la protección de un bien constitucional que resulte perjudicado y que objetivamente se demuestre que el perjuicio se causa por la actitud del reo, ya sea por carecer de una real voluntad de reinsertarse o por mantener nexos con organizaciones criminales.

### **3.3. Progresión de grados: tercer grado penitenciario y libertad condicional**

#### *3.3.1. Breve análisis del régimen de progresión de grados*

Las penas privativas de libertad se ejecutan según el sistema de individualización separado en grados. El grado es una de las cuatro fases que componen el status del interno:

Primer grado: régimen cerrado.

Segundo grado: régimen ordinario.

Tercer grado: régimen abierto.

Cuarto grado: libertad condicional.

En dependencia de la evolución del tratamiento del interno o de la modificación de los rasgos de su personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva, se producirá la progresión de grados, y por consiguiente, el traslado al establecimiento que corresponda o dentro de un mismo establecimiento a la sección que corresponda.

Someramente haremos una referencia a los diferentes tipos de grados penitenciarios:

Primer grado, habitualmente está destinado para reos de suma peligrosidad o que denotan una inadaptación a las normas de convivencia dentro de la prisión. Como se expresó este régimen es cerrado y está caracterizado por celdas indivi-

duales en la medida de lo posible, limitación de actividades y comunicaciones y control exhaustivo.

Segundo grado: se aplica a penados en quienes concurren circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia pero sin capacidad para vivir en semilibertad. Los internos tienen acceso a las actividades, comunicaciones y régimen general del establecimiento penitenciario.

Tercer grado: se aplica a reclusos que están capacitados para vivir en semilibertad y constituye el presupuesto inexcusable para obtener la libertad condicional. Este beneficio facilita la preparación de la vida en libertad al fortalecer los vínculos familiares y reducir las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continua en prisión, viene a facilitar de forma gradual su reinserción.

Libertad condicional, es el último grado de cumplimiento y se traduce en el disfrute de un mayor grado de libertad.

Estos dos últimos grados serán abordados a continuación con mayor detenimiento.

### *3.3.2. Endurecimiento para acceder a la progresión de grados*

El art. 36.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, modificado por el artículo primero de la LO 7/2003, establece como regla general, el límite máximo de la pena de prisión en 20 años, con las excepciones que se dispongan en el mismo cuerpo de leyes. Agregando el art. 76.1 que el máximo cumplimiento efectivo de la condena no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido el penado, declarando extinguidas las que procedan desde que se cumpla el máximo de 20 años, que puede verse aumentado en los siguientes casos:

A 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años.

A 30 años cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

A 40 años cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y al menos dos de ellos estén castigados por la ley con penas de prisión superior a 20

años; o cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo y alguno de ellos esté castigado con pena de prisión superior a 20 años.

En base a estos dos preceptos el art. 78 del Código Penal establece que si a consecuencia del establecimiento del límite máximo de prisión de 20 años, o de las excepciones que lo establecen en 25, 30 ó 40 años en caso de concurso real de delitos, la condena efectiva a cumplir resultase menor que la mitad de la suma total de las penas impuestas, el cómputo de los beneficios penitenciarios, permisos de salida, clasificación a tercer grado o de libertad condicional, se establecerá tomando como parámetro la condena impuesta en la sentencia y no los límites de cumplimiento del art. 76.1 CP.

Como podemos observar la LO 7/2003 endurece al art. 78 CP en miras de obtener el cumplimiento íntegro de la pena de prisión de duración extrema, por ello se ha llegado a afirmar que el art. 78 es el elemento neutralizador por antonomasia del orden penal español<sup>19</sup>, afectando a los beneficios penitenciarios, permisos de salida, clasificación a tercer grado penitenciario y al cómputo de la libertad condicional.

Esto se traduce que en supuestos de condenas superiores a 50 años para el caso de límite máximo de 25 años; de condenas superiores a 60 años para el límite máximo de 30 años o de condenas superiores a 80 años en caso del límite máximo de 40 años; al ser estos límites máximos inferiores a la mitad de la condena impuesta, los beneficios penitenciarios, acceso a tercer grado y libertad condicional se computarán en base a la condena real impuesta, lo que se traduce en la configuración de una prisión materialmente perpetua (25, 30 ó 40) para un determinado segmento de delincuentes, sin posibilidad alguna de salir de prisión con lo que queda desvirtuada la afirmación del Dr. Luis Aguiar de Luque, de que se cumple con el fin de resocialización por guardar los penados la esperanza de recuperar su libertad.

El artículo 78.3 CP considera la posibilidad de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, valorando las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, pueda acordar la aplicación del régimen general de cumplimiento, con la reserva de que esto no se podrá aplicar si se trata de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de una organización criminal.

19. Política Criminal de la Exclusión..., pág. 103.

A primera vista pareciese que con este inciso del art. 78 CP se quisiera acoplar la severidad de la norma con la finalidad resocializadora del art. 25 C.E., pues el mismo habla de valorar las posibilidades de reinserción social del penado y su evolución en el régimen de tratamiento penitenciario, no obstante, a continuación resalta el haz de la excepcionalidad para el caso de determinados infractores, como son los que han cometido delitos de terrorismo o que han actuado en el seno de organizaciones criminales.

Para este tipo de delincuentes, independientemente de la viabilidad de su reinserción social y de la voluntad de los infractores en esa vía, la norma les destina que sólo podrán acceder al tercer grado penitenciario cuando les quede por cumplir una quinta parte del límite máximo del cumplimiento de la condena; y a la libertad condicional cuando les quede por cumplir una octava parte del mismo. Lo que se traduce en el hecho de que siempre que no se estime procedente el esquema de prisión perpetua que configura el art.78 inciso 1 y 2 CP, el acceso al tercer grado será posible a los 32 años de prisión y a la libertad condicional a los 35 años, esto independientemente de que tengan un pronóstico favorable de reinserción.

Podemos concluir que en el caso que el límite máximo de cumplimiento de la pena sea inferior a la mitad de la totalidad de la condena impuesta, para que estos dos segmentos de delincuentes pudieran acceder al régimen abierto o al cuarto grado, el cómputo se debería hacer sobre el total de la condena impuesta, lo que haría imposible la progresión de grados en estos casos.

Evidentemente con el art. 78 CP se margina toda posibilidad de resocialización, lo cual podría ser un argumento para recurrirlo por inconstitucional. El Tribunal Constitucional ha manifestado que la resocialización no es el único fin de la pena, no es un derecho ni confiere derecho subjetivo, convirtiéndolo en un mero mandato al legislador. No obstante, parece acertado convenir que independientemente de que la resocialización no sea la única finalidad de la pena privativa de libertad, es la finalidad principal y debe estar presente en el momento de ejecución de la pena de prisión en consonancia con la prevención especial positiva que está dirigida a evitar que el delincuente vuelva a reincidir, por lo que se debe procurar conjurar las causas que lo llevaron a delinquir.

En palabras de Manuel Jaén de Vallejo<sup>20</sup>, “esto no es una cuestión nueva, y las opciones teóricas son bien conocidas: las teorías absolutas o de la retribución,

20. Jaén Vallejo, Manuel, “Suspensión y Libertad condicionales: dos formas de inexecución de la pena privativa de libertad” en VII encuentro de la Comisión redactora del Código Penal tipo iberoamericano, Bogotá, 2003, pág. 2.

las teorías relativas o de la prevención, las mixtas, y las más modernas de la prevención general positiva, o funcional retributiva. En cualquier caso, hoy no se niega que, independientemente de la función que acompañe a la pena, la de restaurar la paz jurídica (Roxin), o la estabilidad del sistema (Jakobs), o la de responder a la culpabilidad del autor y mantener las condiciones fundamentales de la coexistencia social e identidad normativa de la sociedad (Lesch), desde las últimas perspectivas teóricas mencionadas, tal función debe ir acompañada también, al menos en el momento de ejecución de la pena, de la prevención especial, dirigida a evitar que el delincuente vuelva a delinquir, a través de su «resocialización»”.

En lo relativo a la configuración de la prisión material perpetua, algunos partidarios han esgrimido las legislaciones penales de países como Italia y Alemania que contemplan penas de cadena perpetua, no obstante, olvidan que si bien esto es cierto, la libertad condicional se puede alcanzar en Italia a los 26 años y en Alemania a los 15 años de prisión, por lo que el ordenamiento español supera los límites de duración efectiva de la pena de privación de libertad de estos países que sí contemplan mecanismos que permiten la excarcelación antes de que transcurran unos períodos tan severos como los que imponen los art. 76 y 78 CP.

#### 3.3.2.1. Período de seguridad

El período de seguridad se traduce en la imposibilidad de acceder al tercer grado penitenciario hasta tanto no se haya cumplido la mitad de la pena impuesta en aquellos casos en que ésta sea superior a 5 años.

Lo establece el art. 36.2 CP modificado por la LO 7/2003, que a la literalidad dice: *“Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta”*.

Lo que se traduce que en caso contrario, si la pena de prisión impuesta es inferior a 5 años se permite desde su inicio la clasificación del reo a tercer grado de tratamiento penitenciario, y la realización de vida que dicho grado lleva aparejado.

El mismo artículo en mención contempla la posibilidad de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, pueda acordar la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo que se trate de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de una orga-

nización criminal, es decir, que el período de seguridad está pensado para reos a quienes se les imponga una pena superior a 5 años y que no muestren pronósticos favorables de reinserción y directamente para los condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, a estos no se les tomará en cuenta su comportamiento, circunstancias personales y evolución del tratamiento reeducador.

A continuación presentaremos algunas de las justificaciones plasmadas en la exposición de motivos de la LO 7/2003 respecto a esta figura:

En primer lugar se dice que el período de seguridad es una figura necesaria para evitar que a consecuencia de la progresión de grados, la pena fijada en la sentencia para determinados delitos de cierta gravedad quede distante de la que se cumpla efectivamente. Aquí cabe preguntarnos si el régimen abierto de tratamiento penitenciario o la libertad condicional no son una forma de cumplir la pena de privación de libertad.

En segundo lugar, de la misma exposición de motivos podemos inferir que la incorporación del período de seguridad se fundamenta en la idea de que una mayor certeza de la pena, basándose no en la crueldad sino en la infalibilidad de las mismas, puede ser una solución a los altos índices de criminalidad y reincidencia. Se dice que la certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, surtirá más efecto que el que podría provocar el temor a otro castigo más severo pero con posibilidades de ser incumplido, resaltando aquí uno de los postulados de la política del actuarialismo.

Podemos concluir que la implantación del período de seguridad en el ordenamiento penal español se fundamenta exclusivamente en la gravedad de la pena sin tomar en consideración el criterio de personalidad del penado y su pronóstico favorable o desfavorable de reinserción, contrario *sensu* de países como Italia en el que ya hemos expresado que el único criterio restrictivo admisible para impedir el acceso a la progresión de grados es que el penado muestre pronósticos desfavorables de reinserción o bien se demuestre que éste mantiene nexos con la delincuencia.

Desde el punto de vista político-criminal, el establecimiento de un período de seguridad para obtener la clasificación en tercer grado cuando se trate de penas superiores a cinco años, constituye un claro detrimento de las teorías de la reinserción y rehabilitación social frente a un cada vez mayor aumento de criterios

preventivo-generales positivos que, en realidad, enmascaran un neoretribucionismo aun cuando ello pretenda ampararse bajo el derecho “del ciudadano a conocer con certeza cual es la forma en que se van a aplicar las penas, a saber, en definitiva, en qué se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuestas”.

La progresión de grados debe venir determinada por la evolución en el tratamiento del interno<sup>21</sup>, en la modificación de los rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva, su historial, el medio al que retornará y la duración de la pena, encontrándonos con el art. 36.2 CP que toma como único criterio de aplicabilidad para acceder a la progresión al régimen abierto, la duración de la pena. Este es uno de los puntos claros en donde se puede demostrar que con la reforma introducida por la LO 7/2003, tanto en el Código Penal cuanto en la Ley Orgánica General Penitenciaria, se menoscaba la lógica preventiva especial positiva que sirve de guía medular a la normativa penitenciaria, sustituyéndola por una regla general que responde a la racionalidad incapacitadora<sup>22</sup>.

Además es importante agregar que el período de seguridad no debería ser aplicado a los condenados por hechos anteriores a la entrada en vigencia de la reforma del art. 36 CP, en razón de que la ley no puede tener efectos retroactivos cuando perjudique al reo que fue condenado por hechos anteriores a su entrada en vigencia.

### 3.3.2.2. Otros requisitos para acceder al tercer grado de tratamiento penitenciario

Además de los requisitos que establece el Código Penal para acceder al tercer grado de tratamiento penitenciario, la LO 7/2003 añade la satisfacción de la responsabilidad civil.

El art. 72.5 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria reformado por el artículo tercero de la LO 7/2003 establece:

“La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos en el Código Penal, que el penado haya satisfecho la res-

21. En este sentido Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 6 de mayo de 2004; Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 y 19 de mayo de 2004; Autos de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 11 de junio y 4 de noviembre de 2004; y la Instrucción 2/2005 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Ver también Cervelló Donderis, Vicenta, “Los fines de la pena en la Ley Orgánica General Penitenciaria” en Jornadas en homenaje al XXV Aniversario de la LOGP, Madrid, 2005, pág. 249.

22. Política Criminal de la Exclusión..., pág.107.

ponsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición...”

Esta norma se aplicará especialmente a los condenados por delitos contra el patrimonio, el orden socioeconómico, derechos de los trabajadores, contra la Hacienda Pública y la Administración Pública.

Encontramos un nuevo obstáculo para el acceso a este régimen al incluir en la fase de ejecución de la pena de prisión, en concreto de progresión de grados, ese género de intereses<sup>23</sup>. Esta parece ser consecuencia de una confusión de criterios de responsabilidad penal y civil.

El establecimiento de este requisito resulta ajeno en este momento de ejecución de la pena que debe estar regido por factores de reintegración. Recordando que en delitos como los de terrorismo o cometidos en el seno de una organización criminal sólo se puede acceder al tercer grado una vez cumplidos 32 años de la pena de prisión, es inconcebible que se pretenda perpetuar la condición de víctima hasta esta etapa tan avanzada de la ejecución de la pena, incentivando una concepción vindicativa del derecho penal.

Así cabe preguntarnos ¿Hasta qué punto la falta de abono de una responsabilidad civil puede traducirse en un pronóstico desfavorable de reinserción del penado? Partiendo de que ese sería el único criterio razonable para prolongar su custodia en prisión, más aún con una ley que no prevé claramente el supuesto de insolvencia del penado.

Por otra parte, siguiendo la línea de la política de exclusión el artículo 72.6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece una nueva excepción para los

23. Su exigencia en la clasificación no solo desvirtúa el espíritu del sistema de individualización científica sino que condiciona la evolución penitenciaria a un criterio civil meramente compensatorio que no puede coincidir con las expectativas de reinserción salvo en los casos de manifiesta voluntad de impago. Los fines de la pena..., pág. 4.

condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de una organización criminal a quienes se requerirá muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y medios terroristas<sup>24</sup>, con lo que se persigue una desvinculación material e ideológica de carácter activo de su pasada incardinación orgánica; además de ello se requiere que el penado por esos delitos haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

Se configura una medida propia del derecho penal premial, que existe en el ordenamiento penal español, para miembros de organizaciones terroristas que acometen una conducta de arrepentimiento, no obstante, estas conductas que se buscan muchas veces no son realizables por circunstancias como el limitado protagonismo del reo en la estructura orgánica o el paso de décadas en prisión, que dificultarían el cumplimiento de tales requisitos, o al menos existirían grandes dudas sobre su fiabilidad.

Con este nuevo requisito se persigue una transformación no sólo de la conducta sino de la convicción ideológica y ética, siendo rechazable porque se penetra en la disposición moral del penado, que renuncia no sólo a su actividad delictiva sino también a su conciencia<sup>25</sup>.

Joaquín Urías Martínez en el valor constitucional del mandato de la resocialización al referirse a la resocialización<sup>26</sup> de los terroristas señala:

“En el caso de reclusos cuyos delitos traían una motivación aparentemente política –en el sentido de fundarse en un disenso sobre la estructura y conformación del poder en la sociedad– no puede pretenderse las renunciaciones a estas ideas políticas como requisito para considerar cumplida la resocialización y posibilitar su salida de prisión. Igual sucedería con los objetores de conciencia o insumisos condenados a pena de prisión. En todos estos casos

24. Vicenta Cervelló en los fines de la pena... considera que esta es una nueva manera de irrupción de la víctima en la ejecución penitenciaria denominándola “satisfacción moral” en contraposición con la “satisfacción civil”.

25. *Ibidem*, pág. 113.

26. *Op. cit.*, pág. 76.

la sistemática constitucional impide equiparar resocialización con uniformización ideológica...el concepto de resocialización ha de ser entendido como disposición inmediatamente futura a no cometer delitos similares; más aún debería bastar la disposición a integrarse en su grupo social, interactuando con otros individuos sobre la base del respeto mutuo. E incluso así no puede impedírseles el disfrute de beneficios penitenciarios sino en los mismos casos que el resto de reclusos, considerados <<enfermos>> en vez de <<rebeldes>>”.

No es posible justificar una medida de esta índole ni aún para el caso de los terroristas –delincuentes de conciencia o convicción– o como en muchos casos se puede decir sin conciencia, no es admisible que se agrave la pena basándose en factores como el delito cometido o la condena impuesta, trayendo esto reminiscencias del inaceptable derecho penal del autor.

#### 4.3.2.3. El acceso a la libertad condicional

Para el acceso al cuarto grado o libertad condicional, que es el grado en que se goza de un mayor disfrute de libertad, el art. 90 de la LO 10/1995, establece los mismos requisitos que se exigen para acceder al tercer grado de tratamiento penitenciario: satisfacción de la responsabilidad civil y colaboración con las autoridades. La identidad de ambas regulaciones se puede basar en la búsqueda de evitar que sujetos que se encontraban en el tercer grado al momento de entrar en vigor la reforma pudieran acceder a la libertad condicional, sin cumplir con los requisitos plasmados en la nueva regulación. Sería un nuevo momento para controlar lo ya erigido para la concesión del tercer grado, sin embargo, esto debe analizarse en contraste con la retroactividad de esta ley para hechos acontecidos antes de su entrada en vigor.

Este último grado de tratamiento penitenciario no debería contener los mismos requisitos de acceso que el tercer grado porque la libertad condicional encierra –como ya se ha señalado– un mayor grado de libertad, por tanto, lo único que podría explicar la postura del legislador es la racionalidad incapacitadora tendente a dificultar que el sujeto abandone el establecimiento penitenciario, añadiendo un obstáculo más al de por sí difícil acceso a la libertad condicional.

Repetidamente encontramos una muestra de la excepcionalidad para delitos de terrorismo o cometidos en el seno de una organización criminal, ya que el art. 91 CP contempla que cumplidos los requisitos a y c del apartado 1 del art. 90

CP<sup>27</sup>, el Juez de Vigilancia Penitenciaria puede acordar adelantar la libertad condicional a los reos que hayan cumplido las 2/3 partes de la condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales. De nuevo quedan excluidos estos dos grupos de delinquentes del régimen de adelantamiento de libertad condicional.

El art. 92 inciso 2 CP establece las condiciones específicas para mantener la libertad condicional para los infractores por delitos de terrorismo, para ellos se tomará en cuenta:

- Que vuelva a delinquir.
- Que inobserve las reglas de conducta.
- Que incumpla las condiciones que le permitieron acceder a la libertad condicional.

Se hace un monitoreo casi constante de la actitud interna del penado que tuvo que haber renunciado a su ideología para poder acceder al tercer grado y a la libertad condicional.

Se debe destacar que para el caso de terroristas, a diferencia de otros delinquentes, de llegar a revocarse la libertad condicional, ese tiempo no se tomará en consideración y el penado deberá cumplir el tiempo de condena que reste con la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional.

Al respecto, el Tribunal Constitucional de Italia ha declarado inconstitucional algunas normas que establecían medidas para el caso de incumplimiento de la libertad vigilada, ejemplo, una norma que impedía determinar el tiempo de la pena aún por cumplir tomando en cuenta el transcurrido en libertad condicional y el comportamiento mantenido<sup>28</sup>. Asimismo, declaró inconstitucional otra que impedía volver a otorgarle este beneficio a quien ya le había sido revocado una vez, aspecto que no se regula en la reforma promovida por la ley en estudio.

27. Art. 90 CP: “Se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurran las circunstancias siguientes:

- a) Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario.
- b) Que se hallan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.
- c) Que hallan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 7 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

28. *Ibidem*, pág. 51.

Es evidente, que con la regulación establecida después de la entrada en vigencia de la LO 7/2003, la legislación penal española se inclina hacia una clara preferencia de la prevención general positiva que provoca un desplazamiento de la reinserción social que se ve obstaculizada por estas medidas incapacitadoras, neutralizadoras, que persiguen aislar o segregar a determinados grupos de delincentes de la sociedad.

#### *IV. Conclusiones*

La LO 7/2003 evidencia la presencia de la lógica incapacitadora inspirada por la prevención del delito y por procurar la legitimación estatal frente a la ciudadanía, sobre todo por delitos tan sentidos en España, como son el terrorismo o los cometidos en el seno de una organización criminal, a quienes le aplican el régimen de la excepcionalidad. El legislador mediante la aplicación de sanciones como las anteriormente expuestas busca demostrar a la ciudadanía inmersa dentro de la sociedad del miedo, que aún tiene autoridad frente a la criminalidad.

En el presente caso es muy criticable la vulneración que se ha cometido sobre el art. 25.2 C.E., en razón de resultar evidente que esta reforma ha venido a obstaculizar las posibilidades de resocialización que deben tener los penados, según la máxima norma de la nación, si bien es cierto que ésta no debe ser tomada como el único fin de las penas privativas de libertad, en la ejecución penitenciaria debe ser tomada como la finalidad primordial y prioritaria. También es cierto que no se puede aceptar que independiente del delincuente de que se trate o de los delitos que se tomen en consideración al momento de configurar una política criminal, el legislador pase por encima de la Constitución. No podemos ser radicales al tomar una postura ante la criminalidad –ni aún hablando de delitos como el terrorismo–, sin duda, el legislador actuó con carácter absolutista, cuando debió moderar la regulación de la ejecución de la pena tomando posturas conciliables con lo mandatado en la norma suprema, la prevención general positiva no puede ser tomada como estandarte ni justificación para una actuación tan restrictiva.

En España a raíz de la reforma introducida por la LO 7/2003, se ha configurado una prisión materialmente perpetua superando los límites de duración efectiva de la prisión de libertad vigentes en aquellos órdenes jurídicos continentales que sí tienen formalmente prevista la prisión perpetua, estos regímenes no proscriben la posibilidad de reinserción de estos penados, más bien permiten que

atendiendo a su comportamiento y conducta puedan acceder a beneficios penitenciarios, en plazos más lógicos y pronto que los establecidos en la legislación española. Asimismo, es totalmente inaceptable que se configure una legislación tan restrictiva reconociéndosele un carácter retroactivo, a pesar del mandato constitucional que prohíbe la retroactividad de normas sancionadoras perjudiciales para los reos. Se condiciona el acceso a los beneficios penitenciarios a situaciones ajenas a la verdadera función y finalidad de las penas privativas de libertad, ejemplo de ello, es el cumplimiento de la responsabilidad civil en una fase tan avanzada de ejecución y la exigencia de abandonar la ideología del reo.

No cabe duda, que pese a que se pueda considerar que tenemos una sobrevaloración de la inseguridad actual, existe la necesidad de solucionar lo relativo a crímenes tan detestables como los de terrorismo, pero la solución a ello no puede encontrarse legislando en contra de la Constitución Política ni saturando las prisiones. No podemos responder a violaciones legales con violaciones constitucionales, mucho menos aún con la vulneración de principios como el de resocialización y de prohibición de penas inhumanas o degradantes. Es evidente que incluso en los casos más graves, la prisión no es la solución si no se le da un contenido resocializador apropiado.

### ***Bibliografía***

#### Obras:

Brandariz García, José Ángel, *Política criminal de la exclusión: el sistema penal en tiempos de declive del Estado Social y de la crisis del Estado-Nación*, Comares, Granada, 2007.

#### *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*

Rivera Beiras, Iñaki y Gemma Nicolás Lazo, “Crisis de *welfare* y sus repercusiones en la cultura política europea” en *Política Criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Iñaki Rivera Beiras (Coord), Barcelona Ayuntamiento, 2005.

Sánchez, Ricardo, *La responsabilidad Civil en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2004.

Silva Sánchez J.M., *Política Criminal y nuevo Derecho Penal*. Libro en homenaje a Claus Roxin, José María Bosh, Barcelona, 1997.

Artículos:

Aguiar de Luque, Luis, voto particular respecto del Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, aprobado por el pleno del Consejo General del Poder Judicial en sesión del 4 de febrero de 2003.

Cervelló Donderis, Vicenta, “Los fines de la pena en la Ley Orgánica General Penitenciaria” en Jornadas en homenaje al XXV Aniversario de la LOGP, Madrid, 2005.

Congregado Ramírez de Aguilera, Emilio et allí, “Análisis Económico del derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente” en Revista derecho y conocimiento: Anuario jurídico sobre la sociedad de la información y el conocimiento, vol. 1. Facultad de derecho de la Universidad de Huelva, 2001.

Jaén Vallejo, Manuel, “Suspensión y Libertad condicionales: dos formas de inexecución de la pena privativa de libertad” en VII encuentro de la Comisión redactora del Código Penal tipo iberoamericano, Bogotá, 2003.

Urías Martínez, Joaquín, “El valor constitucional del mandato de la resocialización”, en Revista Española de derecho constitucional, año 21, N°63, septiembre-diciembre, 2001.

Artículos en internet:

Artículo monográfico de las penas privativas de libertad: la pena de prisión. [http://www.acaip.info/docu/reformas\\_cp/penas\\_privativas\\_libertad.pdf](http://www.acaip.info/docu/reformas_cp/penas_privativas_libertad.pdf). Consulta de 15 de mayo de 2009.

“Problemas aplicativos del denominado período de seguridad”, en Revista electrónica de derecho penal, derecho procesal penal y criminología . <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=16,525,0,0,1,0>. Consulta de 30 de mayo de 2009.

De la resocialización a la neutralización e incapacitación. <http://www.uba.ar/encrucijadas/43/sumario/enc43-resocializacion.php>. Consulta de 15 de junio de 2009.

“Clasificación penitenciaria” en Revista Ateneo Virtual. [http://www.alasbarricadas.org/ateneovirtual/index.php/Clasificac%C3%B3n\\_penitenciaria](http://www.alasbarricadas.org/ateneovirtual/index.php/Clasificac%C3%B3n_penitenciaria) Consulta de 30 de junio de 2009.

Bergoglio, María Inés y Carballo Julio R, “Inseguridad. Impacto en la estructura social” en Revista: Anuario: N° 1, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina. <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/argentina/cijs/SEC1002.HTML>. Consulta de 15 de julio de 2009.

Legislación:

Constitución de España de 1978.

LO 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

Jurisprudencia:

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 6 de mayo de 2004.

Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 y 19 de mayo de 2004.

Autos de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 11 de junio y 4 de noviembre de 2004.

Resumen: El artículo presenta un estudio de la LO 7 /2003, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, por medio de la cual se imponen restricciones en la progresión de grados afectando mayoritariamente a dos grupos: los condenados por delito de terrorismo y los miembros de una organización criminal. El análisis se plantea a la luz de la finalidad resocializadora de la pena de prisión que establece el art. 25 C.E. y de la legislación comparada, a fin de dilucidar si las reformas introducidas contienen o no visos de inconstitucionalidad.

Palabras claves: Resocialización, constitución, prisión, inseguridad, incapacitación, política criminal

Abstract: The article presents a study of the LO 7/2003, reform measures for full enforcement of criminal sanctions, through restrictions which are imposed on the progression of grades mainly affects two groups: those convicted of crime terrorism and members of a criminal organization. The analysis raises in light of the purpose resocializing of imprisonment established by Art. 25 C.E. and compared legislation, to elucidate whether or not reforms contain constitutional overtones.

Key words: Resocialization, constitution, prison, insecurity, disability, criminal policy



ASSEMBLY OF PEOPLE OF KAZAKHSTAN - A NEW INSTITUTION OF INTERNATIONAL CONSENT AND INTERETHNIC TOLERANCE IN REPUBLIC OF KAZAKHSTAN

**Saule Amandykova**

*Profesora de Derecho Constitucional  
Universidad de Caraganda (Kazajstán)*

Today there is no necessity to prove that the cornerstone is the unity of the people. Kazakh proverb says “Life is where there is the unity”. Exactly this unity is driving life force of state development. Our country confidently moves forward without setbacks because of interpersonal and interethnic conflicts’ aggravation provoking political and economical collapse of any state. Unfortunately, there are a lot of such examples on international scene. Creating the conditions for communication, interaction of institutions of civil society with state institutions in formation of interethnic and interfaith dialogue, tolerant attitude towards each other underpin achievements of Kazakhstan including spiritual foundations of unity and consolidation of the people, particularly in difficult periods of turmoil. Herewith distinctive feature of Kazakh model is endeavour of all ethnic groups to construct multiplicity combination policy in whole. [1; 2]

Basic principles of state national policy are equal rights for all national and confessional (religious) groups’ representatives and formation of favorable conditions for all confessions’ activity. Owing to this in Kazakhstan during 15 years there was no political mass collision motivated by ethnic or religious disagreements.

It is possible to say without exaggeration that first legislative acts of independent Kazakhstan created legal framework which is based on civic and political unity of all citizens that provides equality of rights and freedoms (liberties) of all irrespective of ethnicity or religion. Experience of interethnic policy which is implemented in Kazakhstan was highly evaluated by world community and has attracted interest of countries with similar multi-ethnic population. [2; 2]

In international community Kazakhstan has obtained recognition as a country which conducts policy aimed at guaranteeing tolerance, interfaith and intercultural consent of all nationalities living in Kazakhstan and representing the people of Kazakhstan. The people who are actively building modern and competitive secular state. Kazakhstan is interested in broadening and deepening of so-called dialogue of civilizations, has always supported and expressed willingness to take the initiative aimed to closer understanding between East and West on key problems of modern world order. In the first years of independence very complex connected with spiritual life, social well-being of community, the revival of national consciousness processes took place. And just then, in early 90-ies of the last century Kazakhstan’s President N.A.Nazarbayev having rethought a lot in our history, in order to save our main property – friendship of peoples, on 1st forum of peoples of Kazakhstan suggested the need for transfer of this forum on permanent basis. And on 1st March 1995 on socio-political scene of Republic

there appeared a new institution in the field of national policy – Assembly of Peoples of Kazakhstan [3; 39-43].

Kazakhstan became the first country among the countries-members of CIS where a unique institution was founded – Assembly of People of Kazakhstan. This institution has greatly contributed to the establishment and approval of Kazakhstan's model of multi-ethnic society which is aimed to strengthening of interethnic and interfaith consent. Assembly of People of Kazakhstan since its formation played great role in strengthening of peace and consent between peoples living in Kazakhstan. But in recent years its role in society has become more appreciable.

In May 2007 Parliament of Kazakhstan adopted series of constitutional amendments which significantly changed the role of all representative branch of the government. One of the most important innovations of constitutional reform – increasing the number of deputies Parliament Mazhilis to 107 people, 9 of whom are elected by Assembly of People of Kazakhstan. This step, of course, raised the role of Assembly to a higher level. Besides, introduction of special seats for Assembly by increasing number of deputies made it possible to represent in Parliament the largest ethnic groups living in the territory of Kazakhstan.

Attention should be paid to the fact that amendments adopted in Constitution are about Assembly of People of, not about Assembly of Peoples of Kazakhstan. As it is known, until that time we had the Assembly of Peoples of Kazakhstan, established by the Decree of the President. And it is important on a question of principle, because our Constitution begins with the words “We, the people of Kazakhstan...” We are united (unified) people of country. But our nation is diverse in its ethnic composition. This arouse (formed, turned out) historically. And this amendment brought out everything into line with Constitution. Besides it should be meant that all these years Assembly is headed by President N.A.Nazarbayev. And this initially highlighted exceptional importance of that body. Moreover, in constitutional law of Kazakhstan “About first President of the Republic of Kazakhstan” adopted on 20th July 2000, in Article 1 Paragraph 2, determining status of the First President of the Republic, it is pointed out that First president of Republic, by virtue of his historical mission, has lifelong right to be at the head of Assembly.

On 20th October 2008 law of the Republic of Kazakhstan “About Assembly of people of Kazakhstan” was adopted [4]. The law determines status, procedu-

re of formation and organization of work of Assembly of people of Kazakhstan aimed at realization of state national policy, guaranteeing socio-political stability in Kazakhstan and increasing efficiency of interaction between state and civil society institutions in the field of interethnic relations.

Assembly of people of Kazakhstan – establishment without formation of legal entity, composed by the President of the Republic of Kazakhstan, promoting development of state implementation of national policies. According to this law [4], Assembly is aimed to guarantee interethnic consent in the Republic of Kazakhstan in the process of forming Kazakh civil identity and competitive nation on the basis of Kazakhstan patriotism, civil inner(spiritual)-cultural unity of people of Kazakhstan considering consolidating role of Kazakh people.

The main tasks of Assembly are:

- guaranteeing effective cooperation between state bodies and institutions of civil society in the field of interethnic relations, creating favorable conditions for further strengthening of interethnic consent and tolerance in society;
- strengthening the unity of people supporting and developing society consensus on fundamental value of Kazakhstani people;
- rendering assistance to state bodies in counteraction to manifestation of extremism and radicalism in society and aspirations aimed at limitation of rights and freedoms (liberties) of person and citizen;
- forming political legal culture of citizens leaning at democratic norms;
- guaranteeing integration of efforts of ethno cultural and other public unions in order to attain objects and tasks of Assembly;
- revival, preservation and development of national cultures, languages and traditions of people of Kazakhstan.

Principles of Assembly's activity are:

- a) priority of rights and freedoms (liberties) of person and citizen;
- b) priority of interests of people and state;

c) equality of rights and freedoms (liberties) of person and citizen irrespective of his race, nationality, language, attitude to religion, persuasion or another circumstances;

d) equality of rights and personal responsibility of Assembly members for activity in its structure;

e) publicity.

Principal directions of Assembly's activity are: assistance in elaboration and realization of state national policy; assistance to formation of Kazakhstan patriotism; development of state language and other national languages of people of Kazakhstan; improvement of regional policy in interethnic field; participation in elaboration and realization of plans and events in the field of demography and migration; propaganda of Kazakhstan's model of interethnic and interfaith consent in the country and abroad; implementation of educational and publishing activity aimed at achieving interethnic consent; monitoring the state of interethnic relations, including in the field of application state language and other languages of people of Kazakhstan; participation in socio-political expertise of bills concerning state national policy; support of Kazakh diaspora in foreign countries in the matters of preservation and development of native language, culture and national traditions, strengthening ties with historical native land; production of recommendations and realization of practical measures on regulation of disagreements and disputes, avoiding conflicts in the field of interethnic relations and participation in their resolution; methodical, organizational and legal assistance to ethno-cultural associations; conducting seminars, conferences, engaging in other activities that provide a dialogue of state bodies with public associations on issues of interethnic relations; interaction with civil society institutions and international organizations on issues of guaranteeing interethnic and interfaith consent; rendering assistance in developing ties of other ethnic groups of Kazakhstan with their historical native land; other activities that promote interethnic consent and don't contradict legislation of Republic of Kazakhstan.

The structure of the Assembly is formed by Session of Assembly, Assembly Council, Staff (Secretariat) of the Assembly, regional assemblies (cities of republican status, capitals). Session of Assembly – meeting of members is convened by President of Republic of Kazakhstan as required but not less than once a year. Between sessions Assembly is directed by Assembly Council, formed by the

decision of the President of the Republic of Kazakhstan. Membership of Council is approved by President of Republic of Kazakhstan. Council is a collegial body formed from members of Assembly: representatives of ethno cultural unions, leaders of regional assemblies (cities of republican status, capitals), of state bodies. By decision of the President of Kazakhstan other members of Assembly also can be introduced to Council.

Staff (Secretariat) is a working body of the Assembly entering into the Administration of President of Republic of Kazakhstan, whose activities are regulated by legislation of Republic of Kazakhstan. Staff (Secretariat) is headed by Head of the Staff who is simultaneously Vice Chairman of the Assembly. Chairman of the Assembly heads the Assembly, Assembly Council and provides overall supervision of the Assembly. Vice Chairmen of the Assembly are appointed by the President of Republic of Kazakhstan. Regional assemblies (cities of republican status, capitals) in carrying out their activities are accountable and responsible to the Assembly. Composition of Assembly and regional assemblies (cities of republican status, capitals) is formed by citizens of the Republic of Kazakhstan – representatives of ethno cultural and other public unions, representatives of state bodies and other persons in accordance with their authority in society. Members of Assembly operate within the powers defined by law. Activities aimed at guaranteeing interethnic consent in Kazakhstan, organized by the Assembly, regional assemblies (cities of republican status, capitals), ethno cultural public unions, affiliated to the Assembly, are financed in accordance with legislation of Republic of Kazakhstan.

On 23rd October 2008 was held XIV Session of the Assembly of people of Kazakhstan with the agenda: “The strength of the country is in unity”. At the forum were discussed issues of further development of unique basis of interethnic and international consent. Particularly, the President proposed to develop a doctrine of national unity for inclusion it in the Strategic Plan of the country’s development until 2020 year [2; 2].

On 6th March 2009 President of the Republic of Kazakhstan Nursultan Nazarbayev in his address to the people of Kazakhstan “Through crisis to renewal and development” appealed to the Assembly of people of Kazakhstan, all political forces: “now, not on words, but on deeds is verified, who is really thinking of people, who – not. Let’s join together to overcome the most severe crisis in the history of the planet” [5; 2].

Kazakhstan, on whose territory peacefully coexist representatives of more than 130 nationalities, 3 thousand religious associations, representing over 40 confessions, is ideally suited for carrying out Congress of World Religions. On 1st-2nd July 2009 in Astana took place 3rd Congress of World and Traditional Religions. Congress of Leaders of World and Traditional Religions, initiated by Kazakhstan for development of issues on interreligious consent became an effective tool to develop interreligious consent and basis for meeting of representatives of World Confessions.

The Congress consisted of plenary session on topic: “Role of Heads of religions in promoting peace at the basis of tolerance and mutual respect”, and also sectional conferences on topics: “World ethic of humanism and inner (spiritual) values” and “Consent in crisis”. The congress was attended by delegations from various confessions of three world religions and also special guests, representatives from international organizations – UN, OSCE, UNESCO and OIC.

Next year Kazakhstan will be presiding in OSCE. The fact that among the CIS countries Kazakhstan is presiding in such authoritative international organization shows that policy of our President is far-sighted, balanced, well-founded, well-reasoned [1; 2].

On 26th October 2009 XV Session of the Assembly of People of Kazakhstan with agenda: “National unity - our strategic choice” took place [6; 1- 2]. The President shared his vision of the processes, which should lead out activity of the Assembly of People of Kazakhstan to a new level, having pointed at necessity of working out integral action program of state and society on a whole range of interethnic and interfaith relations. The session was attended by leaders of republican and regional ethno cultural unions, deputies of Parliament, heads of central executive organs, political parties, religious confessions, NGO (non-governmental organizations), heads of diplomatic missions of foreign states, representatives of international organizations and mass media.

Nursultan Nazarbayev in his speech at XV session of Assembly of People of Kazakhstan, in order to strengthen the capacity of interethnic consent, suggested to implement a number of measures in following directions: first of all develop civil identity, tolerance in society of Kazakhstan through system of education and upbringing, correct lighting of the topic of ethnic relations in the mass media, raising the legal culture of Kazakhstan’s people. It is intended to work out conceptual proposals for the development of ethno- and multicultural edu-

cation in accordance with specificity of Kazakhstan society. Proposal to introduce optional course “Basics of Tolerance” in schools and higher educational institutions seems quite valuable.

At session of the Assembly of people of Kazakhstan it was stated that a condition for stability of Kazakhstan society is creating conditions for free development of native language, cultural heritage and traditions of all ethnic groups living in Kazakhstan.

An important component of national unity is an interreligious consent in our society. Principles of legal equality and dialogue of religions are stable in Kazakhstan. Simultaneously state will oppose the activities of pseudo-religious groups. It will also require active position of all religious associations of country.

The strength of national unity is directly related to improving the performance of the Assembly of Peoples of Kazakhstan and all ethno-cultural associations. First of all, it is necessary to strengthen coordinating role of Secretariat of Assembly of people of Kazakhstan, create Council of Elders attached to the Assembly. Scientific-expert Council of Assembly should work actively. It is necessary to establish a grant for scientists, carrying out applied researches on issues of interethnic relations. Assembly of people should do more work with Congress of youth, such as co-hosting the nationwide forum “Youth for the unity of the people of Kazakhstan”. It is necessary to elaborate deeper, on the level of Government and regional akimats, issue about the expansion of state support of ethno cultural associations including mechanism of social order. It is necessary to promote widely Kazakhstan’s model of interethnic and interfaith relations. With this object, it is important to use forthcoming chairmanship of Kazakhstan in OSCE, whose key priority is interethnic and interfaith tolerance. It is reflected in State program “Way to Europe”.

The task of Assembly is generalizing of Kazakhstan’s experience in international consent and on this basis is supposed issuing of special publication entitled “Kazakhstan: integral matrix of unity and consent” on major European languages. Thus, the establishment of Assembly became logical extension of domestic and external policy of Kazakhstan and its leader since independence. Kazakhstan originally headed for construction of modern, secular state committed to the ideals of peace, tolerance and constructive dialogue. Establishment of Assembly of people of Kazakhstan became institutionalized field of interethnic relations in republic, a kind of public diplomacy body. Assembly was created as a principally new institution of civil society which did not have at that time analogues, both in a previous Soviet

epoch, and in world modern practice. Now it can be said with confidence that owing to Assembly it was possible to avoid politization of interethnic relations, direct available at that time potential for conflict in constructive course [7; 3].

Major modern politicians, religious leaders and representatives of public organizations provide the utmost appreciation of Kazakhstan's experience on strengthening international and interfaith consent. The leader of parliamentary German-Central Asian group of Bundestag Hedi Wegener: "A country whose territory is inhabited by more than 120 different nations, ethnic groups and which is able to organize their peaceful life is of great interest. Assembly of the People is a tool, a bridge between them".

"Leaders of Kazakhstan propose specific mechanisms, practical ways and measures to direct development intercultural and interreligious dialogue. The Assembly of people of Kazakhstan is ready to collaborate with UN in this direction", - said Deputy Chairman of the Assembly of people of Kazakhstan E. Tugzhanov in an interview with UN Radio. Thus, during 17 years of independence in the country there formed Kazakhstan's model of multiethnic society between representatives of over 130 nationalities living in republic. From this point of view, the Assembly of people of Kazakhstan plays an important role as an institution in the field of national policy.

### ***Bibliography***

I. Bortchasvili New roles of the institution of Consent//Industrial Karaganda. Regional newspaper.- 2009.- □ 126 (20833). – October 24.

A. Bazarbayev The strength of the country is in unity Industrial Karaganda. Regional newspaper.- 2008. - □ 132. – October 23.

G.N. Nuradil Construction of a new management model for the establishment of lasting peace//Kazakhstan-Spectrum. Scientific journal. – 2006/2(36)

Law of the Republic of Kazakhstan "About the Assembly of people of Kazakhstan" from 20th October 2008, □ 70-IV.

Address of the President to the people of Kazakhstan "Through crisis to renewal and development" Industrial Karaganda. Regional newspaper.- 2009.- □ 26(20733). – March 7

Speech of the President of the Republic of Kazakhstan Nursultan Nazarbayev at the XV session of the Assembly of Peoples of Kazakhstan//The Kazakhstan pravda. National daily newspaper of Kazakhstan. - 2009. - □ 253 (25997). – October 27.

E. Tugzhanov Model of national diplomacy// Industrial Karaganda. Regional newspaper.- 2009. - □ 48-49. – May 1.

Resumen: En el presente artículo, se realiza un estudio del proceso de formación y desarrollo de la “Asamblea de la Gente” de Kazakstán como una nueva institución para prestar consentimiento internacional y caracterizada por la tolerancia interétnica en la República de Kazakstán. Los autores revelaron el papel de Asamblea en la política doméstica y externa de Kazakstán desde la independencia. Así, se ponen de relieve, de un lado, el papel de la actividad sociopolítica de la Asamblea en el curso del desarrollo positivo de tendencias etnopolíticas en la república Kazajstán; de otro, su estructura propia de un Estado legal, de la Asamblea de la Gente de Kazakstán como un nuevo cuerpo constitucional en la república de Kazakstán. En definitiva, se muestra la función positiva de esta institución de Kazajstán, modelo de sociedad multiétnica.

Palabras clave: Asamblea de la Gente de Kazakstán (APK), asambleas regionales (ciudad de estado republicano, capital), estructura del APK, Sesión de APK, Consejo de APK, Personal (Secretaría) de APK, Doctrina de Kazakstán unidad nacional, unidad nacional, comunidad de valores, tolerancia, Mazhilis del Parlamento de la república de Kazakstán. ¿Asamblea de la Gente de Kazakstán (APK)? establecimiento sin formación de persona jurídica, formada por el presidente de la república de Kazakstán, promoviendo desarrollo de realización estatal de políticas nacionales. ¿asambleas regionales (¿ciudad de estado republicano, capital)? Los establecimientos sin la formación de la persona jurídica formada por el akims de áreas (la ciudad del estado republicano, capital) qué actividad es coordinada por la Asamblea. la estructura de la Asamblea de la Gente de Kazakstán es formada por la Sesión de Asamblea, Consejo de Asamblea, Personal (la Secretaría) de la Asamblea, asambleas regionales (ciudades del estado republicano, capitales). ¿Sesión de Asamblea de la Gente de Kazakstán? la reunión de miembros de la Asamblea de la gente de Kazakstán es el cuerpo de supervisión más alto de la Asamblea de la Gente de Kazakstán. El consejo de la Asamblea de la Gente de Kazakstán es un cuerpo colegial formado de miembros de la Asamblea: representantes de uniones culturales ethno, líderes de asambleas regionales (ciudad de estado republicano, capital), de cuerpos estatales. El personal (la Secretaría) de la Asamblea de la Gente de Kazakstán es un cuerpo trabajador de la Asamblea que firma la Administración de presidente de la república de Kazakstán, cuyas actividades son reguladas por la legislación de la república de Kazakstán. La doc-

trina de Kazakstán unidad nacional - el programa se desarrolló con una vista de mantenimiento del consentimiento de interfe y consentimiento interétnico, unidad civil en la república de Kazakstán. unidad nacional - integridad de existencia de comunidades étnicas como una parte del grado estatal, alto uniforme de autoidentificación de ciudadanos del país con república de Kazakstán, con sistema existente de valores e ideales. la comunidad de valores - una base de la unidad nacional de la sociedad de Kazakstán que están cerca de la mayoría aplastante de la gente de Kazakstán y consolidan una sociedad en un todo solo. ¿tolerancia? reflexión de tendencias globales en refuerzo de diálogo intercultural e intercivilisation. Mazhilis del Parlamento de la república de Kazakstán - la cámara del Parlamento que consiste en 107 autoridades, voto directo seleccionado por ciudadanos de república de Kazakstán.

---

---

## III. CRÓNICAS

---

---

*(1 de enero a 31 de diciembre de 2008)*

### SUMARIO

- **Enrique Belda Pérez-Pedrero**, Sobre el perfil de los órganos auxiliares de la Comunidad Autónoma y las designaciones de sus miembros
- **Tomás Vidal Marín**, A vueltas con la exigencia constitucional de proporcionalidad: comentario al ATC 240/2008
- **M<sup>a</sup> del Pilar Molero Martín-Salas**, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas
- **María Martín Sánchez**, Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha
- **M<sup>a</sup> Joaquina Guerrero Sanz**, Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria
- **M<sup>a</sup> Elena Rebato Peño**, Reseña de actividades de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha



**SOBRE EL PERFIL DE LOS ÓRGANOS AUXILIARES  
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA Y LAS  
DESIGNACIONES DE SUS MIEMBROS**

**Enrique Belda Pérez-Pedrero**

*Profesor Titular de Derecho Constitucional*

*Universidad de Castilla-La Mancha*

*Vocal de Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha*

Las comunidades autónomas necesitan realizar junto a las funciones principales derivadas de sus competencias (a través de sus parlamentos, gobiernos y aparatos de administración), otras tantas, igualmente necesarias y trascendentes, para el correcto cumplimiento de sus obligaciones frente al ciudadano y al resto de poderes públicos. A ello se dedican una serie de órganos de estructura autónoma como los consejos consultivos, las defensorías del pueblo, las sindicaturas o tribunales de cuentas y los consejos económicos y sociales.

El poder institucional efectivo y real que tienen en el entramado autonómico, claramente es menor al de parlamentos y gobiernos (incluso en muchos casos se encuentran formando parte de la estructura de alguno de ellos), pero todo esto no quita la necesidad de su propia existencia: algún órgano ha de realizar esas funciones específicas, lo que explica su naturaleza autónoma respecto de otros poderes de la Comunidad; y alguna institución debe hacerlo con la sensibilidad derivada del reconocido autogobierno territorial, lo que justifica su existencia respecto de los órganos estatales en los que están inspirados y a los que sustituyen o complementan en ciertas funciones.

La necesidad de evitar cualquier calificación de tinte minusvalorador respecto de sus funciones, conlleva buscar una denominación para manejar en común todas estas instituciones. Desde luego que la misma, no puede ser precisa ni mínimamente solvente, desde el punto de vista doctrinal, por ser mucha la distinción de caracteres y funciones de los órganos afectados y pocos los elementos de conexión. Parece oportuno, distinguir a través de un mínimo común denominador externo, a consejos, sindicaturas, cámaras, defensorías, etc. Vamos a proponer que éste sea el de “órganos de menor naturaleza decisora”<sup>1</sup>, calificación centrada en resaltar un aspecto compartido del funcionamiento práctico de todas estas figuras de apoyo.

Lo cierto es que, culminado el proceso de reformas estatutarias en las comunidades autónomas, todo apunta a la posibilidad de denominarlos como “órganos de naturaleza estatutaria” o de “mera naturaleza estatutaria”, para diferenciarlos de parlamentos y gobiernos. Mientras eso ocurre, y sin olvidar que algunas comunidades autónomas pueden no estar dispuestas a seguir la tendencia mayoritaria del derecho autonómico español, y prescindir de algunos de los órganos de vigilancia, control y participación que nos ocupan; parece coherente acudir a este criterio de reconocimiento político-social externo como es, comparativamente hablando, su menor nivel de poder efectivo en el entramado institucional de la comunidad autó-

1. Belda Pérez-Pedrero, Enrique: *Instituciones de apoyo a gobiernos y parlamentos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

noma. Dicho de otra manera, la disminuida capacidad de alterar directamente la realidad jurídica o social de manera separada a los actos parlamentarios, políticos o administrativos que emanan del resto de órganos del sistema político autonómico.

Han sido distintas las decisiones de los estatutos de autonomía y de los legisladores autonómicos a la hora de utilizar las fuentes del derecho para la creación y regulación de estos órganos, incluso dentro de la misma Comunidad (por ejemplo, el propio Estatuto de autonomía de Cantabria, recoge el pendiente Defensor del Pueblo –art. 16–; mientras por ley autonómica se establece el Consejo Económico y Social –ley 6/1992, de 26 de junio, de Creación del Consejo Económico y Social–); o la regulación en distinto tipo de fuente de órganos de la misma naturaleza, dependiendo de la comunidad autónoma (como es el caso del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, en el art. 43 de su Estatuto, frente a su homólogo gallego, ausente de la norma básica de Galicia y regulado por ley 9/1995, de 10 de noviembre, del Consejo Consultivo). Por todo ello, el criterio para abordar unos y otros es, como ocurre en la mayoría de trabajos que se publican hasta la fecha, el convencional: los que son reconocidos como tales en derecho autonómico. Así salvaremos las diferencias, a veces de fondo y a veces de matiz.

Con esta brevísima introducción nos centramos en el estudio de la designación de los cargos implicados en este entramado caracterizado por lo que hemos quedado en denominar “menor naturaleza decisora”.

Existen notas de semejanza tanto en los procedimientos de elección de los cargos no representativos que conforman estos órganos, como en el propio estatuto de los mismos. Pero la primera nota a destacar tras la afirmación de ciertos paralelismos, es la inexistencia de unas reglas indubitadas para elaborar una propuesta de régimen general de elección y configuración de este tipo de institutos, así como de sus componentes. Aún contando con esta limitación objetiva, si parece posible relatar y ordenar, ciertas tendencias generales de actuación y funcionamiento que se han ido imponiendo en todo el Estado.

La propia lógica del sistema ha contribuido a fomentar las notas de asimilación. Dos son las bases que permiten detectarla: a) de una parte la previa existencia a nivel del Estado, con constitucionalización expresa<sup>2</sup> o no<sup>3</sup>, de órganos y

2. El Defensor del Pueblo, en el art. 54 CE, el Consejo de Estado, en el art. 107 CE y el art. 136 CE para el Tribunal de Cuentas.

3. El Consejo Económico y Social, a partir del “Consejo” mencionado por el art. 131.2 CE, si bien puede obedecer su creación y existencia a otros criterios adicionales.

entes que con carácter previo al progresivo desarrollo autonómico, realizaban estas funciones en exclusiva: el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo y el Tribunal de Cuentas<sup>4</sup>, b) de otra, la tendencia marcada por las comunidades autónomas que accedieron más tempranamente a mayores niveles competenciales, exportando en muchos casos notas de sus modelos. Esta realidad se ha mostrado más recientemente, con meridiana claridad, por la creación del Consejo de Justicia de Cataluña, en su Estatuto de 2006, que es copiado seguidamente por otras reformas estatutarias como la Castellano-Leonesa, en noviembre de 2007.

En una breve aproximación hay que constatar que los procedimientos de elección son diversos, aunque reconducibles a tres patrones, que juegan, eso sí, de manera distinta, ya que la decisión política ha primado en la toma de opción estatutaria o legislativa, en prácticamente todos los casos. Estos patrones son: 1. La búsqueda de la coincidencia de fines institucionales entre los miembros de estos órganos y las mayorías parlamentarias del territorio, 2. El peso directo de la voluntad del gobierno de la Comunidad, y 3. La corrección de los dos primeros patrones con criterios de mérito y especialización de los elegidos.

Por lo que se refiere al estatuto y consideración de los miembros de consejos, defensorías y cámaras de cuentas o sindicaturas, se percibe: 1. Una inamovilidad dentro del tiempo establecido para el mandato. 2. Garantías de funcionamiento, protección y retribuciones similares a los de los cargos públicos representativos, y 3. Una falta de poder efectivo y real (en el sentido que ya hemos adelantado al describir los órganos “de menor naturaleza decisoria” que componen), ya que sus decisiones no producen una transformación inmediata de la realidad como las que genera una ley, un acto administrativo o una sentencia.

Me detengo ahora, conforme pide la dirección de este Anuario, en un sucinto recorrido por los órganos auxiliares de nuestra Comunidad Autónoma.

El Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha quedó constituido en 1996<sup>5</sup>. Es objeto de mención estatutaria a partir de la LO 3/1997, de 3 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía<sup>6</sup>, y en la actualidad, de haberse completado durante la preparación de las difusiones de este trabajo el trámite de reforma del nuevo

4. Para los consejos económicos y sociales, la tardanza de la constitución del Consejo Económico y Social del Estado, es un dato para desechar que con carácter general, el mismo fuera un ejemplo previo.

5. Al amparo de la ley 8/1995, de 21 de diciembre.

6. Art. 13.4 EA Castilla-La Mancha: “*El Consejo Consultivo es el superior órgano consultivo de la Junta de Comunidades y de las Corporaciones locales de la Comunidad Autónoma. Su composición y funciones se regulan en la ley prevista en el apartado 2 de este artículo*”.

Estatuto, sería el art. 50<sup>7</sup> el que le otorgaría cobertura y relevancia al máximo nivel autonormativo. La ley reguladora vigente es la 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo.

Si bien en un principio y a nivel formal, tanto el Estatuto de Autonomía como la ley de desarrollo presentaban la institución unida al gobierno regional, el proyecto de reforma estatutaria de 2008 destaca al Consultivo, junto con otros Consejos e instituciones de apoyo, en un capítulo aparte que lo traslada a ser considerado como institución al servicio de toda la comunidad autónoma, y no sólo del ejecutivo. Así sucedía en la práctica aunque el tenor literal de su norma reguladora, la 11/2003, continúa los equívocos términos del primer Estatuto, disociando instituciones beneficiarias de la función consultiva, como son las corporaciones locales, del todo institucional del territorio, la Junta de Comunidades<sup>8</sup>. En cualquier caso la mención estatutaria es particularmente escueta, y la reforma sólo afecta a este órgano en la posibilidad de ser regulado por una norma distinta a la que organiza al gobierno de la Comunidad. Así, las únicas garantías frente a la plena disponibilidad del legislador son la reserva de la función consultiva y la posibilidad de acceso de las corporaciones locales.

La formal apariencia de vinculación al gobierno se compensa por los preceptos referidos a su provisión, por una participación mayoritaria de la Cámara regional: componen el Consultivo castellano-manchego cinco miembros electivos, que componen mandato de cinco años, de los cuales dos son nombrados por el Presidente de la Junta a propuesta de su propio Gobierno, y tres a propuesta de las Cortes de Castilla-La Mancha, tras votación en la que los candidatos requieren tres quintos favorables de la cámara (art. 41.2 ley 11/2003). Estos consejeros electivos votan al presidente entre ellos. Todas estas notas de similitud con otros consejos, y que predisponen al Consultivo de Castilla-La Mancha a un encuadramiento de designación mixta entre parlamento y gobierno, además de la autonomía organizativa que permite la elección de presidente; se completan con una nota de identificación con el Consejo de Estado y otros consultivos como el andaluz o el castellano-leonés, al permitir la suma de consejeros natos. Estos últimos, como señala el art. 41.3 de la ley

7. Art. 50 del proyecto de EA de Castilla-La Mancha: *“El Consejo Consultivo. 1. El Consejo Consultivo es el superior órgano consultivo de la Junta de Comunidades y de las Corporaciones Locales de Castilla-La Mancha. 2. Mediante ley se regularán sus funciones, composición y funcionamiento”*.

8. Art. 38.1 ley 11/2003: *“El Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha es el superior órgano consultivo de la Junta de Comunidades y de las Corporaciones Locales de la Comunidad Autónoma”*. En realidad, el Estatuto vincula la estructura territorial autonómica al término “Junta de Comunidades”, respetando la autonomía de las corporaciones locales como derivada de un ente territorial distinto, según el art. 137 CE.

11/2003, no están sujetos al mismo mandato o renovación quinquenal, pudiendo disfrutar del cargo por un período determinado pero inconcreto en las fechas, que se eleva a la mitad del tiempo total por el que hubieran ejercido la función que les habilita a ser considerados natos, y siempre que al menos fuera por un espacio de seis años<sup>9</sup>. El legislador autonómico ha optado por posibilitar la incorporación de los que hubieran sido máximos responsables de los órganos necesarios de la Comunidad, así como de la cabeza del Poder Judicial del Estado en el territorio (Ex-Presidentes de la Junta de Comunidades, de las Cortes y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha que, habiendo ejercido el cargo durante, al menos, seis años, gocen de la condición de ciudadano de Castilla-La Mancha). Finalmente, compone también el consejo un secretario general de perfil funcional<sup>10</sup>.

Los requisitos de acceso para los consejeros electivos son los más habituales en derecho autonómico: a) licenciatura en derecho, b) más de diez años de ejercicio profesional, c) gozar de la ciudadanía castellano-manchega (art. 41.4 ley 11/2003). Cabe omitir otros comentarios particulares respecto del estatuto de los miembros, al no diferir esencialmente ni el ejercicio del cargo<sup>11</sup> ni las causas de cese<sup>12</sup>, del régimen general del derecho autonómico. Sólo apuntar dos notas: la diver-

9. Art. 41.3 ley 11/2003: “*Son miembros natos del Consejo Consultivo los ex-Presidentes de la Junta de Comunidades, de las Cortes y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha que, habiendo ejercido el cargo durante, al menos, seis años, gocen de la condición de ciudadano de Castilla-La Mancha.*”. Art. 41.6: “*Los miembros natos que durante el mandato en el Consejo Consultivo pasen a desempeñar puestos que resulten incompatibles, tendrán derecho a reincorporarse cuando desaparezca la causa de incompatibilidad, por el tiempo que restara hasta la terminación del periodo reconocido.*”.

10. Art. 44 ley 11/2003: “*El Secretario General ejercerá las funciones que le atribuya el Reglamento Orgánico y será nombrado y relevado por el Presidente del Consejo Consultivo entre funcionarios de cualquier Administración Pública, licenciados en derecho y que tengan como mínimo cinco años de antigüedad en la función pública.*”.

11. Art. 48 ley 11/2003: “*1. Los miembros del Consejo Consultivo serán incompatibles con cualquier mandato representativo o cargo político y con el ejercicio de funciones ejecutivas en los partidos políticos. 2. Los Consejeros no podrán ejercer cargos directivos en empresas o sociedades que contraten la prestación de servicios, suministros u obras con la administración de la Comunidad Autónoma. 3. Los Consejeros electivos no podrán desempeñar otra profesión o actividad laboral retribuida. 4. El Presidente y los Consejeros electivos tendrán derecho a las remuneraciones que los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha fijen respectivamente para los Consejeros y Viceconsejeros del Gobierno Regional. 5. Los Consejeros natos sólo tendrán derecho a las remuneraciones señaladas en el apartado anterior si optan por el sistema de incompatibilidad establecido en el apartado 3 de este artículo. En el caso de que no opten por este sistema, el Consejo Consultivo fijará la retribución que les corresponda. 6. Los Consejeros que perciban remuneración o pensión periódicas con cargo a los presupuestos de las administraciones públicas, organismos, instituciones, corporaciones o cualquier otro ente público, deberán optar entre ésta y la remuneración regulada en el apartado 4 de este artículo. 7. Toda actividad profesional privada o pública de los Consejeros será comunicada por éstos al Consejo Consultivo, el cual emitirá dictamen legal acerca de su compatibilidad. En todo caso, los Consejeros se abstendrán de emitir opinión y voto sobre asuntos en los que tengan directo interés personal, profesional o empresarial. 8. Todos los miembros del Consejo tienen derecho a percibir las dietas, gastos y compensaciones que determine su reglamento orgánico.*”.

sa posibilidad de acceso al consejo, a diferencia de lo que ocurre en otros casos como en el consultivo andaluz, no genera distinciones relevantes en el estatuto y funciones de electivos y natos, a salvo de la reserva a los primeros de elegir presidente del órgano, o de la capacidad de los segundos de optar por el régimen de incompatibilidad. Lo cierto es que la inexistencia de una comisión permanente como la del Consejo de Andalucía (art. 21 de su ley 4/2005, de 18 de abril), permite en la práctica la concurrencia al trabajo ordinario de los miembros natos que, por su extracción, pudieran no reunir el perfil técnico-jurídico necesario para dictaminar.

En el sentido de esa última incidencia referida a la posible impericia jurídica de los consejeros natos, los potenciales candidatos a entrar en el consejo en razón de su cargo anterior (así como los requisitos temporales de acceso) alejan la circunstancia de que este tipo de miembros esté en condiciones de ser mayoría en el órgano, pudiendo con ello restar carácter técnico-jurídico a los dictámenes y acrecentar la nota político-institucional basada en su experiencia. El Consejo de Estado, por ejemplo, actuando en pleno, no está totalmente ajeno a ese riesgo. En Castilla-La Mancha es improbable que suceda, quedando el perfil jurídico garantizado. No olvidemos además, que pueden componer el Consultivo como natos, antiguos presidentes del Tribunal Superior de Justicia, con lo cual por este itinerario de acceso institucional, la capacidad en el campo jurídico esta también absolutamente garantizada.

En consecuencia con lo apuntado, esta institución reúne las exigencias de autonomía, independencia y composición que le permiten desarrollar su función consultiva en el territorio, en cumplimiento de sus atribuciones<sup>13</sup>, existiendo una

12. Art. 49: “El Presidente y los Consejeros durante el período de su mandato son inamovibles. Cesarán en sus cargos: 1. Por renuncia o incompatibilidad. 2. Por extinción del mandato. 3. Por incumplimiento grave de sus funciones. 4. Por incapacidad o inhabilitación declaradas por resolución judicial”.

13. Art. 54 ley 11/2003: “El Consejo Consultivo deberá ser consultado en los siguientes asuntos: 1. Anteproyectos de reforma del Estatuto de Autonomía. 2. Proyectos de legislación delegada. 3. Anteproyectos de ley. 4. Proyectos de Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones. 5. Recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencia ante el Tribunal Constitucional. 6. Convenios o acuerdos de cooperación con otras Comunidades Autónomas. 7. Conflictos de atribuciones que se susciten entre Consejeros. 8. Transacciones judiciales o extrajudiciales sobre los derechos de contenido económico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, así como el sometimiento a arbitraje de las cuestiones que se susciten respecto a los mismos. 9. Expedientes tramitados por la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha que versen sobre las siguientes materias: a) Reclamaciones de responsabilidad patrimonial por cuantía superior a seiscientos un euros. b) Revisión de oficio de los actos administrativos. c) Aprobación de Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos, cuando se formule oposición por parte del contratista, y las modificaciones de los mismos, cuando su cuantía aislada o conjuntamente sea superior a un 20%

adecuación plena entre el modelo de provisión y los objetivos que institucionalmente se le encomiendan<sup>14</sup>.

La segunda institución a destacar es el Defensor del Pueblo. Nuestra defensoría territorial, en lo referente a garantías de objetividad, condiciones de acceso, o régimen personal; mantiene las notas que caracterizan otras homónimas. Una salvedad que ha de reseñarse en el procedimiento de acceso es la de que, aunque el Defensor castellano-manchego se encuentre entre aquellos que demandan la concurrencia de la mayoría de tres quintos, habitual en estos nombramientos; permite en su régimen provisorio una rebaja de esa mayoría a la absoluta, celebradas tres votaciones o transcurridos dos meses. Todo lo cual conlleva que las mayorías de este calado, frecuentes en una Comunidad tradicionalmente bipartidista, puedan a la postre disponer en solitario de la designación del cargo, aguardando a postreras votaciones (art. 2.7 ley 16/2001, de 20 de diciembre, del Defensor del Pueblo). Esta ley que se cita, es su base estructural, a la espera del resultado de la tramitación del nuevo Estatuto de Autonomía, que lo recogería en su art. 51.

Dos son los adjuntos del defensor castellano-manchego, a los que ha de nombrar obligatoriamente, de conformidad con la comisión parlamentaria competente (art. 8.1 y 3 ley 16/2001) recortando, por ello, la posibilidad de que esos cargos queden vacantes, como por ejemplo sucede en Aragón con el *lugarteniente*<sup>15</sup>.

Por lo que se refiere al instituto “auxiliar” de fiscalización económica, el modelo de Castilla-La Mancha es el de control a través de un órgano unipersonal, bajo la denominación de “Síndico de Cuentas”, que es la referencia designada por la cámara parlamentaria autonómica para encabezar un equipo de

*del precio original y éste supere la cantidad que la legislación aplicable establezca. d) Interpretación, nulidad y extinción de concesiones administrativas cuando se formule oposición, por parte del concesionario y, en todo caso, cuando así lo dispongan las normas aplicables. e) Modificación de los planes urbanísticos, cuando tengan por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o de los espacios libres previstos. f) Creación o supresión de Municipios, así como la alteración de los términos municipales y en los demás supuestos previstos en la legislación sobre régimen local. 10. Aquellos otros en los que, por precepto expreso de una ley, se establezca la obligación de consulta.”.*

14. Otras consideraciones de gran interés: Fernández Camacho, Inmaculada y Ortega Muñoz, Milagros, “El Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha: nuevo órgano de relevancia estatutaria”, *Parlamento y Constitución* nº 1, págs. 141 a 165, 1997.

15. Más al respecto: Díaz Revorio, Francisco Javier, “Antecedentes y perspectivas para un Defensor del Pueblo en Castilla-La Mancha”, *Parlamento y Constitución*, nº 1, págs. 189 a 200, 1997. Martínez Alarcón, María Luz, *El Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha en la teoría y en la práctica*, Cortes de Castilla-La Mancha, Toledo, 2005.

expertos en la materia que son técnicos, y no componentes de un plenario fiscalizador, como sucede en la mayor parte de Comunidades Autónomas. Se recogería estatutariamente por primera vez a través del art. 53 (si es que finalmente se reforma el estatuto de Autonomía) con una sencilla definición de su naturaleza dependiente de las Cortes regionales, compatibilidad con el Tribunal de ámbito estatal, y una remisión a la ley para la composición y funcionamiento. Hay que subrayar que la norma de desarrollo podría, a tenor de la falta de prescripción estatutaria, transformar por voluntad del Parlamento la magistratura unipersonal en un órgano de control colegiado.

Pero en este momento es la ley 5/1993, de 27 de diciembre, la que regula este órgano, enumerando como parte de la sindicatura, junto al síndico, a los auditores (art. 2). La sistemática de la ley hace sin embargo percibir con facilidad que éstos son equiparables a los técnicos especializados al servicio de los demás órganos de apoyo en la fiscalización contable, que se encuentran en el derecho autonómico (art. 5), no obstante lo cual, mantienen ciertas similitudes con los adjuntos de las defensorías del pueblo, en tanto son elegidos con cierta libertad por el síndico.

El mandato de esta suerte de comisionado parlamentario es de seis años, con posibilidad de ser reelegido (art. 3.1 ley 5/1993. Por ley 13/2007 de 8 de noviembre se suprimió el límite de reelección en un solo período, lo que facilitó la renovación para un tercer mandato del síndico que ha ostentado el cargo hasta la fecha). Necesita los habituales tres quintos de la cámara regional, pero se admite una rebaja de esa mayoría a la absoluta, de no obtenerse en primera votación (art. 3.4). Los requisitos para optar se sitúan entre los de consecución de un perfil técnico acreditado: a) gozar de los títulos de licenciado en Derecho, Ciencias Económicas o Empresariales o Profesor Mercantil, o pertenencia por oposición a Cuerpos de la Administración Pública para cuyo ingreso se exija titulación académica superior y a los que corresponda el ejercicio de funciones interventoras. b) reconocida competencia profesional, que se objetiva en la exigencia de más de ocho años de ejercicio profesional (art. 3.2). Nada más que añadir como característica significativa en cuanto a su estatuto personal (art. 4).

Finalmente, el Consejo Económico y Social, realiza las funciones de participación institucionalizada de los agentes sociales, sectores y expertos implicados en las materias de su competencia. A la espera de si finaliza el largo período de tramitación de la reforma del Estatuto de esta comunidad autónoma, que recoge en su art. 53 la mención expresa del consejo regional, el soporte jurídico de esta institución es la ley 2/1994, de 26 de julio, del Consejo Económico y Social,

modificada varias veces y en la materia que afecta a este resumen<sup>16</sup>. Actualmente se compone de treinta miembros más el presidente.

Tres apuntes característicos que distinguen a nuestro Consejo Económico y Social (aunque también a algunos otros de sus homónimos) de otros órganos territoriales similares son: a) El nombramiento de los componentes del “grupo tercero” (el que acompaña a los tradicionales primero y segundo, representantes de sindicatos y empresarios), se deja en manos del gobierno regional pero se le indica que ha de cumplir unos criterios mínimos de búsqueda, en varios sectores. A saber: el agrario, la economía social, los autónomos, los consumidores y usuarios y las administraciones locales<sup>17</sup>. b) Es muy precisa la configuración legal en el requisito de nombramiento del presidente del órgano, que requiere dos terceras partes de los miembros del plenario, y si tal mayoría no se obtuviese, la mayoría absoluta tras una segunda votación aplazada a días posteriores. Sólo ante la imposibilidad de obtener esta segunda mayoría cualificada, el ejecutivo de la Comunidad quedaría en condiciones de nombrar a “(...) *una persona de reconocido prestigio del ámbito socioeconómico de la región*.” c) Es notoria la fortaleza del secretario general, cuyo nombramiento se hace a través de Orden de la Consejería competente en materia económica tras reunir también dos tercios, al menos, de los votos del pleno del consejo (art. 15).

### ***Referencias legales***

Consejo Consultivo

Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo.

Defensor del Pueblo

Ley 16/2001, de 20 de diciembre, del Defensor del Pueblo.

Sindicatura de Cuentas

Ley 5/1993, de 27 de diciembre, de la Sindicatura de Cuentas, modificada por Ley 13/2007, de 8 de noviembre.

Consejo Económico y Social

Ley 2/1994, de 26 de julio, del Consejo Económico y Social, modificada por Ley 1/1997, de 10 de abril, por Ley 8/1997, de 5 de septiembre, y por Disposición Adicional Undécima de la Ley 14/2001, de 14 de diciembre.

16. Por ley 1/1997, de 10 de abril, por ley 8/1997, de 5 de septiembre, y por Disposición Adicional Undécima de la ley 14/2001, de 14 de diciembre.

17. Art. 4.IV en redacción dada por ley 8/1997, de 5 de septiembre. No se entiende muy bien, como sucede en otros CES autonómicos, esta apelación al mundo corporativo local, para este órgano. También ocurría, entre otros casos en Andalucía (art. 9.3 c) ley 5/1997.

***Referencias en la red***

Consejo Consultivo

<http://www.jccm.es/consultivo/>

Defensor del Pueblo

<http://www.defensoraclm.com/>

Sindicatura de Cuentas

<http://www.sindiclm.es/>

Consejo Económico y Social

<http://www.jccm.es/ces>

***Referencias bibliográficas***

Aragón Reyes, Manuel

“La democracia social y económica: los consejos económicos y sociales como ejemplo”. En *Economía y Derecho ante el siglo XXI*, A. Marina (coord.), Lex Nova, págs. 13 a 33, Valladolid, 2001

Biglino Ccampos, Paloma

“La posición institucional de los Consejos de Cuentas”. *Corts: anuario de derecho parlamentario n° 7*, págs. 31 a 65, 1999

Díaz Revorio, Francisco Javier

“Antecedentes y perspectivas para un Defensor del Pueblo en Castilla-La Mancha”. *Parlamento y Constitución, n° 1*, págs. 189 a 200, 1997

Fernández Camacho, Inmaculada y Ortega Muños, Milagros

“El Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha: nuevo órgano de relevancia estatutaria”. *Parlamento y Constitución n° 1*, págs. 141 a 165, 1997

Martínez Alarcón, María Luz

*El Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha en la teoría y en la práctica*. Cortes de Castilla-La Mancha, Toledo, 2005

Sobrino Fernández, Francisco Javier

“El Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha”. *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha n° 25*, págs. 231 a 250, 1999

Vera Santos, José Manuel

El Defensor del Pueblo en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía BOE-CEPC, Madrid, 2002



**A VUELTAS CON LA EXIGENCIA CONSTITUCIONAL  
DE PROPORCIONALIDAD: COMENTARIO AL ATC 240/2008**

**Tomás Vidal Marín**

*Profesor Titular de Derecho Constitucional*

*Universidad de Castilla-La Mancha*

El presente comentario tiene por objeto analizar la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en relación con el artículo 16.2 de la Ley electoral castellano manchega. En efecto, para el órgano aplicador del Derecho este precepto de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, electoral de Castilla-La Mancha en la redacción dada por la Ley 8/1998 podría vulnerar los artículos 14 y 23.2 de la Constitución al disponer que “de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha a cada provincia le corresponde el siguiente número de diputados: Albacete, 10 diputados, Ciudad Real, 11 diputados; Cuenca, 8 diputados, Guadalajara, 7 diputados, Toledo, 11 diputados”.

Para la Sala *a quo* esta distribución de escaños sería contraria a los precitados preceptos constitucionales puesto que no habría sido complementada mediante Ley para adecuar los escaños correspondientes a cada provincia a su proporción real de habitantes, aplicando así lo dispuesto en el artículo 152.1 CE que estipula que los Estatutos de Autonomía regularán una Asamblea legislativa “elegida por sufragio universal, con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio”. Asimismo, para la Sala juzgadora el artículo 10.2 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha recoge el mismo principio de representación proporcional señalando además que “la asignación de diputados a cada provincia no será inferior a la actual. Albacete, 10 diputados, Ciudad Real, 11 diputados; Cuenca, 8 diputados; Guadalajara, 7 diputados y Toledo, 11 diputados”. A continuación, el Estatuto se remite a una Ley autonómica para regular la atribución de escaños de cada circunscripción, fijando su número.

A la hora de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, la Sala pone el acento en el hecho de que teniendo más electores y población de derecho Guadalajara que Cuenca se le atribuyan a Cuenca un diputado más que a Guadalajara. Igualmente, se argumenta que pese a tener Toledo más de 100.000 habitantes que Ciudad Real, a ambas circunscripciones se les asigna el mismo número de diputados. A juicio del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha no es razonable ni justificado que una provincia tenga asignados más diputados que otra cuando esta última tiene acreditada más población de derecho y censo de electores. Precisamente, para la distribución de diputados se tuvo en cuenta el censo electoral de 1998 y habida cuenta que la población ha variado con posterioridad, estaríamos en presencia de una inconstitucionalidad sobrevenida.

Pues bien, para el más alto de nuestros Tribunales la cuestión de inconstitucionalidad suscitada carece por completo de fundamento. Para ello el alto Tribunal no

hace sino reproducir la jurisprudencia sentada por el mismo en anteriores pronunciamientos y conforme a la cual el criterio de representación proporcional establecido constitucionalmente no puede interpretarse de manera rígida sino de manera flexible. En este sentido, el Tribunal Constitucional comienza considerando que la representación proporcional “es la que persigue atribuir a cada partido o formación electoral un mandato en relación con su fuerza numérica”, añadiendo a renglón seguido que “cualesquiera que sean sus modalidades concretas, su idea fundamental es la de asegurar a cada uno una representación, si no matemática, cuanto menos sensiblemente ajustada a su importancia real. Su estrecha relación con la interdicción específica de desigualdades en el acceso a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE) se pone de manifiesto en el hecho de que las distorsiones, incluso inevitables, en el principio de proporcionalidad se plasman necesariamente en diferencias de trato entre las candidaturas de las diferentes circunscripciones”.

El Tribunal incide de manera especial en el carácter flexible del criterio de la proporcionalidad. Así, entiende que “la exigencia de proporcionalidad (que no es sino una expresión del valor supremo que, según el art. 1.1 CE, representa el pluralismo) ha de verse como un imperativo de tendencia, que orienta pero no prefigura la libertad de configuración del legislador democrático en este ámbito”. Reproduciendo la jurisprudencia establecida en la STC 193/1989 afirmará: “El sistema proporcional puede asumir diversas variantes, y no puede excluirse que el legislador autonómico, a la hora de configurar la variante concreta a seguir, en el uso de su libertad de configuración normativa, introduzca correcciones o modulaciones al principio de proporcionalidad. En tanto el legislador autonómico se funde en fines u objetivos legítimos y no cause discriminaciones entre las opciones en presencia, no cabrá aceptar el reproche de inconstitucionalidad de sus normas o de sus aplicaciones en determinados casos, por no seguir unos criterios estrictamente proporcionales”.

Por tanto, la exigencia de proporcionalidad puede ser conjugada con otros criterios tales como la pretensión de efectividad en la organización y actuación de los poderes públicos o la adecuada representación de los diversos territorios que forman la Comunidad Autónoma. Precisamente, este último criterio es el que conjuga el Estatuto de Autonomía con el mandato de proporcionalidad, puesto que dispone una asignación mínima de escaños para cada una de las provincias; criterios que también se conjugan en la Ley electoral. Como hemos afirmado en otro lugar<sup>1</sup>, tanto la Constitución en su artículo 152.1 como el Estatuto

1. Vid. Vidal Marín, T., *Sistemas electorales y Estado Autonómico. Especial consideración del sistema electoral de Castilla-La Mancha*, Toledo, 2006, pág. 145.

de Autonomía de Castilla-La Mancha en su artículo 10.2, no consagra sin más un sistema de representación proporcional, sino que hacen referencia a un sistema de representación de tal naturaleza, el cual debe asegurar además la representación de las diversas zonas del territorio, en este caso, de la región castellano-manchega, permitiendo, por tanto, al legislador autonómico introducir criterios territoriales que corrijan la precitada proporcionalidad del sistema.

Sentada la doctrina anterior, el Tribunal Constitucional pasa a aplicar la misma al supuesto concreto planteado, llegando a la conclusión de que en el mismo no estamos en presencia de una inconstitucionalidad sobrevenida. En efecto, para el alto Tribunal los efectos de desproporcionalidad causados por el paso del tiempo y la evolución de los flujos poblacionales no siempre podrán ser corregidas “de manera inmediata por el legislador”. Y añade. “Del mandato constitucional de proporcionalidad no se desprende una exigencia de revisión constante de las variaciones en la población para adaptar a ellas las normas legales sobre distribución provincial de escaños, por más que una prolongada inacción del legislador, consintiendo durante periodos excesivos alteraciones significativas que desvirtúen la proporcionalidad de la atribución de escaño puede llegar a provocar la inconstitucionalidad sobrevenida de la norma que establezca la distribución provincial”.

Ahora bien, este no es el caso en el supuesto enjuiciado. Y ello porque, si bien es cierto que conforme con los datos de que se disponían en el momento en que se planteó la cuestión de inconstitucionalidad había diferencias poblacionales entre Toledo y Ciudad Real y tenían atribuido el mismo número de escaños y no había prácticamente diferencias poblacionales entre Cuenca y Guadalajara y se les atribuía diferente número de escaños, “estas diferencias poblacionales que sustentaron el recurso contencioso-administrativo sólo se plasman con el Decreto 1627/2006, de 29 de diciembre, por el que se declaran oficiales las cifras de población resultantes de la revisión del padrón municipal referidas a 1 de enero de 2006, publicado en el Boletín Oficial del estado de fecha 30 de diciembre de 2006, es decir poco más de tres meses antes de que se dictara el Decreto de convocatoria objeto del recurso contencioso-administrativo”.

Y además de lo anterior, el otro argumento que utiliza el más alto de nuestros Tribunales para inadmitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad es que la desproporción causada no era especialmente intensa puesto que era suficiente con añadir un diputado a los que ya tenían las provincias de Guadalajara y Toledo para “*recuperar la situación ideal de proporcionalidad posible*, tal y como ha hecho la 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 en este aspecto, de modo que no cabe apreciar una desigualdad de trato lesiva del derecho fundamental garantizado en el artículo 23.2 CE”

Ciertamente, no se entiende muy bien la expresión usada por el alto Tribunal cuando considera que añadiendo ese diputado en las referidas provincias se recupera *la situación ideal de proporcionalidad posible*. Con esta expresión el Tribunal ¿hace referencia a una proporcionalidad ideal? ¿hace referencia a que el legislador no hubiera podido ir más allá en lo que a la proporcionalidad se refiere? Como ya hemos puesto de manifiesto<sup>2</sup>, además de la desigualdad en el valor del voto, el sistema electoral de Castilla-La Mancha genera distorsiones en lo que a la proporcionalidad votos/escaños se refiere. La combinación de los diversos elementos clave que integran nuestro sistema electoral, tal y como han sido conformados por el legislador autonómico, produce los referidos sesgos desproporcionales. En efecto, la conjunción de una Asamblea legislativa de tamaño reducido, junto con la opción por la provincia como circunscripción electoral, la distribución del número de escaños entre ellas en atención a un criterio mixto: poblacional y territorial, así como la barrera legal del 3 por ciento de los votos válidos emitidos, hacen que el sistema electoral autonómico se aleje de la proporcionalidad ideal.

2. Vid. Vidal Marín, T., *Sistemas electorales...*, op. cit., págs. 146 y ss.

Palabras clave: proporcionalidad, sistema electoral, inconstitucionalidad sobrevenida.

Keys words: proportionality, electoral systems, struck unconstitutionality

Resumen: El Tribunal Constitucional inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en base, fundamentalmente, a que la exigencia de proporcionalidad de los sistemas electorales impuesta constitucionalmente ha de ser interpretada de manera flexible.

Abstract: The Constitutional Court does not consider the electoral law of Castilla-La Mancha unconstitutional in base, principally, to that the exigency of proportionality of the electoral Systems imposed constitutionally has to be interpreted in a flexible way.

**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
SOBRE COMUNIDADES AUTÓNOMAS  
(De 1 de enero de 2008 a 31 de diciembre de 2008)**

**M<sup>a</sup> 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 2008.*

*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. *Comentarios de las sentencias más relevantes dictadas por el Tribunal Constitucional en materia autonómica.*
  - 1.1. *En Recursos de Inconstitucionalidad.*
  - 1.2. *En Conflictos en defensa de la autonomía local.*
2. *Sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en procesos de amparo interesantes desde el punto de vista autonómico.*

Como ya se adelantó en el resumen, el contenido de este artículo serán aquellas sentencias del Tribunal Constitucional relativas a Comunidades Autónomas.

Habitualmente este artículo se divide en dos partes, en la primera de ellas se relacionan las referencias de las sentencias que serán comentadas y se realiza una pequeña estadística dependiendo del proceso en el que se dictan, y en la segunda parte se realiza un comentario de las sentencias citadas, con una amplitud variable dependiendo de la importancia del asunto. Sin embargo, durante el periodo de tiempo al que se refiere este artículo, es decir, todo el año 2008, quizá el aspecto más interesante sea la escasez, casi ausencia, de pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional que afectan a Comunidades Autónomas, no al menos en cuanto a aspectos que podrían resultar de mayor interés desde el punto de vista autonómico como podrían ser el ámbito competencial u organizativo.

Durante 2008 el Tribunal Constitucional pronunció 187 sentencias, de las cuales solamente dos afectan de manera directa a una Comunidad Autónoma. La primera de ellas resuelve un recurso de inconstitucionalidad en la que el Presidente del Gobierno impugna la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, y la segunda de ellas resuelve un conflicto en defensa de la autonomía local promovido por varios Ayuntamientos contra la Ley de la Generalitat Valenciana 8/1999, de 3 de diciembre.

Como aspectos interesantes en cuanto al periodo de tiempo al que hace referencia este artículo, comentar que no se ha dictado ninguna sentencia en cuanto a conflictos de competencia, ni positivos ni negativos. En lo que respecta a cuestiones de inconstitucionalidad, no se hará referencia a ninguna, por carecer todas ellas de interés autonómico. También indicar, que durante todo 2008 no se ha dictado ninguna sentencia que afecte directamente a Castilla-La Mancha.

Por último señalar, que aunque no es habitual el comentario de recursos de amparo, pues por lo general no suelen ser relevantes desde el punto de vista autonómico, en este caso se ha considerado interesante hacer referencia, aunque sea de manera sucinta, a diversas sentencias dictadas para este tipo de recursos, pues además de la escasez de pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional en materia de Comunidades Autónomas, son recursos de amparo especiales, pues a diferencia de lo que suele ser lo habitual, no son interpuestos por personas físicas sino por las propias Comunidades Autónomas.

## ***1. Comentario de las sentencias más relevantes dictadas por el Tribunal Constitucional en materia autonómica***

### **1.1. En Recursos de Inconstitucionalidad**

STC 103/2008, de 11 de septiembre

La citada sentencia resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular 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 normalización política.

La parte recurrente considera que la ley impugnada vulnera el art. 149.1.32 de la Constitución española que reserva al Estado la competencia exclusiva para convocar consultas populares mediante referéndum, entendidos éstos como la participación directa del pueblo en los asuntos públicos.

La ley impugnada autoriza al Lehendakari a realizar una consulta popular, pues el Parlamento vasco entiende que tal consulta no puede ser considerada referéndum.

El Tribunal Constitucional considera que lo que se consulta al pueblo vasco a través de la ley impugnada tiene una manifiesta naturaleza política, por lo que entiende que efectivamente puede ser considerada como un referéndum. Tal consideración provoca que se estime el recurso y que la ley impugnada sea considerada inconstitucional y nula por vulneración del art. 149.1.32 que otorga al Estado la competencia exclusiva para autorizar la convocatoria de consultas populares.

### **1.2. En Conflictos en defensa de la autonomía local**

STC 47/2008, de 11 de marzo

El mencionado conflicto es promovido por los Ayuntamientos de Torrent y diez más contra determinados preceptos, concretamente el art. 2 y la disposición transitoria, de la Ley de la Generalitat Valenciana 8/1999, de 3 de diciembre, por la que se suprime el Área Metropolitana de L'Horta.

Los demandantes consideran que se ha vulnerado su derecho a participar en el proceso de disolución de dicho Área Metropolitana y que en tal proceso la

Comunidad Autónoma ha ejercido diversas competencias que serían de titularidad local, principalmente relativas a transferencia de personal, servicios hidráulicos y tratamiento de residuos, por lo que su autonomía local se ha visto lesionada.

Con posterioridad a la ley impugnada, la Generalitat Valenciana dicta otra ley, la 2/2001, de 11 de mayo, por la que se crean dos nuevas áreas metropolitanas que incluyen a todos los municipios recurrentes. Esta nueva regulación provoca que las situaciones que se alegan hayan quedado superadas, pues todos los asuntos pendientes en cuanto al área metropolitana desaparecida se integran en las nuevas áreas metropolitanas creadas. Por todo ello, el TC da por extinguido el conflicto en defensa de la autonomía local por pérdida de objeto.

## ***2. Sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en procesos de amparo interesantes desde el punto de vista autonómico***

Como se ha comentado anteriormente, se hará una breve referencia a ciertas sentencias que resuelven recursos de amparo, pues aunque no sean especialmente interesantes en materia autonómica, se considera adecuado mencionarlas en tanto en cuanto son procedimientos iniciados por la propia Comunidad Autónoma y no por particulares, como suele ser lo habitual.

STC 164/2008, de 15 de diciembre que resuelve un recurso de amparo interpuesto por la Comunidad Autónoma de La Rioja en cuanto a la adscripción de un funcionario a la Consejería de Vivienda.

STC 18/2008, de 31 de enero que resuelve un recurso de amparo interpuesto por el Gobierno de Cantabria al negarle su personación en causa de jurado.

STC 11/2008, de 21 de enero que resuelve un recurso de amparo interpuesto por la Junta de Andalucía en un litigio sobre desamparo de menores.

STC 8/2008, de 21 de enero que resuelve un recurso de amparo interpuesto por el Gobierno de Cantabria al negarle su personación en causa de jurado.

Por último quisiera referirme a otra sentencia dictada por el Tribunal Constitucional que también resuelve un recurso de amparo. En este caso no es la Comunidad Autónoma la que lo interpone, sino un particular, pero considero que puede resultar interesante desde el punto de vista autonómico.

Se trata de la STC 50/2008, de 14 de abril y que resuelve varios recursos acumulados interpuestos en el año 2003. Los procedimientos son iniciados por una serie de particulares contra un Auto dictado por el Tribunal Supremo que declara nulos diversos Acuerdos del Parlamento Vasco, declarando la ilegalidad y disolución del grupo parlamentario Araba, Bizkaia eta Gipuzkoako Sozialista Abertzaleak.

Los recurrentes consideran que la resolución impugnada vulnera su derecho a la participación política del art. 23.1 y 2 de la CE y la tutela judicial efectiva prevista en el art. 24 de la CE. Finalmente el Tribunal Constitucional desestima los seis recursos de amparo.

#### RESUMEN

Este artículo hace referencia a las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional español relativas a las Comunidades Autónomas durante el año 2008.

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.

#### PALABRAS CLAVE

Constitución, Tribunal Constitucional, jurisprudencia, Comunidad Autónoma y Estatuto de Autonomía.

#### ABSTRACT

This article refers to the sentences dictated by the spanish Constitutional Court relative to the Autonomus Community during the year 2008.

Of the totality of the sentences that have affected of one or another form to the autonomic area, the article centers on those that affect of form more direct in competencial and organizational aspects of the Autonomus Community, and in any case refered to Castilla- La Mancha.

#### KEY WORDS

Constitucion, Constitutional Court, jurisprudence, Autonomus Community and Statatute of Autonomy.

ACTIVIDAD DE LAS CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA  
(De 1 de enero de 2008 a 31 de diciembre de 2008)

**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 2.008<sup>1</sup>

En esta ocasión, nos encontramos ante un periodo de escasa productividad legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha, en comparación con la media de anteriores periodos en los que se han sobrepasado la quincena e incluso la veintena de leyes. Durante el periodo legislativo de 2008 han sido diez las leyes aprobadas. Coincidentemente, destacamos también su escasez en el ámbito de la actividad no legislativa referida a la aprobación de Propositiones No de Ley por las Cortes Regionales durante este periodo, apuntando la ausencia de éstas.

Como es habitual, estudiaremos a fondo cada una de las leyes aprobadas a lo largo de este periodo, clasificándolas en: leyes institucionales, organizativas o de procedimiento; leyes sobre la actividad social y económica; y leyes de carácter tributario, financiero y económico. A continuación, haremos una sucinta exposición de todas ellas por orden cronológico, para ofrecer un claro esquema de la actividad legislativa durante este ejercicio. Así, las leyes aprobadas por las Cortes de Castilla-La Mancha durante el periodo de 2008, han sido las siguientes:

*Ley 1/2008, de 17 de abril, de creación de la Empresa Pública de Gestión de Suelo de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 43, de 18 de abril de 2008)*

*Ley 2/2008, de 5 de junio, de concesión de un crédito extraordinario por importe de 157.678,66 euros para sufragar los gastos de las Cortes de Castilla-La Mancha, celebradas el 27 de mayo de 2007 (BOCCM núm. 52, de 9 de junio de 2008)*

*Ley 3/2008, de 12 de junio, de Montes y Gestión Forestal Sostenible de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 55, de 13 de junio de 2008)*

*Ley 4/2008, de 12 de junio, de creación del Colegio Oficial de Dietistas-Nutricionistas de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 55, de 13 de junio de 2008)*

*Ley 5/2008, de 12 de junio, de Modificación de la Ley 22/2002, de 21 de noviembre, de Creación del Instituto de la Mujer de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 55, de 13 de junio de 2008)*

<sup>1</sup> En relación al estudio de la actividad legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha, durante el periodo de 2008, véase la “Reseña legislativa de Castilla-La Mancha”, en la *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 46, de la misma autora.

*Ley 6/2008, de 30 de junio, de la Empresa Pública “Sociedad Don Quijote de Conmemoraciones Culturales de Castilla-La Mancha, S.A.”, por la que se modifica la Ley 26/2002, de 11 de julio, del IV Centenario de la publicación de El Ingenioso Hidalgo Don Quijote (BOCCLM núm. 62, de 3 de julio de 2008; DOCLM núm. 147, de 16 de julio de 2008)*

*Ley 7/2008, de 13 de noviembre, de Regulación de Tasas en materia de Industria, Energía y Minas de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 80, de 18 de noviembre de 2008; DOCLM núm. 244, de 27 de noviembre de 2008)*

*Ley 8/2008, de 4 de diciembre, de creación de la Comisión Consultiva Regional de Convenios Colectivos (BOCCLM núm. 87, de 9 de diciembre de 2008; DOCLM núm. 259, de 17 de diciembre de 2008)*

*Ley 9/2008, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Tributos Cedidos (BOCCLM núm. 87, de 9 de diciembre de 2008; DOCLM núm. 259, de 17 de diciembre de 2008)*

*Ley 10/2008, de 19 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2009 (BOCCLM núm. 89, de 22 de diciembre de 2008; DOCLM núm. 269, de 31 de diciembre de 2008)*

### **Leyes institucionales, organizativas o de procedimiento**

*Ley 6/2008, de 30 de junio, de la Empresa Pública “Sociedad Don Quijote de Conmemoraciones Culturales de Castilla-La Mancha, S.A.”, por la que se modifica la Ley 26/2002, de 11 de julio, del IV Centenario de la publicación de El Ingenioso Hidalgo Don Quijote (BOCCLM núm. 62, de 3 de julio de 2008; DOCLM núm. 147, de 16 de julio de 2008)*

Esta Ley constituye una actualización y ampliación de la Ley 16/2002, de 11 de julio, del IV Centenario de la publicación de El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha, en cuya conmemoración se creó la empresa pública Don Quijote de la Mancha, 2005. Años después, se aprecia la conveniencia de actualizar y ampliar el objeto de dicha empresa incorporando en aquél cualquier otra conmemoración cultural de la historia y cultura de Castilla-La Mancha con el propósito de dar continuidad a la misma y de convertirla en instrumento propio de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en el ámbito de su actividad cultural.

Así pues, la presente Ley da continuidad a la empresa pública preexistente –“Don Quijote de la Mancha 2005”–, nacida en julio de 2002, con una nueva denominación: “Sociedad Don Quijote de Conmemoraciones Culturales de Castilla-La Mancha, S.A.”, adscrita a la Consejería competente en materia de promoción cultural, como instrumento propio de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

En definitiva, el fin principal de esta Ley es modificar la denominada Ley 16/2002, de 11 de julio, especialmente en lo que a funciones se refiere, pues su propósito fundamental es extender las funciones de la empresa a todo tipo de conmemoraciones culturales. Para ello, la presente Ley prevé expresamente en la nueva redacción dada al artículo 8.1.d. las siguientes acciones: “impulsar y recibir todas las iniciativas que se consigan despertar a partir de los actos de promoción; informar y asesorar a inversores nacionales e internacionales así como captar recursos específicos y apoyar aquellos proyectos e iniciativas de ámbito histórico y cultural que sirvan para la promoción exterior de Castilla-La Mancha y su territorio”.

La Ley objeto de estudio consta de Artículo Único en el cuál se recogen de manera escueta las Modificaciones al texto de la Ley 16/2002, de 11 de julio, integradas éstas en cinco apartados. Finalmente, cierran la Ley una Disposición Derogatoria Única y una Disposición Final Única.

*Ley 8/2008, de 4 de diciembre, de creación de la Comisión Consultiva Regional de Convenios Colectivos (BOCCLM núm. 87, de 9 de diciembre de 2008; DOCLM núm. 259, de 17 de diciembre de 2008)*

En el año 2002 se creó el Consejo Regional de Relaciones Laborales, como órgano de diálogo institucional, concertación y participación entre Sindicatos y Organizaciones Empresariales, y entre éstos y la Administración Regional en el diseño de la política laboral. Además, este órgano facultado para elaborar informes, propuestas y estudios en materia de trabajo y de relaciones laborales, se constituía como órgano de consulta en la negociación colectiva y en materia de convenios laborales, erigiéndose en impulsor de la Comunidad en estas materias.

La Declaración Institucional de Diálogo Social suscrita con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de la Comunidad Autónoma ha consolidado el marco de actuación entre los agentes sociales y el Gobierno Regional en el ámbito de las relaciones laborales y, además, ha supuesto la aper-

tura de nuevos cauces de participación en ámbitos de actuación. Un ejemplo de esta apertura es el compromiso previsto en la Declaración de dotar al Consejo Regional de Relaciones Laborales de nuevas competencias para intervenir en procesos de consulta y extensión de convenios colectivos.

En este marco de actuación, surge la oportunidad de crear en el seno del Consejo Regional de Relaciones Laborales de Castilla-La Mancha un órgano consultivo en materia de convenios colectivos, capacitado además para emitir informe preceptivo en los procedimientos de extensión de los convenios colectivos competencia de la Comunidad Autónoma –informe previsto en Real Decreto 718/2005, de 20 de junio, para dichos procedimientos–.

La presente Ley tiene por objeto crear la denominada “Comisión Consultiva Regional de Convenios Colectivos”, integrada en el seno del Consejo Regional de Relaciones Laborales de Castilla-La Mancha, creada como “(...) órgano especializado del mismo con las funciones que se establecen en el artículo 3 de la presente Ley” –artículo 1–. Asimismo, las funciones previstas para este órgano, previstas en su artículo 3 serán: “(...) emitirá informes y dictámenes facultativos y no vinculantes respecto a las siguientes materias: planteamiento y determinación del ámbito funcional de los convenios, la procedencia de un acuerdo de adhesión a un convenio colectivo en vigor, la interpretación de un convenio vigente en orden a determinar su ámbito funcional, y cualquier otra materia sobre la que le sean atribuidas funciones por la legislación laboral vigente”. Además: “(...) emitirá informe preceptivo y no vinculante sobre la extensión de convenios colectivos siempre y cuando éstos puedan afectar al mismo ámbito funcional, sector o subsector o con características laborales equiparables”.

Respecto a los legitimados para solicitar la actuación a la Comisión, la propia Ley establece que la legitimación corresponde a los siguientes: “(...) las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas; cualquier órgano o entidad sindical o empresarial que, en virtud de su representatividad, acredite un interés legítimo en la consulta que formule; la autoridad laboral o jurisdiccional que tenga competencia en asuntos relacionados, directa o indirectamente, con la aplicación o interpretación de un convenio colectivo” –artículo 4–.

La ley consta sólo de seis artículos, una Disposición Adicional referida a los Medios materiales y administrativos, y cuatro Disposiciones Finales. Es preciso señalar que en la Disposición Final Primera se introduce una Modificación a la

Ley 9/2002, de 6 de junio, de creación del Consejo de Relaciones Laborales de Castilla-La Mancha, de manera que ésta queda modificada en su artículo 3, apartado d, el cuál quedará redactado de la siguiente forma: “Actuar, a través de los órganos que se determinen normativamente, como órgano de consulta de la Autoridad Laboral en los supuestos de adhesión de convenios colectivos, la determinación del ámbito funcional de convenios colectivos, y para emitir el informe preceptivo en los supuestos de extensión de convenios colectivos, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan a las organizaciones sindicales y empresariales representadas en el mismo”.

### **Leyes sobre la actividad económica y social**

*Ley 1/2008, de 17 de abril, de creación de la Empresa Pública de Gestión de Suelo de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 43, de 18 de abril de 2008)*

Esta Ley nace con la finalidad de cumplir con el principio rector que constitucionalmente obliga a los poderes públicos a velar para que todos los ciudadanos podamos disfrutar de una vivienda digna. No es exactamente un derecho a la vivienda el que se reconoce en el Texto Constitucional, aunque sí existe un compromiso para los poderes públicos que deben seguir las políticas necesarias que tiendan a eliminar los procesos especulativos del suelo y a promocionar las viviendas. Así se establece en el artículo 47 de la Constitución: “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. (...)”

En los últimos años la vivienda se ha convertido en uno de los grandes problemas sociales, debido al aumento desproporcionado del precio del suelo, a causa de la especulación. Por ello, es necesario adoptar nuevas políticas eficaces que pongan freno a los procesos especulativos y que den respuesta a las demandas sociales, haciendo efectivo el mandato constitucional, considerando la vivienda como un bien de primer orden, un derecho, y no como un negocio.

Esta Ley pretende dar respuesta a esta situación, mediante la creación de la Empresa Pública de Gestión de Suelo de Castilla-La Mancha, encargada de la gestión del suelo y la vivienda en la Región. El objetivo de esta Empresa es la puesta en el mercado de más suelo para la promoción y construcción de viviendas en régimen de protección pública para frenar la especulación de los promotores privados.

Esta actuación de la Empresa Pública de Gestión del Suelo y Vivienda de Castilla-La Mancha está amparada por lo establecido por la nueva legislación básica estatal en materia de vivienda –Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo– según la cuál la acción de urbanizar es una función pública, otorgando al suelo el carácter de recurso natural, escaso y no renovable. En consecuencia, esta Empresa se constituiría como instituto para garantizar el “principio de desarrollo territorial” (así llamado por la Ley estatal del Suelo), conforme al interés general y al principio de desarrollo sostenible.

La Ley consta de diez preceptos, acompañados de tres Disposiciones Adicionales, una Disposición Transitoria Única y dos Disposiciones Finales.

El artículo 1–finalidad de la Ley– establece la creación de la empresa pública en materia de gestión del suelo, adscrita ésta a la Consejería competente de ordenación de territorio, urbanismo y vivienda. Respecto a la forma jurídica –artículo 2–, se prevé que la empresa adoptará la forma de sociedad anónima y se regirá por sus propios estatutos. En cuanto al capital social –artículo 4–, se fija un capital social inicial de cuatrocientos mil euros, desembolsados por la Junta de Comunidades al tiempo de su constitución en escritura pública. Asimismo, se determina que podrán participar otras administraciones, organismos y empresas del sector público regional, pero la participación de la Junta en el capital social, en ningún momento podrá ser inferior al cincuenta y uno por ciento. Además, se prevén disposiciones respecto al patrimonio, los recursos económicos, los avales, el control financiero, los recursos humanos así como el objeto y funciones de la Empresa Pública, estableciéndose entre éstas –artículo 3– “la adquisición y gestión de suelo y patrimonio inmobiliario para su venta o alquiler (...)”.

Las tres Disposiciones Adicionales se refieren a: aportación de bienes, operaciones de reordenación y modificación de la adscripción; la Disposición Transitoria Única, es relativa a la subrogación; y, por último, las dos Disposiciones Finales se refieren al plazo de constitución y a la entrada en vigor.

*Ley 3/2008, de 12 de junio, de Montes y Gestión Forestal Sostenible de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 55, de 13 de junio de 2008)*

Una de las grandes riquezas forestales en la Región de Castilla-La Mancha son sus montes, debido a su extensión y a su importancia como fuente generadora de riqueza para el desarrollo del medio rural. Se trata de un bien insustituible que la Ley debe proteger.

Sin embargo, hasta la fecha no ha existido una legislación que proteja de manera precisa la materia objeto de la presente Ley, sino que su protección se ha realizado de manera dispersa, mediante leyes de ámbito estatal generalmente y, en ámbito regional, mediante la Ley 2/1988, de 31 de mayo de, de conservación de suelos y protección de cubiertas vegetales naturales (derogada con la presente Ley).

A partir de la entrada en vigor de la legislación básica estatal con Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, modificada por la Ley 10/2006, de 28 de abril, procede la aprobación de la correspondiente ley autonómica en desarrollo de la misma.

En consecuencia, se aprueba la Ley 3/2008, de 12 de junio, de Montes y Gestión Forestal Sostenible de Castilla-La Mancha, con el propósito de unificar en un solo cuerpo legislativo la regulación relativa a dicha materia, anteriormente dispersa, y en desarrollo de lo establecido por la legislación básica de Montes.

Se trata de una Ley extensa y compleja, compuesta por 97 preceptos y diversas Disposiciones, estructurada de la siguiente manera:

Título I, dedicado a las Disposiciones Generales, tales como la definición del objeto mismo de la ley: “establecer el ordenamiento jurídico-administrativo de los montes de Castilla-La Mancha, en el marco de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, bajo los mismos principios y definiciones en ella contenidos, con la finalidad de su conservación y protección, promoviendo su restauración, mejora, sostenibilidad y aprovechamiento racional” –artículo 1–. Asimismo, se establece su ámbito de aplicación –artículo 2–, siendo éste los montes de la Región de Castilla-La Mancha. Además, se contienen otros extremos relacionados con la aplicación de la norma, tales como: el concepto de monte o las clases de montes –artículos 3 y 4–.

Título II, dedicado al Régimen jurídico de los montes, se estructura a su vez en cuatro Capítulos: Capítulo I –Régimen Jurídico de los montes públicos–, dividido a su vez en tres Secciones: “De los montes demaniales” –Sección Primera–, “De los montes patrimoniales” –Sección Segunda– y “Recuperación posesoria y deslinde de los montes públicos –Sección Tercera–; Capítulo II –Régimen de los montes privados–; Capítulo III –Régimen de los montes protectores. Montes singulares–; Capítulo IV –Adquisición de montes por las administraciones públicas. Derecho de adquisición preferente. Unidades mínimas de actuación forestal–. Es importante apuntar como novedad de esta Ley que se tipifican nuevas

categorías de montes, ya sea de titularidad pública o privada, incidiendo en su protección y tutela.

Título III, dedicado a la Gestión forestal sostenible, se estructura en cuatro Capítulos: Capítulo I–Estadística forestal de Castilla-La Mancha; Capítulo II–Planificación Forestal; Capítulo III–Ordenación de montes; Capítulo IV–Usos y aprovechamientos de montes y recursos forestales, dividido a su vez en tres Secciones: “Aprovechamientos en los montes” –Sección Primera–, “Aprovechamientos en los montes de utilidad pública” –Sección Segunda– y “Uso público de los montes” –Sección Tercera–. La “gestión forestal sostenible” es probablemente el aspecto más significativo de la Ley, ya que de una correcta gestión de los montes depende tanto su persistencia como, el desarrollo y estabilidad de las poblaciones radicadas en el medio rural. Esta planificación se desarrolla en dos niveles: un nivel superior, en el que se fijan las pautas para la gestión forestal sostenible mediante los “planes de ordenación de los recursos forestales” (PORF), de ámbito comarcal, y un nivel inferior, en el que se encuentran los instrumentos de gestión forestal sostenible de aplicación directa a montes o grupos de montes concretos.

Título IV, dedicado a la Conservación y protección de montes, consta de cuatro Capítulos: Capítulo I–Usos del suelo; Capítulo II–Lucha contra la erosión y la desertificación. Conservación del suelo y restauración hidrológico-forestal; Capítulo III–Incendios forestales; Capítulo IV–Sanidad y genética forestal. La “lucha contra los incendios forestales” constituye otro de los ejes centrales de esta Ley. Para ello, se hace especial atención a las medidas preventivas y a los planes de defensa contra incendios, especialmente en las zonas declaradas de alto riesgo.

Título V, dedicado a la Investigación, formación, divulgación, extensión y policía forestal, se estructura en tres Capítulos: Capítulo I–Investigación forestal; Capítulo II–Formación y educación forestal; y Capítulo III–Extensión y policía forestal.

Título VI, dedicado al Fomento forestal, consta a su vez de dos Capítulos: Capítulo I–Empresas forestales y Capítulo II–Incentivos económicos.

Título VII, dedicado al Régimen sancionador, estructurado en tres Capítulos: Capítulo I–Infracciones, Capítulo II–Sanciones y Capítulo III–Procedimiento.

Por último, la Ley se completa con nueve Disposiciones Adicionales; diez Disposiciones Transitorias; una Disposición Derogatoria Única, en donde se establece expresamente que las anteriores normas reguladoras de las materias que abarca esta Ley quedan derogadas por la misma; y seis Disposiciones Finales. Entre estas últimas, se prevé lo siguiente: Modificación de la Ley 9/2003, de 20 de marzo, de Vías Pecuarias de Castilla-La Mancha (mediante la Disposición Final Primera); Modificación del artículo 55 de la Ley 1/1992, de 7 de mayo, de Pesca Fluvial de Castilla-La Mancha (mediante la Disposición Final Segunda); Modificación del artículo 39 de la Ley 4/2007, de 8 de marzo, de Evaluación Ambiental de Castilla-La Mancha (mediante la Disposición Final Tercera).

*Ley 4/2008, de 12 de junio, de creación del Colegio Oficial de Dietistas-Nutricionistas de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 55, de 13 de junio de 2008)*

La presente Ley es aprobada en respuesta a la solicitud realizada por la Asociación de Dietistas Diplomados de Castilla-La Mancha. Esta Asociación, en representación de los profesionales que ejercen la profesión de “Dietista-Nutricionista” en el territorio de la Comunidad, solicitó la creación del Colegio Profesional de Dietistas-Nutricionistas de Castilla-La Mancha, en virtud de la Ley 10/1999, de 26 de mayo, de creación de Colegios Profesionales de Castilla-La Mancha.

La creación del precitado Colegio Profesional puede argumentarse desde la perspectiva del interés público que satisface, ya que permitirá velar por los intereses profesionales de un gran colectivo, contribuyendo además a la promoción de la salud pública en el ámbito regional.

Además, argumentan el reconocimiento legal de la profesión de “dietista-nutricionista” mediante el Real Decreto 433/1998, de 20 de marzo, por el que se estableció el título universitario de Diplomado en Nutrición Humana y Dietética. Asimismo, la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de Profesiones Sanitarias: “establece como profesión sanitaria con nivel de Diplomado la de Nutrición Humana y Dietética, que tendrá entre sus funciones, (...) desarrollar actividades orientadas a la alimentación de la persona o grupos de personas, adecuadas a las necesidades fisiológicas y, en su caso, patológicas de las mismas, y de acuerdo con los principios de prevención y salud públicas”.

La Ley consta de seis preceptos, completados con Disposición Transitoria Única y una Disposición Final.

Tras establecerse su creación –artículo 1–, se regulan su naturaleza y régimen jurídico –artículo 2–, dotando al Colegio creado del carácter de “corporación de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad”, siendo su ámbito territorial el de la Comunidad de Castilla-La Mancha –artículo 4–.

En cuanto a su ámbito personal –artículo 5– la Ley determina que podrán integrarse en este Colegio Profesional quienes posean la titulación correspondiente, esto es, “el título universitario oficial de Diplomado en Nutrición Humana y Dietética”, estableciendo además que para el ejercicio de dicha profesión en el ámbito territorial de Castilla-La Mancha “será requisito indispensable la previa incorporación al Colegio Oficial de Dietistas-Nutricionistas de Castilla-La Mancha, salvo que estuviera incorporado ya a otro Colegio profesional en los términos en la normativa básica estatal y en la Ley 10/1999, de 26 de mayo”.

Tal y como prevé el artículo 6 –relaciones con la Administración–, el Colegio Profesional de Dietistas-Nutricionistas de Castilla-La Mancha, se relacionará con la Consejería competente en materia de Colegios Profesionales, del mismo modo que, en lo que se refiera a la profesión en sí, se relacionará con la Consejería competente en materia de sanidad.

En cuanto a las Disposiciones que completan la Ley: la Disposición Transitoria Única, se refiere al proceso constituyente, para la elaboración de los Estatutos del Colegio Profesional; por último, se cierra con la Disposición Final, relativa a la entrada en vigor de la Ley.

*Ley 5/2008, de 12 de junio, de Modificación de la Ley 22/2002, de 21 de noviembre, de Creación del Instituto de la Mujer de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 55, de 13 de junio de 2008)*

La reciente aprobación de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, creada para la eliminación de cualquier tipo de discriminación, haciendo efectiva la igualdad entre hombres y mujeres, es muestra del compromiso existente respecto de la exigencia de igualdad real, como presupuesto del Estado Social y Democrático de Derecho.

De igual manera, el Gobierno Regional debe respetar este compromiso de hacer real y efectiva la igualdad entre hombres y mujeres, en cumplimiento de la citada Ley 3/2007, teniendo a este respecto un papel de especial relevancia el Instituto de la Mujer, definido éste como el órgano creado por el Gobierno Regional para: “(...) promocionar e incentivar las condiciones que posibiliten la igualdad entre mujeres y hombres, erradicar la violencia hacia las mujeres y coordinar con las Consejerías las actuaciones que hagan más efectivas las políticas para la consecución de la igualdad en todos los ámbitos de la vida, al mismo tiempo que impulsar, coordinar y realizar el seguimiento en cada provincia de las citadas políticas de igualdad de oportunidades”.

El Instituto de la Mujer fue creado por Ley 22/2002, de 21 de noviembre, de Creación del Instituto de la Mujer, si bien las exigencias de igualdad real introducidas mediante la Ley 3/2007 hacen necesaria la incorporación de nuevas estrategias y una nueva metodología que permita hacer efectivo el principio de transversalidad en las políticas y actividades de la administración regional.

Para alcanzar este objetivo, se aprueba la presente Ley, para la modificación de la Ley 22/2002, de 21 de noviembre, de Creación del Instituto de la Mujer de Castilla-La Mancha, en lo relativo a sus órganos directivos del Instituto. Así pues, se crean las denominadas “Delegaciones Provinciales”, como órganos de dirección de las unidades periféricas, en cada demarcación territorial. Estas Delegaciones Provinciales asumirán la responsabilidad de incorporar el principio de transversalidad en todas las políticas del Gobierno Regional, debiendo aumentar la colaboración y coordinación con los órganos de la Administración Periférica del Estado y con los de la Administración de Justicia, encargados de la lucha contra la violencia de género –muy vinculada con los fines del Instituto–.

La Ley consta de Artículo Único y Disposición Final Única.

En su Artículo Único, denominado Modificación de la Ley 22/2002, de 21 de noviembre, de creación del Instituto de la Mujer de Castilla-La Mancha, se recogen en tres apartados diferenciados las distintas modificaciones que se realizan al texto de la citada Ley, para introducir las mencionadas reformas. Así:

El apartado 1.- Respecto a los órganos rectores y periféricos del Instituto de la Mujer de Castilla-La Mancha (artículo 4). En él, se recogen sus órganos rectores –Consejo de Dirección y Dirección– y se introduce como novedad la “Delegación Provincial” en cada provincia.

El apartado 2.- Se refiere expresamente a las Delegaciones Provinciales (artículo 8.3, de nueva creación). Éstas se definen como: “Las Delegaciones Provinciales del Instituto de la Mujer son los órganos encargados de dirigir sus unidades periféricas, bajo la vigilancia y supervisión de su Dirección (...)”.

El apartado 3.- Respecto al régimen económico del Instituto de la Mujer de Castilla-La Mancha (artículo 13), se da una nueva redacción a este precepto, estableciendo lo siguiente: “El Instituto de la Mujer de Castilla-La Mancha someterá su régimen presupuestario a lo establecido en la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma y en el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, aprobado por Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre, o norma que le sustituya y, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 106 y siguientes de este Texto Refundido, rendirá cuenta de sus operaciones a la Sindicatura de Cuentas”.

Finalmente, la Ley se cierra con la Disposición Final Única, referente a su entrada en vigor.

### **Leyes de carácter tributario, financiero o económico**

*Ley 2/2008, de 5 de junio, de concesión de un crédito extraordinario por importe de 157.678,66 euros para sufragar los gastos de las Cortes de Castilla-La Mancha, celebradas el 27 de mayo de 2007 (BOCCM núm. 52, de 9 de junio de 2008)*

En virtud de lo establecido por la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha, completada por la Ley 8/1998, de 19 de noviembre, de modificación parcial de dicha Ley, la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha deberá subvencionar los gastos originados por las actividades electorales, en los términos previstos por la Ley y atendiendo a los escaños y votos conseguidos.

En cumplimiento de lo previsto legalmente, en las pasadas elecciones autonómicas celebradas el 27 de mayo de 2007, la Junta de Comunidades concedió anticipos de las subvenciones electorales a los principales Partidos Políticos de la Región –Partido Socialista Obrero Español y Partido Popular–, con cargo a las subvenciones electorales.

Una vez emitido el informe de la Sindicatura de Cuentas de Castilla-La Mancha sobre ingresos y gastos electorales y atendiendo a lo establecido en la

Ley 5/1986, anteriormente citada, se establece que procede la concesión de un crédito extraordinario para cuya concesión se aprueba la presente Ley. Así pues, mediante la presente Ley se aprueba la concesión de dicho crédito extraordinario por un importe de ciento cincuenta y siete mil seiscientos setenta y ocho euros con sesenta y seis céntimos (157.678,66 euros).

La Ley consta únicamente de dos artículos, en los que se detalla la cantidad del crédito extraordinario concedido así como su financiación; finalmente, consta también de una Disposición Final relativa a su entrada en vigor.

*Ley 7/2008, de 13 de noviembre, de Regulación de Tasas en materia de Industria, Energía y Minas de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 80, de 18 de noviembre de 2008; DOCLM núm. 244, de 27 de noviembre de 2008)*

Son numerosos los factores que hacen ineludible la adecuación de las tasas en materia de industria, energía y minas de Castilla-La Mancha. La ordenación y modernización del sector industrial y energético, así como la agilización en los trámites administrativos en las últimas décadas hacen necesaria la adaptación de las previsiones de la Ley 3/1990, de 18 de mayo, de Tasas y Precios Públicos a la realidad actual.

Con la aprobación de esta Ley, se pretende alcanzar dicha adaptación mediante las medidas tales como: la eliminación de determinadas tarifas, la limitación de la carga tributaria máxima en relación a las tarifas por razón de justicia tributaria, la creación de otras tarifas en atención al volumen de trabajo generado y a los nuevos servicios administrativos impuestos por la normativa de ordenación sectorial, además de introducir otras medidas como son la simplificación de algunos conceptos como el “hecho imponible” o la unificación de tarifas tributarias, todo ello con el objetivo de mejorar la seguridad jurídica de los ciudadanos y de simplificar la gestión y exacción del tributo.

La presente Ley consta de diez artículos estructurados en dos Capítulos claramente diferenciados, dedicados respectivamente a la “Tasa en materia de industria y energía” –Capítulo I–, y a la “Tasa en materia de minería” –Capítulo II–. En cada uno de ellos, se define su hecho imponible así como los sujetos pasivos de su correspondiente tasa y sus cuotas.

Por último, la Ley se completa con dos Disposiciones Adicionales, una Disposición Derogatoria Única, y tres Disposiciones Finales. Señalamos que en

la Disposición Final Primera, respecto a la actualización de las tarifas, se prevé que éstas “podrán ser actualizadas a través de las Leyes de Presupuestos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha”.

*Ley 9/2008, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Tributos Cedidos (BOCCLM núm. 87, de 9 de diciembre de 2008; DOCLM núm. 259, de 17 diciembre de 2008)*

Las normas tributarias que, hasta la fecha, han sido aprobadas en Castilla-La Mancha en virtud de su capacidad normativa, venían recogidas en la Ley 17/2005, de 29 de diciembre, de medidas en materia de tributos cedidos, actualizada por la Ley 10/2006, de 21 de diciembre, por la que se modifica la Ley 17/2005, de 29 de diciembre, y por la Ley 14/2007, de 20 de diciembre, por la que se amplían las bonificaciones tributarias del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

La presente Ley nace con el objetivo de sintetizar y actualizar todas las disposiciones contenidas en la citada Ley 17/2005, adecuándolas a la normativa estatal e incorporando en ella los nuevos beneficios tributarios en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, orientados fundamentalmente a paliar los efectos de la actual situación del mercado hipotecario sobre los compradores de vivienda. Las medidas más importantes adoptadas, en relación a beneficios tributarios, podrían resumirse en las siguientes: respecto al primero de los impuestos, una nueva deducción de la cuota íntegra autonómica por inversión en vivienda habitual cuando se utilice financiación ajena; respecto al segundo de los impuestos, se modifican las normas sobre los tipos reducidos aplicables a la adquisición de la primera vivienda habitual.

Esta Ley se compone de veinte artículos estructurados en dos Capítulos, de la siguiente manera:

Capítulo I, dedicado a las “Normas sustantivas sobre tributos cedidos”. A su vez, consta de cuatro secciones, cada una de ellas dedicada a uno de los tributos cedidos:

Sección Primera –Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas–, respecto a este impuesto, se mantienen las mismas deducciones ya existentes –por nacimiento o adopción de hijos, por discapacidad del contribuyente, de sus

ascendientes o descendientes, para personas mayores de 75 años, y por cantidades donadas al Fondo Castellano-Manchego de Cooperación-, y a éstas, se añade una nueva deducción de la cuota íntegra autonómica por las cantidades invertidas en la adquisición o rehabilitación y en obras de adecuación a personas con discapacidad de su vivienda habitual, cuando se utilice financiación ajena –artículo 6–.

Sección Segunda –Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones–, con respecto a este impuesto se mantienen idénticas previsiones modificándose únicamente su estructura y redacción para mejorar su comprensión.

Sección Tercera –Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados–, con respecto a este impuesto se mantienen los tipos generales y se actualizan tipos reducidos a la adquisición de la primera vivienda habitual. Especialmente se introducen modificaciones relacionadas con el establecimiento de nuevos tipos en la opción de compra incorporada a contratos de alquiler de viviendas de protección pública.

Sección Cuarta –Tributos sobre el Juego–, se regulan los tipos y las cuotas aplicables a la tasa fiscal sobre juegos.

El Capítulo II se dedica, por su parte, a las “Normas para la aplicación de los tributos cedidos”, incluyendo previsiones referidas a plazo y lugares de presentación de autoliquidaciones, a los procedimientos telemáticos de autoliquidación y declaración fiscal, entre otros.

Por último, cierran la Ley una Disposición Transitoria Única, Disposición Derogatoria Única, y tres Disposiciones Finales, de entre la que destacamos la Disposición Final Primera referida al periodo de aplicabilidad de la deducción establecida en el artículo 6 de la Ley que establece que: “La deducción establecida en el artículo 6 por inversión en la vivienda habitual tendrá efectos desde el día 1 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2011, ambos inclusive”.

*Ley 10/2008, de 19 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2009 (BOCCLM núm. 89, de 22 de diciembre de 2008; DOCLM núm. 269, de 31 de diciembre de 2008)*

Los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2009, aprobados mediante la presente Ley, se presentan

como el soporte presupuestario de una política encaminada a mejorar el bienestar de los ciudadanos, articulados en torno a tres pilares: el impulso a la actividad económica, la profundización en la solidaridad social de Castilla-La Mancha y la contención del gasto.

Esta Ley consta de cincuenta artículos estructurados a lo largo de seis Títulos, organizados de la siguiente manera:

El Título I, denominado “De la aprobación de los presupuestos y de sus modificaciones”, se organiza a su vez en dos capítulos: el capítulo I, dedicado a “Créditos iniciales y su financiación” y el capítulo II “De los créditos presupuestarios y sus modificaciones”. En él se contienen los Presupuestos generales de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, los de los organismos autónomos y los de entidades y empresas públicas que forman parte del sector público regional.

El Título II, denominado “De la ejecución y liquidación presupuestaria”, consta de tres capítulos: el capítulo I, dedicado a la “Autorización de gastos”, el capítulo II, dedicado a “Otras disposiciones en materia de ejecución de gastos” y, por último, el capítulo III para “Liquidación de los Presupuestos”. Se contienen las normas sobre distribución de competencias en relación a la autorización de los gastos y la desconcentración y delegación de competencias, las normas sobre expedientes de gasto con repercusión en ejercicios futuros y la gestión de los créditos financiados con transferencias finalistas, entre otras, como las normas relativas a la liquidación presupuestaria, el informe de la liquidación o las disposiciones relativas a la Cuenta General correspondiente al ejercicio presupuestario de 2008.

El Título III, denominado “De los créditos de personal”, se divide a su vez en dos capítulos: el capítulo I, destinado a “Régimen retributivo” y el capítulo II, a “Otras disposiciones en materia de personal”. En él se regula y contiene todo lo relativo a retribuciones de personal, plantilla y personal al servicio de la Comunidad de Castilla-La Mancha –convocatoria de plazas, gestión de personal, retribuciones...–.

El Título IV, “De la gestión de los Presupuestos docentes”, consta de dos capítulos: el capítulo I, denominado “De los centros docentes no universitarios financiados con fondos públicos” y el capítulo II “De los costes de personal de la Universidad de Castilla-La Mancha”. En este Título se contienen las normas

relativas al establecimiento de un módulo económico de distribución de fondos públicos para el sostenimiento de centros concertados y se autorizan los costes del personal de la Universidad.

El Título V, “De las operaciones financieras”, se estructura en dos capítulos: el capítulo I “Del endeudamiento” y el capítulo II “De los Avales”. En él se regula el endeudamiento de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y se fija el límite de los avales que puede conceder durante el ejercicio presupuestario.

Finalmente, el Título VI, “De las tasas y otras medidas tributarias”, consta únicamente de tres artículos, en los que se contiene básicamente: la actualización de las tasas de la Comunidad Autónoma –artículo 48–; el tipo de gravamen del canon de aducción y del canon de depuración –artículo 49–; y el establecimiento de la afectación de los ingresos obtenidos por la recaudación de los impuestos sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente y de la venta minorista de determinados hidrocarburos –artículo 50–.

Por último, y tras su articulado, completan la Ley varias Disposiciones, concretamente once disposiciones Adicionales, una Disposición Derogatoria y cinco Disposiciones Finales, y varios Anexos, como es tradicional en las leyes de presupuestos.

## ***2. Actividad no legislativa***

Una vez más, durante el periodo de 2008, la actividad no legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha se ha centrado fundamentalmente en la aprobación por el Pleno de la Cámara de numerosas Resoluciones, en relación a los Debates Generales, celebrados sobre temas de gran interés para la Región. En contraste al gran volumen de Resoluciones, en esta ocasión, no encontramos Proposiciones No de Ley aprobadas durante este periodo. En este ámbito no legislativo, tampoco podemos olvidar la actividad de control político ejercida por las Cortes, a través de las preguntas e interpelaciones.

La actividad no legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha se centra, principalmente, en los Debates Generales. En ellos, se tratan temas de muy variada índole, de máxima relevancia e interés para la ciudadanía. El proceso es muy sencillo, tras el Debate General sobre el tema en cuestión, se aprueba la Resolución pertinente al respecto, en la que se adoptan las medidas acordadas y

se recogen las conclusiones del Debate. Por este motivo, y en el plano de la actividad no legislativa, las Resoluciones adquieren gran importancia y son muy abundantes. A estos efectos, es preciso tener en cuenta además que tratan temas de gran interés para la Región, tales como: agua, medio ambiente, infraestructuras, educación y cultura, vivienda, política económica, sanidad, salud, prestaciones sociales y empleo, entre otras.

Mención aparte merece, como cada año excepto en periodo electoral, el Debate sobre la orientación política general del Consejo de Gobierno, esto es, el “Debate sobre el estado de la Región” del periodo 2008, celebrado en Sesión Plenaria de las Cortes de Castilla-La Mancha, el día 11 de septiembre de 2008 (BOCCM, núm. 65, de 11 de septiembre de 2008). En esta ocasión, y como no podía ser de otra manera, el Debate se centró en la situación económica, a la que el presidente de Castilla-La Mancha, José María Barreda, hizo referencia expresando que “*es con seguridad, con firmeza y con confianza*” como se debe afrontar la situación actual. En su intervención ante la Cámara, mostró absoluta confianza en que la región está preparada para estos tiempos de “vacas flacas” declarando, en palabras del presidente: “*mi Gobierno, todos los agentes sociales, hemos estado desde el primer momento preocupados, manos a la obra, adoptando medidas que necesitan dos complementos: unidad y trabajo de todos*”. Una vez más, el presidente expresó la importancia para su Gobierno del esfuerzo de toda la sociedad castellano-manchega, como ha venido haciendo desde el principio de su mandato: “*la unidad genera fortaleza y capacidad de resistencia. Desde los primeros síntomas hemos estado en contacto con los agentes sociales, compartiendo diagnóstico y pronóstico. Detrás de cada medida hay un acuerdo básico con ellos*”, afirmó. La coyuntura económica actual fue la gran protagonista del discurso del presidente Barreda, entendiendo que la situación actual obedece a una crisis económica mundial, ante a la que concluyó con la exposición de una serie de medidas, recogidas en un decálogo de actuaciones elaboradas por el Gobierno autónomo para hacer frente a la actual situación de Castilla-La Mancha.

Comenzaremos pues el estudio de la actividad no legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha durante 2008, con un breve repaso de los Debates Generales, mediante la aprobación por el Pleno de sus correspondientes Resoluciones. Para ello, hemos clasificado las Resoluciones aprobadas en función de la materia de que se trata, pudiendo catalogarse de la siguiente manera:

\* *En materia de educación y cultura*, se han aprobado las siguientes Resoluciones: Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General

relativo al rendimiento escolar en Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 36, de 18 de febrero de 2008), Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la implantación de la asignatura de Educación para la Ciudadanía, y su repercusión en Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 43, de 18 de abril de 2008), Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General relativo a la ampliación de enseñanzas universitarias en Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 43, de 18 de abril de 2008), Resolución del Pleno de las Cortes sobre el II Plan de Formación Profesional de Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 47, de 16 de mayo de 2008), Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre inicio del curso escolar 2008/2009, con información previa del Consejo de Gobierno (BOCCM, núm. 67, de 23 de septiembre de 2008) y Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la situación actual de la ruta del Quijote (BOCCM, núm. 76, de 5 de noviembre de 2008).

\* *En materia de sanidad* tan sólo encontramos la siguiente: Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la aplicación en Castilla-La Mancha de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (BOCCM, núm. 68, de 26 de septiembre de 2008).

\* *En materia de agua y medio ambiente*, tema protagonista en Castilla-La Mancha, se han aprobado las siguientes: Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General relativo al Plan Especial del Alto Guadiana (BOCCM, núm. 36, de 18 de febrero de 2008), Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el Plan Especial de Municipios Ribereños de Entrepeñas y Buendía (BOCCM, núm. 41, de 11 de abril de 2008) y Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la lucha contra el cambio climático en Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 62, de 3 de julio de 2008).

\* *En materia de financiación y políticas económicas*, se han aprobado numerosas Resoluciones en referencia a diferentes ámbitos: Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General relativo a las políticas en materia de ahorro y eficiencia energética del Gobierno de Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 41, de 11 de abril de 2008), Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre las medidas que tiene previstas el Gobierno Regional para combatir la situación por la que atraviesa el sector de la construcción, con información previa del Consejo de Gobierno (BOCCM, núm. 43, de 18 de abril de 2008), Resolución del

Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el Programa Operativo de la Región de Castilla-La Mancha para la Programación del FEDER 2007-2013 (BOCCM, núm. 46, de 13 de mayo de 2008), Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el Plan Estratégico de Desarrollo Sostenible del Medio Rural de Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 46, de 13 de mayo de 2008), Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre distribución de ayudas con cargo al Fondo Regional de Cooperación Local para los ejercicios 2008 y 2009 (BOCCM, núm. 46, de 13 de mayo de 2008), Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la financiación sanitaria en Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 72, de 10 de octubre de 2008), Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre financiación local (BOCCM, núm. 80, de 18 de noviembre de 2008), y Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la inversión del Gobierno Regional en I+D+I en el sector empresarial en nuestra región, con información previa del Consejo de Gobierno (BOCCM, núm. 85, de 2 de diciembre de 2008).

\* *En materia de prestaciones sociales*, como es ya tradicional, las Resoluciones del Pleno giran en torno a los grandes temas de interés social: la vivienda, la violencia de género y el empleo, además de los temas de interés general sobre prestación social. Así, durante el periodo de 2008, encontramos las siguientes:

\* *En materia de vivienda*: Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General relativo al Pacto por la Vivienda en Castilla-La Mancha, firmado el día 12 de mayo de 2008 (BOCCM, núm. 52, de 9 de junio de 2008), Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la evolución del precio de la vivienda en los últimos años en Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 67, de 23 de septiembre de 2008).

\* *En materia de violencia de género y políticas de igualdad*: 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 2007 (BOCCM, núm. 85, de 2 de diciembre de 2008) y Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General relativo a las Políticas de Igualdad desarrolladas por el Gobierno Regional en Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 85, de 2 de diciembre de 2008).

\* *En materia de empleo*: Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la evolución del paro en Castilla-La Mancha (BOCCM,

núm. 36, de 18 de febrero de 2008) y Resolución del Pleno de las Cortes sobre el Plan por el Crecimiento, la Consolidación y la Calidad del Empleo en Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 80, de 18 de noviembre de 2008).

\* *Otras materias de prestación social*: Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General relativo a las políticas de atención a las personas mayores de nuestra Comunidad (BOCCM, núm. 39, de 28 de marzo de 2008), Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General relativo a las políticas en relación a la infancia en Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 46, de 13 de mayo de 2008), Resolución del Pleno de las Cortes sobre el II Plan de Atención a las Personas Mayores de Castilla-La Mancha, Horizonte 2011 (BOCCM, núm. 52, de 9 de junio de 2008) y Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre las medidas de mejora de las pensiones y su repercusión en Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 67, de 23 de septiembre de 2008).

En *otras materias*, se han aprobado diversas Resoluciones en relación a las más variadas materias, tales como la agricultura, la artesanía, el turismo, y otras materias de difícil catalogación, que hemos agrupado en este apartado: Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el cultivo del lino textil, en relación a la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2008 (BOCCM, núm. 62, de 3 de julio de 2008), Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General relativo al acuerdo en la Unión Europea para la reforma de la OCM del vino (BOCCM, núm. 39, de 28 de marzo de 2008), Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General relativo a la presencia de Castilla-La Mancha en FITUR y su incidencia en el turismo de la Región (BOCCM, núm. 39, de 28 de marzo de 2008), Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General relativo a la situación actual de las transferencias de Justicia en Castilla-la Mancha (BOCCM, núm. 39, de 28 de marzo de 2008), Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la incidencia del pago único de la Política Agraria Común en Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 47, de 16 de mayo de 2008), Resolución del Pleno de las Cortes sobre el Plan de Ordenación y Promoción de la Artesanía en Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 62, de 3 de julio de 2008), Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el alcance de la Resolución Judicial del Tribunal Constitucional en la Ley Electoral de Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 67, de 23 de septiembre de 2008) y Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la situación del cultivo del ajo en Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 72, de 10 de octubre de 2008).

Otra de las funciones de las Cortes de Castilla-La Mancha es su actividad de control político del Gobierno Regional. Sin embargo, reiterándonos en lo ya dicho en anteriores ediciones, esta actividad no se desarrolla como la función esencial de las Cortes Regionales. Por el contrario, queda reducida a las preguntas e interpelaciones presentadas por la oposición.

En cuanto a las Proposiciones No de Ley, durante el periodo de 2008, la actividad no legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha ha sido muy escasa, no encontrando Proposiciones No de Ley aprobadas. Recordemos a estos efectos que ya en el periodo anterior de 2007 solo encontrábamos una PNL, en contraste con la habitual actividad en este ámbito de nuestras Cortes.

Por su parte, y como cada año, es importante destacar el Informe anual emitido por el Defensor del Pueblo en relación con la actividad de su institución en la Región. En esta ocasión, tras su elección en diciembre de 2007, fue D. José Manuel Martínez Cenzano, Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha, quien emitió su Informe Anual de 2008, constituyendo éste el primer informe de su mandato (BOCCLM núm. 56, de 18 de junio de 2008).

Además, hemos de hacer mención a otros textos normativos aprobados por Cortes de Castilla-La Mancha durante el citado periodo, como: *Normas reguladoras del procedimiento para la designación por el Pleno de candidatos a Magistrados del Tribunal Constitucional* (BOCCM, núm. 43, de 18 de abril de 2008); *Resolución de carácter general de la Presidencia de las Cortes sobre tramitación parlamentaria del Proyecto de Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Sindicatura de Cuentas de Castilla-La Mancha* (BOCCM, núm. 54, de 12 de junio de 2008); *Normas reguladoras para la presentación de la Memoria Anual del Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha* (BOCCM, núm. 71, de 8 de octubre de 2008); *Creación y funciones de la Mesa de Contratación* (BOCCM, núm. 82, de 21 de noviembre de 2008); *Normas sobre el régimen económico de la Cámara* (BOCCM, núm. 90, de 23 de diciembre de 2008);

Finalmente, y como viene siendo tradición, cerraremos esta reseña, haciendo una breve mención a ciertos pronunciamientos, acuerdos o declaraciones de diversa índole, interesantes por mostrar la preocupación o el interés de nuestros representantes por determinados temas de trascendencia social. Así, podemos citar: *Declaración Institucional relativa al atentado cometido por ETA el día 14 de mayo de 2008* (BOCCM, núm. 47, de 16 de mayo de 2008); *Declaración*

*Institucional de apoyo a las víctimas del terrorismo* (BOCCM, núm. 62, de 3 de julio de 2008); *Declaración Institucional relativa al atentado terrorista en el aparcamiento de la Universidad de Navarra* (BOCCM, núm. 76, de 5 de noviembre de 2008); *Declaración Institucional de condena por el asesinato del empresario vasco don Ignacio Uría Mendizábal* (BOCCM, núm. 87, de 9 de diciembre de 2008); además, destacamos la *Declaración Institucional aprobada por unanimidad por la Mesa de las Cortes de Castilla-La Mancha y Junta de Portavoces en relación con los últimos atentados de la banda terrorista ETA* (expediente 07/D1-0004).

**RESUMEN:** En esta crónica se presenta la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha durante el periodo anual de 2008. Se presenta en dos claras partes: una primera parte dedicada a la actividad legislativa, en la que se resume y comenta cada una de las leyes aprobadas durante dicho periodo; y una segunda parte en la que se ofrece la actividad no legislativa, destinada principalmente a las Resoluciones Generales, Proposiciones No de Ley e Informes y Acuerdos de relevancia, así como al Debate sobre el estado de la Región.

**PALABRAS CLAVE:** Región, actividad legislativa, ley, autonomía, ciudadano, agua, empleo, vivienda, violencia de género, sanidad, vivienda, política social.

**ABSTRACT:** This article presents the activity that the Regional Parliament of Castilla La-Mancha has carried out throughout the year 2008. Said activity is divided into two different parts: one focuses on the legislative activity, in which every law that has been passed during the period 2008 is summed up and commented; the other section centres on the non-legislative activity, mainly General Orders, Parliamentary discussion documents, reports and relevant agreements, as well as on the State of the Region Debate.

**KEY WORDS:** Autonomous Region, legislative activity, law, self-government, citizen, water, employment, housing, gender-based violence, public health system and social policy.



ACTIVIDAD DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA  
MANCHA EN MATERIA CONSTITUCIONAL Y ESTATUTARIA

**Joaquina Guerrero Sanz**

*Letrada del Consejo Consultivo  
de Castilla-La Mancha*

En el año 2008 la labor del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha desplegada en el 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– se ha ceñido a la emisión de ocho dictámenes sobre Anteproyectos de Ley, que el Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha ha sometido a la consideración de este órgano consultivo antes de su aprobación por las Cortes Regionales.

En la exposición que se realizará sobre la doctrina más relevante establecida por estos dictámenes, se recogerá el contenido más relevante de seis de los mismos, en los que el Consejo Consultivo realizó consideraciones de carácter esencial que conviene recordar como doctrina más significativa referida a la materia que nos ocupa, citándose al final del trabajo los restantes dictámenes cuya doctrina no se ha considerado especialmente reseñable.

El esquema que se seguirá en cada uno de los apartados del presente trabajo se estructurará en tres apartados bien diferenciados, referidos a la finalidad del anteproyecto, consideraciones esenciales emitidas por el Consejo y, en su caso, nivel de atención que dichas observaciones hayan tenido en el texto normativo aprobado por las Cortes de Castilla-La Mancha.

Procede, pues, adentrarse en la exposición descrita.

### ***Dictámenes sobre anteproyectos de Ley***

**- Dictamen número 10/2008, de 22 de enero, solicitado por la Consejería de Administraciones Públicas, sobre el anteproyecto de Ley de Creación del Colegio Oficial de Dietistas-Nutricionistas de Castilla-La Mancha.**

La conveniencia de la creación del Colegio Oficial de Dietistas-Nutricionistas de Castilla-La Mancha se fundamentaba en la necesidad del reconocimiento legal de la profesión, su importancia respecto de la salud de la población y la existencia en nuestra Comunidad de un número cada vez mayor de profesionales, agrupados fundamentalmente en torno a la Asociación de Dietistas-Nutricionistas de Castilla-La Mancha.

El texto de la norma sometida a dictamen fue acreedora de una observación de carácter esencial referida al apartado 2 del artículo 5 del anteproyecto, que preveía que *“para el ejercicio de la profesión de Dietista-Nutricionista en el*

*ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha será requisito indispensable la previa incorporación al Colegio Oficial de Dietistas-Nutricionistas de Castilla-La Mancha, en los términos establecidos en la normativa básica estatal y en la Ley 10/1999, de 26 de mayo”.*

El Consejo consideró que *“El requisito de la colegiación previa necesaria para el ejercicio profesional, viene regulado en el artículo 3.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, precepto de carácter básico, que ha sufrido diversas modificaciones hasta su redacción actual debida al Real Decreto Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, que establece como eje del sistema el principio de colegiación única, matizando la obligación de colegiación al señalar que: “Cuando una profesión se organice por Colegios territoriales bastará la incorporación a uno sólo de ellos, que será el del domicilio profesional único o principal, para ejercer en todo el territorio del Estado, sin que pueda exigirse por los Colegios en cuyo ámbito territorial no radique dicho domicilio habilitación alguna ni el pago de contraprestaciones económicas distintas de aquellas que exijan habitualmente a sus colegiados por la prestación de los servicios de los que sean beneficiarios y que no se encuentren cubiertos por la cuota colegial. Lo anterior se entiende sin perjuicio de que los Estatutos Generales o, en su caso, los autonómicos puedan establecer la obligación de los profesionales que ejerzan en un territorio diferente al de colegiación de comunicar a los Colegios distintos a los de su inscripción la actuación en su ámbito territorial”.*

*Sobre la relevante cuestión de la forma en que se habría de expresar el régimen de colegiación única a raíz de las reformas de la legislación básica que se han ido sucediendo hasta la actualmente vigente, se pronunció este Consejo con ocasión de los dictámenes 54/2000, de 27 de julio, 33/2001, de 1 de marzo, 130/2001 de 27 de noviembre y 28/2002, de 21 de febrero, dando lugar a observaciones de carácter esencial.*

*Si bien el texto del artículo 5.2 del anteproyecto no contradice expresamente tal precepto básico, pues se remite a lo previsto en la normativa básica estatal y en la Ley 10/1999, de 26 de mayo, es censurable desde la perspectiva del principio de seguridad jurídica garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución, la redacción del apartado que establece el “requisito indispensable” de la previa incorporación de los ejercientes al Colegio Autonómico que se crea, sin matizar tal requisito para introducir la idea de colegiación única que impera legalmente. Por ello, se debería cambiar la redacción para que no exis-*

*tierra resquicio de duda de la efectiva salvaguardia del principio de colegiación única que informa la materia, para lo que sería suficiente modificar el texto proyectado incluyendo la salvedad de que se acreditara la colegiación en un Colegio de otro ámbito territorial. Se sugiere la siguiente redacción:*

*“Para el ejercicio de la profesión de Dietista-Nutricionista en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha será requisito indispensable la previa incorporación al Colegio Oficial de Dietistas-Nutricionistas de Castilla-La Mancha, salvo que se estuviera ya incorporado a otro Colegio Profesional, en los términos establecidos en la normativa básica estatal y en la Ley 10/1999, de 26 de mayo”.*

El anteproyecto presentado por el Gobierno fue finalmente aprobado por Ley 4/2008, de 12 de junio, de creación del Colegio Oficial de Dietistas-Nutricionistas de Castilla-La Mancha, y el mismo tuvo en cuenta la consideración de carácter esencial indicada, adoptando incluso la redacción propuesta por el Consejo en su dictamen.

**- Dictamen número 63/2008, de 2 de abril, solicitado por la Consejería de Cultura, sobre el anteproyecto de Ley de la empresa pública Sociedad de Don Quijote Conmemoraciones Culturales de Castilla-La Mancha SA.**

La finalidad principal de la norma sometida a la consideración del Consejo Consultivo se justificaba en que se comprobó que la empresa pública Don Quijote de La Mancha 2005, S.A. podía ser un medio idóneo para organizar y promover conmemoraciones culturales, habida cuenta de la experiencia y exitoso resultado conseguidos con la organización y celebración del IV Centenario que originó su creación. Por ello, se planteó la posibilidad de ampliar el objeto de esta empresa para que pudiera organizar o fomentar cualquier otra conmemoración cultural de interés para la Región.

El dictamen emitido sobre el citado anteproyecto introdujo una consideración de carácter esencial al contenido del proyecto, referida a la disposición final segunda del texto examinado, ya que se consideraba de una oscura redacción: *“El Consejo de Gobierno, mediante Decreto, podrá modificar el régimen legal de la empresa pública, salvo aquellas materias de este régimen que hayan de regularse por normas con rango de Ley por así exigirlo la legislación especial”.*

El Consejo consideró que *“la indeterminación e imprecisión con que está redactada la disposición no es conciliable con el principio de seguridad jurídica”.*

*ca garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución, sin que sea posible determinar el significado y alcance de la misma que, en un primer momento contempla la posibilidad de que la actuación del ejecutivo alcance a la “modificación del régimen legal de la empresa pública”, para posteriormente intentar acotar esta facultad exceptuando de la misma, en términos genéricos y carentes de todo rigor, a las “[...] materias de este régimen que hayan de regularse por normas con rango de Ley por así exigirlo la legislación especial”.*

*Se trata pues, por un lado, de aplicar una suerte de técnica deslegalizadora a favor del ejecutivo autonómico en una materia cual es la “[...] modificación del régimen legal de la empresa [...]”, si bien intentando limitar tal facultad de modo impreciso al excluir de la misma las “[...] materias de este régimen que hayan de regularse por normas con rango de Ley por así exigirlo la legislación especial”. Esta última alusión a la “legislación especial” desconcierta aún más, pues no sólo no queda claro a qué ámbito material se halla referida, sino que además puede llevar consigo la imbricación del ejercicio de otros títulos competenciales que excedan de los atribuidos a la Comunidad Autónoma –tal es el caso de la legislación mercantil atribuida de modo exclusivo al Estado por el artículo 149.1.6ª de la Constitución–.*

*Los términos en que se expresa la disposición constituyen en sí mismos un uso incorrecto de la técnica deslegalizadora, ya que pone en manos del ejecutivo la posibilidad de regular determinados aspectos reservados previamente a la Ley, sin delimitar expresamente el ámbito material a que afecta y el temporal en el que pueda desenvolverse. Critica el Tribunal Constitucional esta técnica deslegalizadora cuando supone “una total abdicación por parte del legislador de su facultad [...], transfiriendo [ésta] al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir” (STC 83/1984, de 24 de julio, entre otras). Tal es el caso de la disposición mencionada pues, por su imprecisión y vaguedad, no sólo no acota el ámbito a que alcanza la facultad que otorga al ejecutivo, sino que tampoco determina de modo claro y expreso las excepciones que a ésta puedan ser aplicables. La opción por la utilización de la técnica deslegalizadora requeriría la determinación expresa del objeto a que la misma pudiera extenderse y la fijación de los límites a su ejercicio.*

*Tampoco el origen de la disposición que se comenta contribuye a aclarar su significado, sino que más bien, en vez de despejar las dudas que suscita, incrementa los interrogantes acerca del sentido que haya querido otorgarse a tal*

*regulación. La disposición aludida fue introducida tras la sugerencia manifestada por la Secretaria General de Economía y Hacienda en su informe, de que se estableciera que “[...] el Consejo de Gobierno mediante Decreto pueda acordar las modificaciones que pudieran producirse en las actividades propias de la citada sociedad, sin necesidad de acudir a una nueva modificación de su ley”. Esta propuesta no parece tener sentido a la luz de la previsión recogida en el artículo 8.2 de la Ley 16/2002, que faculta a la empresa para “[...] realizar cualquier actividad lícita para la consecución de su objeto”. Por otro lado, si la mención a “las actividades” de la empresa se quiere referir realmente a las “funciones” de la misma, bastaría con la introducción de un apartado específico en el artículo 8 en el que se reseñara que el Consejo de Gobierno mediante Decreto podrá modificar tales funciones.”*

En suma, el superior órgano consultivo de la región consideró que la redacción que se proponía de la disposición final segunda del anteproyecto era contraria al principio de seguridad jurídica, en conexión con el de legalidad, garantizados ambos en el artículo 9.3 de la Constitución.

Tanto el proyecto que el Gobierno Regional remitió a las Cortes Regionales para su aprobación, como la Ley 6/2008, de 30 de junio, de la Empresa Pública Sociedad Don Quijote de Conmemoraciones Culturales de Castilla-La Mancha, S.A. por la que se modifica la Ley 16/2002, de 11 de julio, del IV Centenario de la publicación de El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha, tuvieron en cuenta el mencionado reparo de carácter esencial.

**- Dictamen número 176/2008, de 17 de septiembre, solicitado por la Consejería de Economía y Hacienda, sobre el anteproyecto de Ley de Presupuestos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.**

Si bien el dictamen respecto a la Ley de Presupuestos Regional se emite todos los años, como es preceptivo, el aprobado respecto a la Ley presupuestaria regional para el ejercicio 2009 merece ser reseñado, en cuanto a la consideración de carácter esencial que se efectuó respecto a la Disposición final tercera de aquélla. En este precepto se preveía la modificación de la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha.

Así, se modificaban los apartados 2 y 6 del artículo 76 de la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, en el que se establece el régimen jurídico de los actos emanados de los órganos de dirección y gestión del SESCAM. En el apartado 2, en el que se enumeran los actos que ponen fin a la vía administrativa, se adicionaban

en la letra c) los provenientes del Director Gerente en materia de contratación. Por otro lado, en el apartado 6, se modificaba la competencia para declarar la lesividad de los actos anulables dictados por los órganos del SESCAM, que en la Ley de Ordenación Sanitaria estaba atribuida al Consejero de Sanidad, otorgándose al Director Gerente del SESCAM.

Respecto a estas modificaciones, el Consejo Consultivo consideró que *“el Tribunal Constitucional ha establecido unos límites materiales a la regulación de las Leyes de Presupuestos, derivados de lo dispuesto en el artículo 134 de la Constitución, por suponer la inclusión de materias ajenas al objeto de éstas una restricción de las competencias del poder legislativo, al disminuir sus facultades de examen y enmienda, limitaciones que también son de aplicación a las Comunidades Autónomas, como dijo en su Sentencia 180/2000, de 29 de junio. Esta doctrina se recogió por el órgano consultivo en su dictamen 69/2000, de 25 de septiembre, emitido sobre el Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2001, expresando que:*

*“En la sentencia 180/2000, de 29 de junio, se afirma que “ya en la Sentencia 27/1981 manifestábamos que la especificidad de la función parlamentaria de aprobación del presupuesto conecta con la peculiaridad de la Ley de Presupuestos en referencia a cualquier otra Ley. Esta especialidad proviene del carácter instrumental del Presupuesto en relación con la política económica; pero, por otra parte, las notas singulares de la Ley presupuestaria ha de reconocerse que también vienen impuestas por el hecho de que su debate está, de alguna manera, restringido por las disposiciones de las Cámaras que regulan su procedimiento. [...]*

*Este planteamiento determinó que haya quedado perfilada en nuestra doctrina, en relación a las Leyes de Presupuestos del Estado, la distinción entre un contenido mínimo, necesario e indispensable (Sentencia 65/1987), constituido por la expresión cifrada de la previsión de ingresos y la habilitación de gastos y un contenido posible, no necesario o eventual que puede afectar a materias distintas de ese núcleo esencial (Sentencia 76/1992)”.*

*En relación a este último contenido, afirma el Alto Tribunal en su Sentencia 234/1999, de 16 de diciembre, que “la explicación de ese contenido posible, no necesario o eventual, debe buscarse en el hecho de que la Ley de Presupuestos no es únicamente un conjunto de previsiones contables (Sentencia 65/1987), sino también un vehículo de dirección y orientación de la política económica*

*que corresponda al Gobierno (Sentencia 76/1992). Bien entendido que admitir que las Leyes de Presupuestos puedan tener un contenido que afecte a materias diferentes de las que integran su núcleo esencial, no significa que dentro de ese contenido eventual o no necesario pueda tener cabida la regulación de cualquier materia.*

*[...] La inclusión de ese contenido eventual sólo es constitucionalmente legítima si concurren una serie de requisitos: que la materia guarde relación directa con los ingresos y gastos que integran el Presupuesto y que su inclusión esté justificada por ser un complemento de los criterios de política económica de la que ese Presupuesto es el instrumento, de un lado, y de otro, que sea un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor ejecución del Presupuesto y, en general, de la política económica del Gobierno.*

*La inclusión en la Ley anual de Presupuestos de materias en las que no se den estas condiciones resulta contraria a la Constitución, por suponer una restricción ilegítima de las competencias del poder legislativo, al disminuir sus facultades de examen y enmienda sin base constitucional y por afectar al principio de seguridad jurídica garantizado por nuestra Norma Suprema (artículo 9.3 de la Constitución), esto es, la certeza del Derecho que exige que una Ley de contenido constitucionalmente definido, como es la Ley de Presupuestos, no contenga más disposiciones que las que corresponden a su función institucional delimitada por el artículo 134.2 de la Constitución, debido a la incertidumbre que una regulación ajena a esa función puede originar (Sentencias 65/1990; 76/1992; 178/1994; 195/1994 y 203/1998).*

*En cuanto a las Leyes de Presupuestos autonómicas, la sentencia 180/2000 aludida anteriormente, confirma, en consonancia con lo indicado en la Sentencia 174/1998, la aplicación de la doctrina indicada en párrafos precedentes, señalando que “el canon de constitucionalidad aplicable a las fuentes normativas de las Comunidades Autónomas es, por tanto, el que se contiene en sus respectivos Estatutos de Autonomía, en las Leyes estatales que, dentro del marco constitucional, se hubiesen dictado para delimitar las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas y, por supuesto, en las reglas y principios constitucionales aplicables a todos los poderes públicos que conforman el Estado en sentido amplio y, evidentemente, en las reglas y principios constitucionales específicamente dirigidos a las Comunidades Autónomas. [...] Existe una sustancial identidad entre las normas que integran el bloque de la constitucionalidad aplicable a la institución presupuestaria de la Comunidad Autónoma*

*y cuanto dispone, respecto del Estado, el artículo 134.2 de la Constitución Española, norma de la cual, la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha deducido la existencia de límites materiales al contenido normativo de las Leyes de Presupuestos y a su utilización como instrumento de legislación (Sentencia 174/1998)”.*

Analizados los preceptos comentados a la luz de la doctrina constitucional expuesta, el Consejo llegó a la conclusión de que *“es evidente que las medidas objeto de la disposición final controvertida no forman parte del contenido esencial de la Ley de Presupuestos, en cuanto no contiene la expresión cifrada de una previsión de ingresos o habilitación de gastos, tal como el Alto Tribunal exige”, y que la repetida modificación no tenía ninguna incidencia en materia de gasto, “por más que afecte a una materia económica, ni tampoco constituye un complemento de los criterios de política económica, dado que tal regulación tiene un carácter meramente procedimental, que únicamente incide en la determinación del órgano competente para resolver los recursos que en materia de contratación del SESCAM se puedan interponer por los interesados.”*

El proyecto de Ley fue finalmente aprobado mediante Ley 10/2008, de 19 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2009, siendo atendida la consideración de carácter esencial efectuada por el Consejo Consultivo.

**- Dictamen número 177/2008, de 17 de septiembre, solicitado por la Consejería de Trabajo y Empleo, sobre el anteproyecto de creación de la Comisión Consultiva Regional de Convenios Colectivos.**

La conveniencia de aprobar la Ley en proyecto se justificaba, en la memoria incorporada al expediente, en que procedía abordar la tramitación de una nueva disposición legal tendente a la creación de una Comisión Consultiva Regional de Convenios Colectivos, en el seno del ya existente Consejo Regional de Relaciones Laborales de Castilla-La Mancha, con el fin de atribuir a la misma nuevas funciones de consulta en materia de delimitación y extensión del ámbito funcional de los convenios colectivos, indicándose al respecto que con ello se buscaba dar respuesta a compromisos contraídos en el marco de la Declaración Institucional de Diálogo Social suscrita con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de la Región.

El Consejo consideró que el apartado 3 del artículo 4 del texto sometido a dictamen debía ser eliminado. El precepto, titulado *“funcionamiento y acuer-*

dos”, relativo a las pautas o criterios de funcionamiento del órgano consultivo que se crea, establecía en dicho apartado que *“los informes o dictámenes de la Comisión deberán ser emitidos en el plazo de veinte días hábiles a partir de la fecha de entrada de la solicitud en el Consejo de Relaciones Laborales”*.

El órgano consultivo consideró que *“siendo el plazo señalado común para todos los supuestos de intervención de la referida Comisión relacionados previamente en el artículo 3.1 del anteproyecto –planteamiento del ámbito funcional, extensión, adhesión e interpretación–, y hallándose desligado del carácter preceptivo o facultativo de los informes que se le pidan, dicho espacio de tiempo no resulta acorde con el plazo establecido al efecto en el Real Decreto 718/2005, de 20 de junio, regulador del procedimiento de extensión de convenios colectivos, en cuyo artículo 7.3, ya reproducido en la consideración III, relativo a la solicitud de informe al órgano consultivo correspondiente, se establece que “el plazo de emisión del informe a que se refieren los apartados anteriores será de 30 días”*.

*Bien es cierto que, por el carácter determinante del referido informe y el efecto necesariamente interruptivo previsto para el mismo en el apartado 1 del citado artículo 7 del Real Decreto prealudido, la reducción del citado plazo de emisión del informe en los procedimientos de extensión de convenios colectivos a sólo veinte días no parece tener una trascendencia significativa sobre el posterior devenir del procedimiento o el modo de operatividad de las normas rectoras del silencio administrativo. No obstante, ha de tenerse en cuenta al respecto la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en relación con el alcance de la competencia estatal en materia de legislación laboral y su armonización con las competencias autonómicas autoorganizativas, puesta nítidamente de relieve respecto de un caso similar al que ahora se plantea por medio de la ya citada Sentencia 17/1986, de 4 de febrero, en cuyo fundamento jurídico 3 se viene a declarar: “Al Estado compete legislar en materia laboral y, por ende, en materia relativa a la extensión de convenios colectivos, según tiene reiteradamente declarado este Tribunal a partir de la Sentencia número 18/1982, de 4 de mayo, el desarrollo reglamentario que cubre el procedimiento para acordar dicha extensión”, agregando, “incluso en el supuesto en que la facultad de extensión pudiera calificarse de ejecutiva, es indudable que habría de sujetarse a los requisitos, condiciones y formas fijados por el Estado, pues la ejecución lo es de la legislación estatal, y, por ello, en los términos y contenido fijados por dicha legislación”. En sentido concordante, cabe también referirse a la Sentencia del alto tribunal 86/1991, de 25 de abril, fundamento jurídico 1.*

*En consecuencia, la alteración del plazo establecido por la normativa estatal para emitir informe en los supuestos de intervención preceptiva de la Comisión Consultiva competente que vengan motivados por la tramitación de procedimientos de ámbito autonómico de extensión de convenios colectivos, con independencia de que el órgano dictaminante obligado a intervenir fuere el autonómico o el estatal –por inexistencia del anterior–, incide sobre dicho procedimiento regulado íntegramente por el Estado a través del Real Decreto 718/2005, de 20 de junio, introduciendo una modificación que, en rigor, afecta a aspectos de índole netamente procedimental regulados por el Estado en ejercicio de su competencia exclusiva en materia de legislación laboral –artículo 149.1.7ª de la Constitución–. Además, esta innovación procedimental se ha incluido en el anteproyecto dejándose incógnitas las razones que pudieran justificar su motivación, así como su hipotético engarce con el ejercicio de los títulos competenciales ostentados por la Comunidad Autónoma.”*

La Ley 8/2008, de 4 de diciembre, de creación de la Comisión Consultiva Regional de Convenios Colectivos, acogió la observación esencial formulada por el Consejo Consultivo.

**- Dictamen número 232/2008, de 5 de noviembre, solicitado por la Consejería de Ordenación del Territorio y Vivienda, sobre el anteproyecto de medidas urgentes en materia de vivienda y suelo por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, aprobado por Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre.**

La Exposición de Motivos del Anteproyecto que se sometió al dictamen del Consejo contenía una amplia explicación de los motivos que inspiraban la reforma legal, vinculados a la puesta en ejecución del Pacto por la Vivienda en Castilla-La Mancha. Así, se indicaban las medidas encuadrándolas dentro de dos categorías: las orientadas a dinamizar la producción de suelo apto para la edificación de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública y las dirigidas a agilizar los procedimientos de aprobación de los instrumentos urbanísticos. Asimismo, se citaba también como criterio inspirador de la reforma la necesidad de adecuar la regulación autonómica a los cambios legislativos provocados por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se ha aprobado el Texto Refundido de la Ley del Suelo.

El Consejo Consultivo realizó varias observaciones de carácter esencial al texto del Anteproyecto sometido a su consideración.

La primera de ellas venía referida a la nueva redacción que se realizaba del artículo 92, número 5, letra c) del Texto Refundido, que, respecto al trámite de información pública de las operaciones de reparcelación reguladas en dicho artículo, establecía que el procedimiento de aprobación de la misma habría de ajustarse a las siguientes reglas: *“1<sup>a</sup> Información pública por plazo mínimo de veinte días mediante edicto publicado en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha [...]”, agregándose como regla 3<sup>a</sup>: “A los titulares registrales no tenidos en cuenta en la elaboración del proyecto de reparcelación y aquéllos que resulten afectados por modificaciones acordadas tras el periodo de información pública, deberá otorgárseles trámite de audiencia por plazo de veinte días, sin necesidad de nuevo trámite de información pública”*.

Como se observó en el dictamen, respecto al plazo que se establecía en la primera regla, no se modificaba el establecido en el texto vigente, que seguía siendo de un mínimo de 20 días. Sin embargo, si había cambio en el plazo fijado en la regla tercera, que se elevaba de diez días a veinte.

El Consejo estimó que *“aún cuando la norma proyectada mantenga el plazo de la primera regla, ha de observar el Consejo que, tras la fecha de su aprobación, se ha producido una modificación en la legislación estatal que debe tenerse en cuenta para el examen de este precepto. [...] En concreto, el artículo 8.1.c) del Texto Refundido de la Ley del Suelo –Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio–, dispone sobre la facultad de los propietarios de suelo a participar en la ejecución de las actuaciones de urbanización en régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas entre todos los propietarios afectados en proporción a su aportación, que “para ejercer esta facultad o para ratificarse en ella, si la hubiera ejercido antes, el propietario dispondrá del plazo que fije la legislación sobre ordenación territorial y urbanística, que no podrá ser inferior a un mes ni contarse desde un momento anterior a aquel en que pueda conocer el alcance de las cargas de la actuación y los criterios de su distribución entre los afectados”. [...] Pues bien, el objeto de las operaciones de reparcelación a que se refiere el citado artículo 92 de TRLOTAU, puede ser equiparable o subsumible dentro del tipo de actuaciones a que se refiere el mencionado artículo 8.1c) del TRLS –que goza de la condición de normativa básica sobre el régimen de las Administraciones Públicas–; en consecuencia es parecer del Consejo que el plazo de veinte días contemplado en la regla 1<sup>a</sup> prealudida tendría que ser modificado para elevarlo a un mes, de conformidad con la previsión básica estatal dictada en la materia. [...] Y esto es así porque si se pretendiera aplicar el plazo autonómico actualmente vigente (que no se modifica, como ha quedado dicho,*

*en la proyectada norma) entraría en colisión con el ya vigente precepto básico. [...] En cuanto a la modificación de plazo de la regla tercera (que se eleva con el resultado de equiparlo con el plazo mínimo de la primera) entiende este Consejo que –aun cuando esta regla pueda considerarse un plus garantista sobre la primera, cubriendo un ámbito material de aplicación distinto, (pero en cualquier caso no enteramente separable pues se inserta en el mismo procedimiento)– resultaría conveniente establecer como plazo el mismo que ha de fijarse para la primera; conveniencia, que este Consejo también funda en la voluntad de la autoridad consultante, manifestada en el texto del anteproyecto, de buscar una equiparación, aunque no plena, de ambos plazos”.*

La segunda observación esencial que estimó el órgano consultivo se dirigía a la nueva redacción del número 4 del artículo 120 del TRLOTAU, precepto relativo a la tramitación de Programas de Actuación Urbanizadora (PAU) de iniciativa particular. El apartado 4 proyectado, que regulaba el trámite de información pública de estas iniciativas, añadía ahora un párrafo con el siguiente contenido: *“el promotor de la actuación deberá formular solicitud al Registro de la Propiedad en la que consten las fincas, porciones o derechos de aprovechamiento, afectados, al objeto de la práctica de nota al margen de cada finca afectada por la actuación que exprese la iniciación del procedimiento y, en su caso, la sujeción de la misma al derecho de tanteo y retracto en los términos de la presente Ley. A dicha solicitud se deberá acompañar la acreditación del inicio del procedimiento ante la Administración competente, la identificación del ámbito de actuación en relación con las previsiones de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, y una relación de las fincas o derechos afectados por la actuación”.*

El Consejo recordó que en ocasiones anteriores había abordado el análisis de disposiciones de contenido urbanístico que se proyectaban de diverso modo sobre las reglas de funcionamiento de los Registros de la Propiedad, lo que dio pie para declarar, como fundamento de algunas de las observaciones realizadas, que *“a pesar de la firmeza de los términos empleados por el Tribunal Constitucional para afirmar que la regulación de los actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, sus efectos y las operaciones registrales, pertenecen a la competencia exclusiva del Estado en virtud del artículo 149.1.8ª de la Constitución, alguna duda suscita a este Consejo dicha doctrina. Tales pronunciamientos aparecen recogidos en la Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, en sus fundamentos jurídicos 29 a) y 39 en los siguientes términos: [ ] - En el primero de ellos, relativo a los apartados 4,5,6 del artículo 203 del Texto Refundido*

de la Ley del Suelo de 1992, que establece el régimen aplicable a la “ocupación directa”, se señala que “ciertamente, corresponde al Estado en exclusiva, por virtud del precepto constitucional últimamente mencionado (art. 149.1.8<sup>o</sup>), determinar los actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, los efectos y las operaciones registrales. La citada competencia permite al legislador estatal fijar con carácter general, para los supuestos en que se realicen operaciones jurídicas como las aquí contempladas, ciertas consecuencias o efectos, como la garantía de certificación”. [ ] - Por su parte, en el fundamento jurídico 39, se hace objeto de examen de constitucionalidad el artículo 296 del Texto Refundido de 1992, que establece la no inscripción registral de determinadas transmisiones de inmuebles, señalando al efecto que en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.8<sup>o</sup> de la Constitución, ‘es al Estado al que compete establecer qué actos son inscribibles en el Registro de la Propiedad y sujetar su inscripción, como hace el art. 296 T.R.L.S., al previo cumplimiento de ciertos requisitos, razón por la cual ha de declararse conforme con el bloque de la constitucionalidad el precepto impugnado’. [ ] De acuerdo con esta doctrina no cabe sino concluir que siendo competencia exclusiva del Estado la regulación del Registro de la Propiedad de acuerdo con el precepto constitucional mencionado, las Comunidades Autónomas no pueden legislar en dicha materia, resultando cuando menos paradójico que, pudiendo, por ejemplo, crear derechos reales a favor de la Administración autonómica (como es el caso de los derechos de tanteo y retracto, según afirmó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 170/1989, de 19 de octubre), sin embargo, no puedan establecer regulación alguna sobre un instituto instrumental e íntimamente unido al ejercicio de dichos derechos como es su inscripción en el Registro de la Propiedad” –dictamen 37/1998, de 21 de abril, Consideración V–.

Continuó el dictamen realizando determinadas consideraciones y valoraciones a los dos supuestos diferenciables desde la perspectiva de la normativa estatal reguladora del Registro del Propiedad que el precepto transcrito contemplaba, de la manera siguiente:

“A) De un lado, se encomienda al promotor del PAU instar la anotación registral de la eventual sujeción de las fincas comprendidas en el mismo a los derechos de tanteo y retracto.

Ésta es una actuación que, a juicio del Consejo, no parece conforme con la regulación acogida en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el se que aprobaron las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la

*Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, en cuyo artículo 83, relativo a las comunicaciones al Registrador de la Propiedad de la delimitación de áreas de tanteo y retracto, se establece: “Cuando en el planeamiento general municipal, o en expediente tramitado especialmente a tal efecto, se hubieren delimitado áreas comprensivas de terrenos o de viviendas que hayan de quedar sujetas a derecho de tanteo o de retracto conforme a lo dispuesto en la legislación urbanística, el Ayuntamiento remitirá a los Registradores de la Propiedad, a cuyo distrito hipotecario corresponda total o parcialmente dicha área, copia certificada del Acuerdo de delimitación de la misma y de los planos que reflejen dicha delimitación, así como relación detallada de las calles o sectores comprendidos en aquellas áreas y de los propietarios y bienes concretos afectados, en cuanto tales datos obren en poder del Ayuntamiento y el Registrador lo hará constar por nota al margen de la última inscripción de dominio de las fincas”.*

*De tal modo, el contraste de la norma estatal con la disposición proyectada muestra una visible falta de sintonía respecto a la determinación del sujeto a quien se encomienda la actuación, por lo que procede dispensar a la presente observación carácter esencial.*

*Ahora bien, en cuanto al momento preciso o grado de desarrollo procedimental de la actuación urbanizadora en que resulte procedente la anotación registral de los referidos derechos de tanteo y retracto –constituídos o futuros–, estima el Consejo que el mandato aquí dirigido al promotor del PAU se conecta con una posterior actuación del registrador de la propiedad que, pese a no estar prevista expresamente en la normativa estatal reguladora de dicho Registro, podría estar justificada por la conveniencia de anticipar el conocimiento registral de las perspectivas urbanísticas de los terrenos incluidos en el PAU en tramitación, para su valoración por los interesados en cualquier tipo de operación contractual que afecte a los mismos y en beneficio de los derechos de los particulares. Si ello fuera así, el precepto analizado plantearía nuevamente las dudas ya manifestadas por este Consejo desde su dictamen 37/1998, de 21 de abril, respecto a la difícil compatibilidad de la rigurosa posición adoptada al respecto por el Tribunal Constitucional y un adecuado ejercicio de la competencia autonómica exclusiva en materia de urbanismo y ordenación territorial, cuando, como en el presente caso, no se percibe confrontación entre la medida proyectada y los fines de coordinación y colaboración que inspiran la regulación estatal contenida en el ya citado Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.*

*B) Sin que proceda dispensar a la siguiente observación carácter esencial, cabe también señalar, de otro lado, que dicho precepto hace referencia a una eventual anotación registral del inicio del procedimiento de tramitación del PAU en las fincas afectadas por el mismo, que ha de ser también solicitada por su promotor.*

*En el ya citado Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, donde no existe determinación similar para un supuesto equiparable al contemplado en el precepto analizado, su artículo 5 prevé la anotación de un inicio procedimental referido a la tramitación de proyectos de equidistribución –concepto parangonable con el de proyectos de reparcelación empleado por la LOTAU–, instrumentos que pueden o no tramitarse simultáneamente a los PAU –según el artículo 119.4.c) del TRLOTAU–. Para dicho supuesto concreto el referido artículo dispone: “Artículo 5. Nota marginal de iniciación del procedimiento. [ ] 1. A requerimiento de la Administración o de la entidad urbanística actuante, así como de cualquiera otra persona o entidad que resulte autorizada por la legislación autonómica aplicable, el Registrador practicará la nota al margen de cada finca afectada expresando la iniciación del procedimiento y expedirá, haciéndolo constar en la nota, certificación de dominio y cargas. En la solicitud constarán las fincas, porciones o derechos de aprovechamiento, afectados a la unidad de ejecución [...]. [ ] 2. La nota marginal tendrá una duración de tres años y podrá ser prorrogada por otros tres a instancia de la Administración actuante o de la entidad urbanística colaboradora [...]”.*

*Al margen de esta previsión, no enteramente asimilable al supuesto proyectado, el Capítulo IX del referido Real Decreto contempla otros casos y condiciones de anotaciones marginales –artículos 73 al 77–, sin que entre los mismos parezca tener cabida una actuación de inicio procedimental igual a la aquí prevista.*

*Es más, el propio artículo 1 del citado Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio –de tenor muy similar al 59 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio–, que parece cerrar el acceso al Registro de la Propiedad de otras actuaciones no acotadas por el mismo, prevé en su apartado 1 que “Serán inscribibles en el Registro de la Propiedad, **además de los actos expresamente regulados en este Real Decreto**, los siguientes: [ ] 1. Los actos **firmes** de aprobación de los expedientes de ejecución del planeamiento, en cuanto supongan la modificación de las fincas registrales afectadas por el Plan, la atribución del dominio o de otros derechos reales sobre las mismas o el establecimiento de afecciones o garantías reales que aseguren la obligación de ejecutar o de conservar la urbanización. [...] 8.*

*Cualquier otro acto administrativo que en desarrollo del planeamiento o de sus instrumentos de ejecución modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de éstas”.*

*En cualquier caso, entendido el precepto analizado como una mera imposición de obligaciones al promotor del PAU, estima el Consejo que aquél no vendría a constituir una ingerencia frontal e inadmisibles en el ámbito de regulación reservado al Estado en materia hipotecaria susceptible de motivar su declaración de inconstitucionalidad. No obstante, debe advertirse que, interpretada más allá de los términos indicados, la determinación mencionada podría entrar en confrontación con las normas reguladoras del Registro de la Propiedad relativas al tratamiento de actos de naturaleza urbanística, en la medida en que la actuación del Registrador de la Propiedad procurada a través de la referida solicitud del promotor pudiera no tener encaje dentro del amplio elenco de supuestos y circunstancias definidos como presupuestos propiciadores de la extensión de notas marginales en dicha regulación estatal.”*

La tercera observación de carácter esencial que se efectuó al texto del anteproyecto venía referida a la disposición adicional segunda, que regulaba los Planes de Singular Interés, y que en su apartado 4 remitía su aprobación a lo dispuesto en el artículo 33 que regulaba el procedimiento de elaboración y aprobación de los Proyectos de Singular Interés. En este artículo, se hacía constar expresamente la necesaria intervención en el procedimiento de los municipios afectados a través del correspondiente trámite de audiencia e informe.

El Consejo entendió que “esta equiparación de procedimiento parece lógica, dada la naturaleza de esta nueva figura de Plan de ordenación territorial y urbanística, que también es de carácter supramunicipal, y que se creará con la entrada en vigor de la norma proyectada.

*Aunque no se realice un examen pormenorizado de esta nueva clase de Plan, ni siquiera en su contraste y delimitación con los Proyectos de Singular Interés, este Consejo ha de advertir el distinto modo en el que, al menos en su dicción literal, se describe su afectación al planeamiento municipal. En la proyectada norma se dice que la aprobación definitiva del Proyecto de Singular Interés “supone la correspondiente innovación del planeamiento municipal”. Como es obvio esta formulación, en su aparente sencillez, puede conllevar equívocos o, por ejemplo, si la innovación ha de ser previa y ejercida por el municipio o municipios afectados o si deviene como un automatismo tras la aprobación por*

*la Administración promotora, sin actuación posterior alguna de los municipios cuyo planeamiento queda innovado.*

*En cualquier caso esta formulación difiere notablemente de la contenida en el artículo 19.1 referido a los Proyectos de Singular Interés a cuyo tenor “su aprobación definitiva determinará, en su caso, la clasificación y la calificación urbanísticas de los terrenos a que afecten, conforme a los destinos para éstos en ellos previstos, debiendo adaptarse el planeamiento municipal a dichas innovaciones, mediante su modificación o revisión, según proceda”.*

*El Consejo no puede validar la expresión “supone la correspondiente innovación del planeamiento municipal” por la inseguridad jurídica que acarrea para la autonomía municipal garantizada en el artículo 149 de la Constitución, máxime cuando ni siquiera ha contado con las manifestaciones que al respecto pudieran hacerse a través del Consejo Regional de Municipios.*

*Al menos, la autoridad consultante debiera modificar el texto del anteproyecto en línea a lo ya establecido para los Proyectos de Singular Interés.*

*Procede traer al dictamen, como breve fundamento de esta advertencia formulada por el Consejo, que el Tribunal Constitucional en su Sentencia 240/2006, de 20 de julio, ha señalado que la Comunidad Autónoma “está legitimada para regular de diversas maneras la actividad urbanística y para otorgar en ella a los entes locales, y singularmente a los municipios, una mayor o menor presencia y participación en los distintos ámbitos en los cuales tradicionalmente se divide el urbanismo (planeamiento, gestión de planes y disciplina), siempre que respete ese núcleo mínimo identificable de facultades, competencias y atribuciones (al menos en el plano de la ejecución o gestión urbanística) que hará que dichos entes locales sean reconocibles por los ciudadanos como una instancia de toma de decisiones autónoma e individualizada”. Añade que “De ese núcleo no forma parte la competencia para la aprobación definitiva de los planes urbanísticos, ya que la autonomía local sólo obliga a que existan competencias municipales relevantes y reconocibles en la ordenación y en el planeamiento urbanístico, como las que se ejercen en las fases de aprobación inicial y provisional”.*

*Por último, y en referencia a la disposición adicional tercera que se introduciría en el texto que se pretendía modificar en el artículo único, apartado cuatro, regulaba “el informe de seguimiento de la actividad de ejecución urbanística”.*

*El dictamen apreció que “este precepto tiene correspondencia con el artículo 15.5 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que establece la obligación de todas las Administraciones competentes en materia de ordenación y ejecución urbanística de elevar a sus órganos colegiados de gobierno un informe de seguimiento de la actividad de ejecución urbanística de su competencia. Para el cumplimiento de esta obligación no establece periodicidad mínima, cuya fijación queda a disposición de la legislación en la materia.*

*Siendo así resulta necesario contrastar el contenido de esta disposición adicional tercera con el precepto básico referido.*

*En primer lugar, ha de advertirse que esta disposición adicional tercera no fija periodicidad mínima de modo expreso, sino tan sólo el plazo o término en el que ha de presentarse (antes del 1 de diciembre). El autor de la norma está contemplando un informe de periodicidad mínima anual, por lo que de ser así debiera fijarlo expresamente, de modo que la cuestión no quede sometida a interpretación y, por lo tanto, a incertidumbre.*

*En segundo lugar, para los Municipios, establece un criterio de determinación de los que resultarían obligados elevar el informe distinto al fijado por el precepto básico. Para éste resultan obligados “al menos” todos cuantos “deban tener una Junta de Gobierno Local”; conforme a lo dispuesto en el artículo 20.b de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, resultan obligados a tener Junta de Gobierno Local los que cuenten con una población superior a 5.000 habitantes o, en los de menos, cuando así lo acuerde el Pleno o lo disponga su reglamento orgánico.*

*Además de éstos podrían resultar obligados los que estableciera “la legislación en la materia”, referencia que ha de entenderse a la dictada por la Junta de Comunidades en ejercicio de sus títulos competenciales.*

*Pues bien, la disposición adicional tercera establece como criterio delimitador literalmente “los Municipios que tengan la obligación de contar con un Plan de Ordenación Municipal”. Es evidente pues la falta de correspondencia con el precepto básico en la formulación del criterio, y es fácilmente presumible que los resultados de su aplicación práctica mostrarían sus diferencias.*

*La disposición adicional tercera no puede pretender que su criterio desplace al establecido por el legislador básico. Dicho de un modo aplicativo: un*

*Municipio de más de 5.000 habitantes o de menos, pero que por su propia voluntad tenga Junta de Gobierno Local, estará obligado a realizar el informe y elevarlo a su correspondiente órgano colegiado de gobierno, aunque en virtud de la legislación autonómica (y, en concreto, de la proyectada disposición adicional tercera en relación con el artículo 24.5 del TRLOTAU) pudieran considerarse exentos de la obligación de contar con un POM.*

*El precepto básico permite que (“por la legislación en la materia”) se extienda la obligación de realizar y elevar el informe a más municipios que los directamente obligados por el mismo, pero no reducirlos.*

*Si lo que pretende el autor de la iniciativa legislativa con esta disposición adicional tercera es ampliar la obligación a aquellos Municipios que, aun teniendo Junta de Gobierno Local, tienen también la obligación de contar con POM, puede hacerlo; pero en este caso convendría que lo dijera expresamente y sin abrir la puerta a interpretaciones que –basadas en la literalidad– pudieran contraponerse al mandato básico.*

*Si lo que se pretende es sustituir el criterio del legislador estatal, el reparo que hace el Consejo es esencial.*

*En cualquier caso, la redacción debe ser modificada para no generar inseguridad en su aplicación.”*

La Ley 2/2009, de 14 de mayo de 2009, de Medias Urgentes en Materia de Vivienda y Suelo por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, finalmente aprobada, no tuvo en cuenta todas las observaciones de carácter esencial indicadas, en especial la referente a la encomienda al promotor para instar la anotación en el Registro de la Propiedad que el anteproyecto contenía, ya que la normativa básica RD 1093/1997, de 4 de julio (Reglamento de Ley Hipotecaria) establece que serán los Ayuntamientos quienes remitirán a los Registradores la documentación.

Respecto a esta disposición legal autonómica, se dictó Resolución de 05/09/2009, de la Secretaria General de Presidencia, por la que se disponía la publicación del acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma, por la que, adoptado el acuerdo previsto en el art. 33.2 de la Ley de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, y de conformidad con lo establecido en su

letra c), se publicaba en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha, como anexo a dicha Resolución. El contenido del citado acuerdo recogía el inicio de las negociaciones para resolver las discrepancias suscitadas en relación con el contenido de la Ley, designar un Grupo de Trabajo para proponer a la Comisión Bilateral de Cooperación la solución que proceda y comunicar el acuerdo al Tribunal Constitucional, antes del día 26 de agosto de 2009, a los efectos previstos en el artículo 33.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, así como la inserción del mismo en el Boletín Oficial del Estado y en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha.

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 2008:

**- Dictamen número 23/2008, de 13 de febrero, solicitado por la Consejería de Industria y Sociedad de la Información, sobre el anteproyecto de Ley de Simplificación de Tasas en materia de Industria, Energía y Minas.**

**- Dictamen número 100/2008, de 7 de mayo, solicitado por la Vicepresidencia Primera, sobre el anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 22/2002, de 21 de noviembre, de creación del Instituto de la Mujer de Castilla-La Mancha.**

**- Dictamen número 230/2008, de 29 de octubre, solicitado por la Consejería de Economía y Hacienda, sobre el anteproyecto de Ley de Medidas en materia de Tributos Cedidos.**



RESEÑA DE ACTIVIDADES DE DERECHO PÚBLICO  
DE LA UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA\*  
(De 1 de enero de 2008 a 31 de diciembre de 2008)

M<sup>a</sup> Elena Rebato Peño

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

SUMARIO

1. *XII Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla-La Mancha. “El funcionamiento del sistema institucional. Valoración y perspectivas de futuro”. (Cuenca, 1 y 2 de abril de 2008).*
2. *XIII Jornadas de Derecho Constitucional: “Los extranjeros y los derechos fundamentales”. (Ciudad Real, 29 y 30 de octubre de 2008).*
3. *IX Jornadas de Justicia Constitucional: “El Tribunal Constitucional a los treinta años de la Constitución Española” (Toledo, 12 y 13 de noviembre de 2008).*
4. *Otras actividades de Derecho Público: VIII Edición de los Cursos de Postgrado para Iberoamericanos (Toledo, 7 al 24 de enero de 2008).*

\* Únicamente se reseñan aquí las actividades de Derecho Público y Constitucional que se han comunicado a esta publicación por las distintas Áreas y por tanto la relación que aquí se presenta no es exhaustiva.

***1. XII Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla-La Mancha. “El funcionamiento del sistema institucional. Valoración y perspectivas de futuro”. (Cuenca 1 y 2 de abril de 2008)***

La Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, acogió durante los días 1 y 2 del mes de abril, la duodécima edición de las Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla-La Mancha. Las mencionadas Jornadas se celebran en esta facultad de derecho desde 1997 gracias a un convenio de colaboración entre las Cortes de Castilla-La Mancha y el área de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Las dos ediciones anteriores de estas jornadas se dedicaron casi en su totalidad, al análisis del modelo territorial del Estado español después de la oleada de reformas estatutarias que se habían producido y que se estaban produciendo en esos momentos. Sin embargo en esta ocasión se centraron en el estudio del sistema institucional de las Comunidades Autónomas, en especial del de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

No obstante, la conferencia inaugural de estas jornadas se refirió a estas cuestiones anteriores, como base para el entendimiento del significado y funcionamiento institucional de las distintas autonomías. Dicha conferencia con el título “*Balance y perspectivas del Estado Autonómico tras las reformas estatutarias*”, corrió a cargo del Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Eduardo Espín Templado.

La organización institucional básica de las Comunidades Autónomas denominadas de “primera” o como sería más correcto decir, las que accedieron a la autonomía por la considerada “vía rápida”, queda establecido en el propio texto constitucional en el artículo 152. Este modelo impuesto sólo a algunas Comunidades Autónomas se extendió a todas y por ello siempre encontramos una Asamblea Legislativa elegida por sufragio universal, un Consejo de Gobierno y un Tribunal Superior de Justicia en el organigrama de cada una de las 17 Comunidades Autónomas en las que se divide el Estado Español.

Al análisis de estas instituciones se dedicaron las conferencias de los profesores: D. Juan M<sup>a</sup> Bilbao Ubillos, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid, quien realizó una visión comparada de los Parlamentos Autonómicos de las distintas Comunidades Autónomas, en los aspectos de su composición y funcionamiento; y D. Miguel Revenga Sánchez, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz a quien

correspondió el análisis del Poder Ejecutivo de los entes autonómicos: el Presidente del Gobierno Autónomo y el Consejo de Gobierno.

El estudio de los Tribunales Superiores de Justicia, junto con las nuevas instituciones autonómicas que han surgido tras las reformas estatutarias, corrió a cargo de D. Francisco Javier Díaz Revorio, Profesor Titular de la UCLM y co-director de estas Jornadas.

Pero al margen del sistema institucional básico reseñado, las Comunidades Autónomas han creado también una serie de instituciones consultivas y de control, como la Defensoría del Pueblo, la Sindicatura de Cuentas o el Consejo Consultivo. Sobre estos órganos se disertó ampliamente en una Mesa Redonda dirigida por los directores de estas Jornadas, D. Francisco Javier Díaz Revorio y D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Elena Rebato Peño, ambos profesores titulares de esta UCLM y en la que se contó con la presencia de los titulares de las instituciones antes mencionadas; D. José Manuel Martínez Cenzano, Defensor del Pueblo, D. Miguel A. Cabeza de Herrera Pérez, Síndico de Cuentas y D. José Sanroma Aldea, Presidente del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

Cerró el ciclo de conferencias de estas Jornadas, la ponencia de D. Enrique Belda Pérez-Pedrero, Profesor Titular de la UCLM y vocal del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, sobre el sistema electoral autonómico y los sistemas de partidos.

Gran parte de estas conferencias fueron complementadas por comunicaciones de profesores del área como las presentadas por D<sup>a</sup> María Martín Sánchez, Profesora Ayudante Doctora de la UCLM y Secretaria de estas Jornadas o D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Pilar Molero Martín-Salas, Becaria de Investigación de la UCLM.

## ***2. XIII Jornadas de Derecho Constitucional: “Los extranjeros y los derechos fundamentales” (Ciudad Real, 29 y 30 de octubre de 2008)***

Casi trescientos alumnos asistieron a las decimoterceras jornadas de Derecho Constitucional, que en esta edición trataban el tema de los extranjeros y los derechos fundamentales.

Estas jornadas, dirigidas por D. Tomás Vidal Marín, Profesor Titular de la UCLM y coordinadas por D<sup>a</sup> Ana M<sup>a</sup> Valero Heredia, Profesora Ayudante

Doctora de la UCLM se llevaron a cabo durante los días 29 y 30 de octubre en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real. En ellas se abordaron desde la óptica constitucional la problemática y controvertida cuestión de la titularidad de los derechos por parte de los no nacionales.

La oportunidad de las Jornadas era obvia, ya que el Tribunal Constitucional acababa de declarar inconstitucional algunos artículos de Ley de Extranjería que habían sido reformados por el Partido Popular durante el último periodo de su gobierno.

Esta cuestión fue tratada principalmente en las ponencias de D. Fernando Flores, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia y cuya conferencia llevaba por título *“Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales aplicadas a los extranjeros”*; y por D<sup>a</sup> Camino Vidal Fueyo, Profesora Titular de la UCLM de la Universidad de Burgos con su charla sobre la *“Ley de Extranjería e Inconstitucionalidad”*.

Pero las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la reforma de la Ley de Extranjería no fueron las únicas cuestiones tratadas en estas Jornadas sino que se realizó un recorrido por aquellos temas estrechamente relacionados con el binomio titularidad de derechos y extranjería y que más interés han despertado desde la elaboración de la Constitución española y por ende desde la redacción del artículo 13 de la misma que hace referencia a esta cuestión.

El único artículo de nuestra Constitución reformado hasta el momento es precisamente este artículo 13 en relación a la concesión del derecho de sufragio activo y pasivo a los extranjeros en las elecciones municipales. De este modo, a partir del año 1992 un derecho tradicionalmente excluido para los no nacionales, como el derecho de sufragio pasivo, pasaba a ser patrimonio también de los extranjeros aunque sólo fuese para las elecciones municipales. Esta cuestión constituyó el núcleo de la conferencia impartida por el Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Alcalá, D. Pablo Santolaya Machetti.

En el segundo día de las Jornadas se hicieron referencia a otros derechos que también se ven afectados ante la llegada cada vez más habitual y abundante de extranjeros en condiciones de regularidad o no a nuestro país.

La tradicional uniformidad en cuestiones religiosas de la sociedad española se pone hoy en cuestión ante la multiculturalidad de los residentes en nuestro país. En la actualidad, la religión católica, musulmana, judía e islámica conviven

en distintos ámbitos de la vida social española. Las instituciones públicas, el Tribunal Constitucional y en definitiva toda la sociedad deben ser conscientes del nuevo reto que esta multiculturalidad supone, teniendo en cuenta el reconocimiento desde el texto constitucional de la aconfesionalidad del Estado Español y de la libertad religiosa e ideológica como derecho fundamental. El Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional, D. Eduardo Espín Templado en su conferencia sobre *“Libertad religiosa e inmigración”* hizo referencia a cómo se deben enfrentar estas cuestiones desde la perspectiva constitucional, poniendo ejemplos prácticos como la cuestión del velo en las escuelas o ante los Tribunales.

Otros temas relacionados con los extranjeros son los relativos a la entrada en las condiciones constitucional y legalmente previstas de los mismos en España, y fueron tratadas en las conferencias de D. Luis M<sup>a</sup> Díez-Picazo Giménez, Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, *“La problemática constitucional del derecho de asilo”*; y de D. Francisco Javier Díaz Revorio, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la UCLM, sobre *“La extradición”*.

### ***3. IX Jornadas de Justicia Constitucional: “El Tribunal Constitucional a los treinta años de la Constitución española”. (Toledo, 12 y 13 de noviembre de 2008)***

Treinta años después de la elaboración de la actual Carta Magna y en un año en las que las conmemoraciones por el trigésimo aniversario de la Constitución española se han sucedido sin descanso, el Área de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales dedicó sus ya tradicionales jornadas sobre Justicia Constitucional al examen del Tribunal Constitucional y a su actividad durante estos treinta años.

El Convento de San Pedro Mártir acogió durante los días 12 y 13 de noviembre, la novena edición de las Jornadas de Justicia Constitucional, dirigidas por D. Francisco Javier Díaz Revorio, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la UCLM y coordinadas por D<sup>a</sup> María Martín Sánchez, Profesora Ayudante Doctora de la UCLM.

Más de trescientos asistentes, entre alumnos de las licenciaturas de Derecho, Gestión y Administración Pública y profesionales del mundo de Derecho asistieron a estas jornadas con la finalidad de profundizar en las cuestiones relativas

al Tribunal Constitucional como órgano garante del control de constitucionalidad en nuestro país y sumo intérprete de la Constitución.

La conferencia inicial de las Jornadas fue impartida por el Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Eduardo Espín Templado, quien abordó la cuestión de las complicadas relaciones entre el Tribunal Supremo, como última instancia de la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional. A lo largo de estas últimas tres décadas han sido pocas pero importantes las ocasiones en las que se ha producido algún conflicto entre la jurisdicción de la legalidad y la jurisdicción de la constitucionalidad. Tal y como afirmó el conferenciante la solución a esta relación pasa por entender que pese a que el Tribunal Supremo sea el tribunal superior de la “interpretación legal” de la ley, el Tribunal Constitucional es el tribunal superior de la “interpretación constitucional” de la ley.

La posición del Tribunal Constitucional en relación no con otros Tribunales de la jurisdicción ordinaria, sino con la Unión Europea y sus tribunales, fue tratada por el Magistrado del Tribunal Constitucional, D. Pablo Pérez Tremps, quién explicó los lineamientos básicos de la articulación entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

El profesor titular de Derecho Constitucional de la UCLM y Vocal del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, D. Enrique Belda Pérez-Pedrero, fue el encargado de analizar las relaciones entre el supremo órgano consultivo del Estado, –el consejo de Estado–, y el Tribunal Constitucional.

Una de las cuestiones claves de la actividad del Tribunal Constitucional, es la resolución de los recursos de amparo o generalizando, la labor del sumo intérprete de la Constitución en relación con los derechos fundamentales contemplados en la Constitución. Probablemente sea una de las competencias más populares del Tribunal Constitucional y ocupa casi más del setenta por ciento de su actividad. No obstante se debe partir, tal y como afirmó la profesora titular de Derecho Constitucional de la UCLM, D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Elena Rebato Peño que impartió la conferencia sobre esta cuestión, de la afirmación realizada por el propio Tribunal Constitucional de que son los tribunales ordinarios los garantes ordinarios de los derechos fundamentales y que por tanto la intervención del Tribunal Constitucional es subsidiaria y extraordinaria. Es precisamente esta labor de defensa e interpretación de los derechos llevada a cabo por el Tribunal

Constitucional mediante la resolución de recursos de amparo principalmente, la que ha motivado principalmente la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional del año 2007, que fue tratada en la anterior edición de estas Jornadas.

No podían faltar en estas Jornadas la perspectiva comparada en relación a la jurisdicción constitucional y por ello el Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Wrocław, Polonia, D. Krystian Complak ofreció una conferencia sobre la jurisdicción centroeuropea. Acto seguido se celebró una mesa redonda en la que a partir de una serie de comunicaciones sobre la situación de la justicia constitucional en distintos países, presentadas por las profesoras de Derecho Constitucional de la UCLM, D<sup>a</sup> María Martín Sánchez, D<sup>a</sup> María José Majano Caño, y D<sup>a</sup> Pilar Molero Martín-Salas, se profundizó en estas cuestiones.

Cerraron esta novena edición de las jornadas, las ponencias de los catedráticos de Derecho Constitucional, D. Carles Viver, ex\_Magistrado del Tribunal Constitucional y D. Manuel Aragón Reyes, Magistrado del Tribunal Constitucional; sobre las aportaciones de la jurisprudencia constitucional a la configuración del Estado Autonómico y al Derecho Parlamentario.

#### ***4. Otras actividades de Derecho Público: VIII Edición de los Cursos de Postgrado para Iberoamericanos (Toledo 8 al 24 de enero de 2008)***

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales acogió por octavo año consecutivo los Cursos de Postgrado para Iberoamericanos, dirigidos por D. Pedro J. Carrasco Parrilla, Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la UCLM.

El objetivo fundamental de estos cursos de postgrado es ofrecer a los juristas iberoamericanos ampliar su formación académica en Europa, al tiempo que potenciar los vínculos con Iberoamérica en el campo jurídico.

La especialización de los cursos de postgrado ofrecidos, así como la actualidad de los mismos y la profesionalidad y alta cualificación de los profesores que los imparten explican el éxito de estos cursos, con más de 250 matriculados y por tanto la continuidad de los mismos.

En esta ocasión, la inauguración de los cursos, que se desarrollaron desde el día 8 hasta el 24 de enero, corrió a cargo del rector de la UCLM, D. Ernesto

Martínez Ataz y la lección inaugural al embajador de México (país del que proceden gran parte de los matriculados) en España, D. Jorge Zermeño Infante.

Los cursos ofrecidos en esta octava edición son los siguientes:

**Globalización económica y los nuevos desafíos regulatorios del Estado;** dirigidos por D. Luis Ortega Álvarez, Catedrático de Derecho Administrativo de la UCLM y coordinado por D. Luis Arroyo Jiménez y D. Isaac Martín Delgado, Profesores Titulares de Derecho Administrativo de la UCLM.

**Derecho de Consumo, contratos, responsabilidad y regulación;** dirigido por D. Ángel Carrasco Perera, Catedrático de Derecho Civil de la UCLM y D<sup>a</sup> Ana Carretero García, Profesora Titular de Derecho Civil de la UCLM.

**Propiedad Intelectual;** dirigido por D. Juan J. Marín López, Catedrático de Derecho Civil de la UCLM y coordinado por D. José Manuel Velasco Retamosa, Profesor Titular de Derecho Civil de la UCLM.

**Derechos Humanos y Garantías Constitucionales;** dirigido por D. Eduardo Espín Templado, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM y D. Fco. Javier Díaz Revorio, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la UCLM; y coordinado por D<sup>a</sup> María Martín Sánchez, Profesora Ayudante Doctora de la UCLM.

**Gestión tributaria: hacia un nuevo modelo de relaciones entre la Administración y el contribuyente;** dirigido por D. Miguel A. Collado Yurrita, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la UCLM y coordinado por D<sup>a</sup> Saturnina Moreno González, Profesora Ayudante Doctora de Derecho Financiero y Tributario.

**Derecho Penal Económico y de la Empresa ante los nuevos retos y paradigmas;** dirigido por D. Luis Arroyo Zapatero y José Ramón Serrano Piedecosas, Catedráticos de Derecho Penal de la UCLM; y coordinado por D. Eduardo Demetrio Crespo, Profesor Titular de Derecho Penal de la UCLM y D. Jesús Iván Mora González, Profesor Ayudante de la UCLM.

**Investigación y prueba en el proceso penal;** dirigido por D. Nicolás González-Cuellar Serrano, Catedrático de Derecho Procesal de la UCLM y coordinado por los profesores contratados doctores de Derecho Procesal de la UCLM: D<sup>a</sup> Ágata Sanz Hermida, y D. Juan Carlos Ortiz Pradillo.

**Mercado, sociedad y Estado en la era de la globalización**; dirigido por D. Antonio Baylos Grau, Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y D. Juan Ramón de Páramo Arguelles, Catedrático de Filosofía del Derecho de la UCLM; y coordinado por D. Joaquín Pérez Rey, Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo de la UCLM y D. Santiago Sastre Ariza, Profesor Titular de Filosofía del Derecho.



---

---

## IV. SEMBLANZAS Y RESEÑAS

---

---

### SUMARIO

- **Carolina Salas Salazar**, Comentario al libro “Los Derechos Humanos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución”, de Francisco Javier Díaz Revorio
- **Pedro Tenorio Sánchez**, Semblanza y obra del Profesor Guiseppe de Vergottini



COMENTARIO AL LIBRO “LOS DERECHOS HUMANOS  
ANTE LOS NUEVOS AVANCES CIENTÍFICOS Y TECNOLÓGICOS.  
GENÉTICA E INTERNET ANTE LA CONSTITUCION”  
DE FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO

**Carolina Salas Salazar**

*Profesora de Derecho Constitucional  
Universidad Católica del Norte (Chile)*

Díaz Revorio, Francisco Javier (2009): *Los Derechos Humanos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución Valencia –Ciudad de México: Tirant lo Blanch– Centro Nacional de los Derechos Humanos*, 426 páginas.

Durante la segunda mitad del siglo XX la humanidad fue testigo de un inusitado desarrollo del conocimiento humano, el que originó básicamente tres “revoluciones” que impactaron de lleno en la configuración y estructura de nuestras sociedades actuales: la revolución de la física, específicamente de la energía nuclear; la revolución de la informática, asociada directamente a la masificación de las tecnologías de información y comunicación; y la revolución biotecnológica o “revolución del ADN”<sup>1</sup>. De ellas derivó una rápida ampliación de la investigación científica a una serie de aplicaciones hasta ayer imaginadas, pero hoy posibles, provocando un cambio notable y decisivo en la sociedad contemporánea y en la cultura occidental actual, lo que ha generado grandes expectativas en torno a lo técnico y lo científico; sus efectos nos preocupan a todos y somos testigos de un progreso científico que es idea remota, pero actuante; algo promisorio, pero también peligroso, aquello que puede transformar la vida para bien o para mal<sup>2</sup>.

El libro que presentamos se centra en el análisis de este fenómeno provocado por el avance científico y tecnológico principalmente en dos áreas: la medicina genética y las tecnologías de la información (TIC), pero sin perder de vista que es un estudio estrictamente jurídico-constitucional, pues de hecho a la primera cuestión crítica que se enfrenta el autor es que precisamente su objeto de estudio trasciende a la Ciencia Jurídica. No obstante, se hace cargo de ello entendiendo que el Derecho, como instrumento de regulación de la vida social, es un instrumento que sirve para dar respuesta a los nuevos hechos que demanda el tratamiento de las nuevas temáticas propuestas en este estudio.

En el caso concreto de este trabajo, el autor ya había tenido la intuición de que el tema a tratar planteaba una rica problemática desde la perspectiva constitucional, y en esa línea apuntaron acercamientos previos<sup>3</sup> en donde se explaya en torno a la adaptación de las normas constitucionales al cambio social; al rol de

1. Lacadena Calero, Juan Ramón (2000). “Seréis como Dioses” en *Revista Crítica*, núm. 874, págs. 12-16.

2. Lolás Stepke, Fernando (2003). “Genómica, Sociedad y Bioética”, en *Colección Ideas*, año 4, núm. 31, mayo, págs. 5-12.

3. Díaz Revorio, Francisco Javier (1997). *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; y Díaz Revorio, Francisco Javier (2000). “Tribunal Constitucional y Derechos no Escritos” en Espín Templado, E. y Díaz Revorio, F.: *La Justicia Constitucional en el Estado Democrático*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 231-259.

la interpretación constitucional de derechos fundamentales, y más específicamente a la posibilidad de que por vía jurisprudencial sea posible justificar y reconocer derechos no escritos en los textos constitucionales, evidenciando la necesidad de contar con nuevos parámetros interpretativos.

Desde esa base teórica, Díaz Revorio se dedica esta vez a resolver la cuestión de cuál es la respuesta jurídica que el constitucionalismo en general, y en particular el Derecho Constitucional español, puede ofrecer a las numerosas situaciones problemáticas que se plantean en los temas a analizar y, en su caso, si en el futuro es necesario modificar, completar o adaptar esa respuesta.

Además, este trabajo aporta datos relevantes sobre el propio perfil de nuestra disciplina y sobre su sentido en el mundo globalizado del siglo XXI, colaborando en definitiva, a delimitar el contenido y sentido propio del Derecho Constitucional actual, especialmente en el ámbito de los derechos fundamentales, objetivo que desarrolla desde una perspectiva dinámica y evolutiva, asumiendo que su estudio conlleva el planteamiento de dos consecuencias: por una parte, implica la posibilidad de plantear el reconocimiento de "nuevos derechos constitucionales" o la ampliación del catálogo de derechos con nuevas manifestaciones hasta ahora desconocidas o imprevistas; y por otra, conlleva además a la constatación de nuevas amenazas o peligros para otros derechos o valores constitucionales.

En este sentido, el gran reto que nos impone el desarrollo científico y tecnológico en genética y TIC, es el de afianzar los valores del constitucionalismo, principalmente a través de la respuesta a nuevas necesidades éticas de individuos que viven –y conviven– en un contexto globalizado. Esta cuestión no es menor en el análisis de Díaz Revorio, puesto que con ello evidencia que es la institucionalidad del Estado constitucional de Derecho la que no resulta suficiente para dar respuesta a estos desafíos, ya que éstos sí pueden ser asumidos desde la base axiológica que contemplan las Cartas fundamentales, siempre y cuando seamos capaces de estructurar nuevos principios o derechos más concretos, lo que impone a su vez la necesidad de desarrollar a través de la interpretación los valores constitucionales, a través de la incorporación de criterios de determinación claros para estos nuevos derechos; de la precisión de sus elementos esenciales; y de la configuración de vías para su reconocimiento, fundamentación y protección.

Este es el contexto general que posibilita plantear importantes desafíos al Derecho constitucional, ya que el reciente desarrollo científico en biotecnología

e informática y comunicación está pidiendo una postura clara en torno al rol que efectivamente este cumple en la sociedad actual, lo que necesita de nuevas consideraciones y puntos de vista para su análisis, ya que la situación presente y futura de la relación cada vez más estrecha entre ciencia, naturaleza y sociedad nos demanda la articulación de un nuevo sentido para la vigencia normativa de las normas constitucionales.

### Constitución y genética

El progreso de la medicina en los últimos años ha estado marcado por el desarrollo de los procedimientos que permiten la manipulación de la composición genética de seres humanos mediante la introducción o eliminación de genes específicos. Esta posibilidad científica lleva al autor a aclarar cuáles son las relaciones entre el Derecho constitucional y la Bioética; a determinar la posición jurídico-constitucional del preembrión<sup>4</sup> y de las células de ellos extraídas o derivadas; y, a analizar las implicaciones constitucionales del desarrollo genético; así como del derecho a la reproducción.

Sin desconocer el interesante aporte que la Bioética hace al Derecho en la actualidad, me parece que es necesario detenerse un poco más en los tres problemas constitucionales propiamente tales que plantea este capítulo.

En primer lugar, la determinación de la posición del preembrión ante la Norma fundamental, de acuerdo con el autor, es posible y necesaria. Por tanto, la diversidad de posturas y la incapacidad de la doctrina y de la jurisprudencia de lograr un consenso en el tema –lo que ha originado un profuso debate constitucional del que actualmente somos testigos en nuestro país– no es óbice para afirmar que la respuesta jurídica no se encuentra en la Constitución.

En el caso de España, el tratamiento jurídico-constitucional del preembrión ha sido abordado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>5</sup>, la que ha servido –dice el autor– para afianzar una interpretación coherente con el sistema constitucional de valores hispano. En consecuencia, Díaz Revorio afirma que

4. Blastómero o embrión preimplantatorio. “Embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta catorce días más tarde”. Artículo 1.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

5. STC 212/1996 que fallo el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en contra de la Ley 42/1988 sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o sus células, tejidos u órganos y la STC 116/1999, de 17 de junio, que dirimió el recurso de inconstitucionalidad presentado en contra de la Ley 35/1988, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

“El preembrión no es titular de derechos, pero le alcanza la protección constitucional de la vida y de la dignidad, dado que es un ente dotado de vida, y de carácter humano”. Con ello, afirma también que “...la vida humana es objeto de una protección gradualmente creciente”, tesis que por lo demás es recogida por el legislador español en las leyes 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida y 14/2007 de 3 de julio, de investigación biomédica.

En segundo lugar, el vertiginoso desarrollo que implicó el Proyecto Genoma Humano en el ámbito de la medicina e ingeniería genética, si bien es cierto supone un gran avance en el conocimiento y tratamiento de muchas enfermedades, también sugiere que su uso inadecuado puede convertirse en una grave amenaza para la especie humana, lo que resulta contradictorio con la dignidad de las personas, “...como valor propio, común y exclusivo de nuestra especie, que se predica por igual a todos los miembros pertenecientes a la misma”, razón que justifica en primer término la necesidad de contar con una protección supraestatal en esta materia.

La problemática antes expuesta implica un doble análisis para el autor: desde una perspectiva colectiva, el genoma puede considerarse como patrimonio de la Humanidad, puesto que da cuenta del vínculo genético que existe entre los miembros del género humano, lo que necesariamente reconduce el estudio hacia la determinación de un concepto, que en tanto concepto abstracto que es, comprende todos los elementos específicos de nuestra especie y su protección alcanza incluso allí donde no puede hablarse de persona propiamente tal, es decir, ser humano nacido y vivo, cuya consecuencia es el “...necesario respeto por la condición humana y el deber de preservar su desarrollo futuro”. Por ende, el genoma humano no es susceptible de apropiación material exclusiva y lucrativa, ya que los genes humanos son comunes a todas las generaciones; no obstante, ello no implica reconocer que la Humanidad sea titular de un derecho subjetivo (fundamental o no), ya que según el autor ello sería “...forzar las categorías jurídicas que conocemos hasta hacerlas perder su propia configuración y utilidad” y en este sentido aboga más bien por la protección de valores o principios, y no de derechos en sentido estricto.

Desde una perspectiva subjetiva, implica el análisis de la protección de los genes de cada persona, lo que puede dar origen al reconocimiento de varios derechos constitucionales nuevos, entre ellos, el derecho a la integridad genética; a la identidad genética; y a la intimidad genética, que en general se vinculan con la protección e inviolabilidad del patrimonio genético de cada individuo,

“...frente a intervenciones exteriores sobre el mismo... frente al conocimiento de la información genética por [parte de ] terceros o por los poderes públicos, así como frente a actuaciones que pudieran utilizar ese patrimonio genético individual de forma discriminatoria o atentatoria contra otros derechos de la persona”.

Y finalmente, ligado a las numerosas posibilidades que el avance genético ha proporcionado a las técnicas de reproducción asistida, se analiza también el derecho a la reproducción como derivación del libre desarrollo de la personalidad, el que cuenta con protección constitucional en España, postura que es avallada por la jurisprudencia constitucional<sup>6</sup>; por algunos textos internacionales y por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>7</sup>. El autor se plantea en este punto si la protección constitucional del derecho a la reproducción implica que igualmente se encuentran amparados por la Constitución la utilización de todos los medios asistidos por la medicina para hacer efectivo el ejercicio de este derecho.

Al responder a este cuestionamiento, incluye el uso de las técnicas de reproducción asistida dentro del contenido esencial del derecho a la reproducción, puesto que estima que al tratarse de un derecho constitucional su efectividad va más allá de una simple obligación de no injerencia para los poderes públicos, ya que se trata de un derecho con claras facetas prestacionales. No obstante esta postura tiene un límite, ya que a su juicio deben excluirse del contenido esencial de este derecho todos aquellos procedimientos dirigidos no sólo a la procreación, sino también a la selección de determinadas características genéticas en la descendencia.

A partir de estas premisas, se inicia una valoración jurídica de los principales procedimientos que involucran la alteración del genoma humano, ya sea modificándolo o introduciendo nuevos genes que dan lugar a un nuevo genotipo. Entre ellas destaca la terapia génica, la clonación, el diagnóstico genético preimplantatorio y la selección de embriones, las que son analizadas a la luz del valor de la dignidad humana. En cada una de ellas se realizan distinciones dependiendo de la finalidad que se persiga con la realización de la técnica de manipulación genética. Así, se distingue la finalidad terapéutica, que se enlaza directamente con la protección constitucional del derecho a la vida, a la integridad física y con el derecho a la salud; la finalidad de investigación o experimentación, que en principio se vincula con la protección constitucional de la libertad científica,

6. STC 215/1994, de 14 de julio, FJ 4º.

7. Stedh, de 10 de abril de 2007, caso Evans vs. Reino Unido y Stedh de 4 de diciembre de 2007, caso Dickson contra Reino Unido.

pero que sin embargo sugiere la necesidad de establecer condiciones más estrictas para su realización, dependiendo del objeto de estudio: personas vivas, tejidos humanos, embriones, preembriones o células troncales; y la finalidad eugénica, cuyo objetivo es la mejora de la raza, la que –a juicio del autor– no cuenta con una finalidad constitucionalmente legítima, puesto que implica una transgresión a la inviolabilidad del patrimonio genético de una persona, que por lo demás se transmite a la descendencia.

### Constitución y tecnologías de la información y comunicación

En este capítulo se analizan las implicaciones que para los derechos constitucionales tienen los recientes desarrollos en el ámbito de las TIC, y en particular de Internet, los que han configurado toda una nueva forma de comunicación instantánea a lo largo y ancho del planeta, generando nuevos tipos de conductas sociales y culturales, convirtiéndose en un desafío más para las estructuras estatales y para las Constituciones.

Para ello se destaca la relación que existe entre el acceso y utilización de este tipo de tecnologías y los valores superiores consagrados en el artículo 1.1 de la Constitución española: la libertad, puesto que su ejercicio es facilitado por las TIC y al mismo tiempo impone un límite claro al momento de diseñar mecanismos de restricción para su acceso y funcionamiento; el pluralismo político, que en este contexto es posible entenderlo como una consecuencia de la libertad social de los individuos; y la igualdad, en tanto valor rector que guía no sólo la prohibición de discriminación en el acceso y uso de las TIC, sino que también trae aparejado el deber de que los poderes públicos hagan real y efectiva esa igualdad y libertad de acceso, poniendo los medios adecuados para ello.

Así también, son muchos los derechos fundamentales vinculados con las nuevas tecnologías, los que pueden ser divididos en dos grupos básicos: los derechos relacionados directamente con la libertad (cobrando especial importancia el límite –hoy muy difuso– entre el ejercicio de la libertad de expresión e información y la libertad de comunicación, protegida por el secreto de las comunicaciones); y aquellos relacionados con la vida privada, en donde merece una especial referencia el derecho fundamental a la protección de datos personales, hoy ampliamente reconocido por la jurisprudencia española y europea.

A ellos también es posible sumar un listado más o menos profuso de derechos implicados en este ámbito, ya que como se manifiesta “prácticamente cualquier

derecho muestra alguna implicación o dimensión vinculada a las nuevas tecnologías, o es susceptible de ejercicio utilizando éstas”, ya sea “a través” o “en” Internet, lo cual permite constatar que la relación entre las TIC y los derechos en la actualidad es “verdaderamente amplia y compleja”.

Junto a lo anterior, el autor también se plantea la posibilidad de poder argumentar en torno al reconocimiento de determinados “nuevos derechos” en este ámbito como lo es el derecho de acceder a las nuevas tecnologías o el derecho a la intimidad informática; así como también da cuenta de una serie de nuevas dimensiones o consecuencias que acarrea el ejercicio de los derechos fundamentales en el contexto virtual de Internet y de sus amenazas y problemas específicos, como por ejemplo en el caso de la libertad de expresión y opinión que hoy en día tiene secuelas imposibles de dimensionar, no sólo en lo referente al ejercicio de este derecho, sino también con relación a la posible vulneración de otros derechos o valores; el derecho a la igualdad y su relación con la participación política (en donde hoy en día ha adquirido relevancia la posibilidad de ejercer el derecho a sufragio por vía electrónica por ejemplo), así como la participación social, económica y cultural a través de Internet, cuestión de vital importancia para un Estado social y democrático de Derecho, entre otras muchas consideraciones que son sometidas a análisis en este capítulo.

Evidentemente, la pluma de Díaz Revorio en ningún caso agota la posibilidad de debatir en torno a un sinfín de cuestiones que sólo alcanzan a quedar expuestas, pero que por el objeto de estudio resultan imposibles de abarcar, tal es por ejemplo el planteamiento de derechos no escritos como el derecho a conocer el origen biológico; el derecho a los padres o un derecho a recibir información veraz.

Sin embargo, ello no obsta para que esta obra se constituya en un aporte serio, reflexivo y de gran interés jurídico que asume el análisis de temas que han de conformar un constitucionalismo de carácter prospectivo, que busca otorgar a la Norma fundamental un sentido actual, que contemple al menos la posibilidad de reinterpretar los valores, principios y derechos fundamentales con un sentido evolutivo o de replantearnos ante las viejas estructuras e instituciones jurídicas para adaptarlas a una realidad, que en sí misma, es inabarcable para la lenta configuración de las respuestas que puede dar el Derecho o las normas jurídicas.

Esta labor indudablemente no resulta nada fácil, pero comparto con el autor que es absolutamente necesaria “la construcción de un nuevo Derecho constitu-

cional, acorde con la nueva era histórica en la que sin duda hemos entrado”, caracterizada por límites estatales “flexibles”, por el impacto global del progreso científico y tecnológico, así como del surgimiento de necesidades éticas de protección de la dignidad ante cambios sociales y culturales impensables hasta hace sólo unos lustros. Ello supone una continua labor de adaptación del fundamento axiológico de la Constitución, así como de su catálogo de derechos y la reelaboración de muchos conceptos que sirven de sustento a todo nuestro sistema jurídico (persona, dignidad, vida, libertad), pero sin renunciar al núcleo o fundamento último de todos ellos: la dignidad de las personas.



SEMBLANZA Y OBRA DEL PROFESOR  
GIUSEPPE DE VERGOTTINI

**Pedro Tenorio Sánchez**

*Profesor Titular de Derecho Constitucional (UNED)*

*Letrado del Tribunal Constitucional*

SUMARIO

1. *Semblanza y obra del profesor Giuseppe de Vergottini.*
2. *Elenco de publicaciones.*

### *1. Semblanza y obra del profesor Giuseppe De Vergottini*

Actividad profesional.

Giuseppe de Vergottini nació en Pisa el 18 de octubre de 1936. Se licenció en Derecho con la máxima calificación en 1959 y es catedrático de Derecho público desde 1967. Colegiado en el Colegio de Abogados de Bolonia es abogado habilitado para intervenir ante el Tribunal Supremo.

La razón por la que se le dedica esta semblanza es por su labor realizada como catedrático de Derecho público comparado y de Derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia.

Pero en una semblanza como esta resulta conveniente hacer referencia a otros títulos y actividades. Así, a su condición de Vicepresidente del Consejo de la Magistratura Militar desde 2004, de ex-Presidente de la Aula de Ciencias Morales y Vicepresidente de la Academia de Ciencias del Instituto de Bolonia; y miembro del Consejo Asesor de la Universidad John's Hopkins (Advisory Council della John's Hopkins University - SAIS - Washington).

Actualmente, desde 2006, es miembro del Comité Directivo de la Asociación Italiana de Constitucionalistas, de la que fue tesorero entre 1985 y 1989, Secretario entre 1994 y 1997, y socio fundador; ha sido miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Constitucionalistas y Presidente de la Comisión de Programas de dicha asociación, de la que actualmente, desde 2003, es Presidente de honor.

El profesor de Vergottini es así mismo Presidente del Comité Científico de la Asociación Società Libera (Roma); Presidente de la Asociación cultural "Coordinamento Adriatico" y director de su boletín; miembro del Comité Científico del IMT –Institutions Markets Technologies– de Lucca; miembro del Consejo Científico de la Fundación "Magna Carta" (Roma); miembro del Consejo Científico de la Fundación "Res Publica" (Milán).

Ha promovido en la Universidad de Bolonia un "*Centro per la giustizia costituzionale comparata*" y luego la creación de un "*Istituto del CNR per la giustizia costituzionale comparata*". También en Bolonia, ha incentivado la creación de un "*Centro di studi costituzionali e per lo sviluppo democratico*", formado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia y por la John's Hopkins

University (CCSDD), que viene funcionando desde 1995. Dicho Centro tiene como objeto, entre otras cuestiones, la realización de estudios para la tutela de los derechos con particular referencia al Este Europeo.

Asimismo, en el ámbito del análisis comparado del Derecho, es de mencionar la dirección desde 1985 de la colección de volúmenes publicada en coordinación por el CISR (*Centro Italiano per lo Sviluppo della ricerca* - Bolonia) y la CEDAM de Padua dedicada a temas de Derecho extranjero y comparado, de la que se han publicado hasta hoy 28 volúmenes.

Es director de la Revista "*Percorsi Costituzionali*" editada por la Fundación Magna Carta. Forma parte de los Comités de dirección/redacción de las siguientes Revistas: *Archivio Giuridico*; *Diritto e Società*; *Nomos*; *Diritto dell'Economia*; *Studi parlamentari e di politica costituzionale*; *Rassegna parlamentare*; *Revista Peruana de Derecho Público* (Lima); *Revista General de derecho público comparado* (Madrid); *Cuestiones constitucionales* (México); y *Revista Latino-Americana de estudos constitucionais* (Fortaleza).

Actividad investigadora y publicaciones.

Su actividad de investigación se orientó primeramente hacia los estudios de Derecho comunitario europeo. Cabe destacar al respecto su monografía acerca de "*Pianificazione statale e intervento comunitario*" (1967).

Un sector posterior de investigación se refiere a las cuestiones de la orientación política relativa a la tutela de la seguridad nacional y la temática de la guerra contra el terrorismo. En este ámbito publicó la monografía "*Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*" (1971) y luego otros artículos entre los cuales cabe destacar "*La modificazione delle competenze costituzionali in tema di difesa*" (1972); "*Politica estera e interventi del Presidente della Repubblica*" (1984), "*Les états de nécessité en droit public italien*" (1988), "*Necessità, Costituzione materiale e disciplina dell'emergenza. In margine al pensiero di Costantino Mortati*" (1994), "*La difficile convivenza fra libertà e sicurezza*" (2004), *Guerra e Costituzione* (2004), "*Costituzione e regole di ingaggio*" (2008).

El estudio de las relaciones entre sistema político y formas institucionales le condujo a analizar la regulación jurídica de la composición parlamentaria, con especial referencia al análisis de la institucionalización de la oposición mediante el llamado "Gobierno en la sombra" británico. En este ámbito destacaremos

la monografía sobre el “Shadow Cabinet” (1973), la voz “Opposizione parlamentare” de la *Enciclopedia del diritto* (1980) y el estudio acerca de una nueva propuesta de clasificación de las formas de gobierno (“La forma de gobierno de oposición garantizada”, 1979).

Numerosos artículos se han dedicado a una particular forma de control de la actuación de la Administración que une a las características de la inspección parlamentaria las de la tutela de los intereses individuales y de grupo. Se trata del Ombudsman, al que dedicó la voz “Ombudsman” en la *Enciclopedia del diritto* (1979) así como la voz “Difensore civico” en la *Enciclopedia giuridica Treccani* (1988).

El estudio de la forma de Estado federal condujo a la elaboración de las voces “Stato federale” para la *Enciclopedia del diritto* (1990) y “Federazione” para la *Enciclopedia delle Scienze sociali* (1994).

El tema de las reformas institucionales lo abordó en diversos estudios. Entre ellos cabe destacar su monografía acerca de la revisión constitucional, y en particular sobre el referéndum en este ámbito, afrontado en clave comparativa (*Referendum e revisione costituzionale: un'analisi comparativa*, 1994).

Las transformaciones de los ordenamientos constitucionales subsiguientes a la desaparición de la estructuración del mundo en bloques han sido objeto de diversos estudios y en particular de una monografía (*Le transizioni costituzionali*, Bologna, 1998, publicado también en lengua española, *Las Transiciones Constitucionales*, Bogotá, 2002).

Particular interés ha tenido en la comparación en el ámbito del Derecho constitucional. Intentando sistematizar el método del análisis comparativo (*Balance y perspectivas del derecho constitucional comparado*, 1987 y *Modelli costituzionali e innovazione, en Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1999), y dirigiendo desde 1981 la publicación de un manual sistemático con fines didácticos en el que al análisis sistemático de los ordenamientos se añadía un planteamiento comparativo: “Diritto costituzionale comparato”. Este trabajo ha conocido varias ediciones (7ª ed., 2007) y ha sido traducido en España (*Derecho Constitucional Comparado*, traducido por Lucas Verdú, 1º ed. 1983 e 2º ed. 1985) y en México y Argentina (2005).

Ha publicado los resultados de sus trabajos en el ámbito del Derecho constitucional como manual orgánico el año pasado (*Diritto costituzionale*, 6º ed. 2008).

Como homenaje a este gran maestro, con motivo de su jubilación como catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Bolonia, publicamos a continuación un elenco de sus publicaciones, ordenadas cronológicamente.

## 2. *Elenco de publicaciones*

“La protezione sanitaria nell’ordinamento della C.E.E.A.”, en *Rivista trimestrale di diritto sanitario*, Ed. PEM, Roma, 1962, pp. 241-262.

“La responsabilità aquiliana delle istituzioni della CECA nel trattato e nella giurisprudenza della Corte”, en *Rivista trimestrale diritto pubblico*, año XIII, 1962, 1, pp. 91-136.

“Note sugli atti normativi e amministrativi dell’ordinamento comunitario europeo”, Milano, Giuffré, 1964 y en *Rivista trimestrale diritto pubblico*, año XIII, 4, 1963, pp. 887-972.

“Le proposte del CNEL per una riforma delle norme regolanti la disciplina autoritativa dei prezzi”, en *Il Foro Amministrativo*, n. 5, 1964, pp. 130-141.

“Determinazioni dei prezzi e limitazioni di utilità private”, en *Il Foro Amministrativo*, n. 2, 1964, pp. 180-187.

“Gli obiettivi generali della CECA, strumenti di una pianificazione settoriale”, en *Il diritto dell’economia*, año XII, 2, 1966.

“Limiti fra settore imprenditoriale pubblico e privato e trattati europei”, en *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 3, 1967, I, pp. 551 ss.

*Pianificazione statale e interventi comunitari*, Giuffré, Milano, 1967.

“La pianificazione economica tra Stato e Comunità europea”, en *Rivista trimestrale diritto pubblico*, año XVII, 4, 1967, pp. 1123-1133.

“Coerenza del programma e componente estera”, en *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 1968, pp. 153-180.

“Sulla istituzione di un commissario parlamentare delle forze armate”, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, año XX, abril-junio 1970, pp. 379-440.

*Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, Giuffré, Milano, 1971.

“Considerazioni sui rapporti fra direttiva comunitaria e autonomia regionale”, en *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 1972, pp. 300-310.

“Un ombudsman per le regioni”, Bologna, Il Mulino, 1972, n. 221, pp. 424-438, publicado también en *Notiziario giuridico regionale della Unione industriale di Torino*, 1972, n. 5, pp. 643-659.

“La riforma delle istituzioni comunitarie”, en *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 1972, p. 300 ss.

“Militari e potere politico”, *Gli Stati*, 1972.

“Legislazioni antisovversive”, *Gli Stati*, 1972.

*Lo Shadow Cabinet. Saggio sul rilievo costituzionale della opposizione nel regime parlamentare britannico*, Milano, Giuffré, 1973.

“L’Ombudsman: esperienze e prospettive”, en *Diritto e Società*, 1973, vol. I, n. 3, pp. 806-822.

“La programmazione economica nel settore della Difesa”, en *La legislazione italiana economica dalla fine della guerra al primo programma economico*, Milano, 1974, n. 13, Collana CIRIEC, pp. 35-80.

“La modificazione delle competenze costituzionali en tema di difesa”, en *Rivista trimestrale diritto pubblico*, 1974, n. 2, pp. 409-450.

“L’ombudsman per gli affari militari”, en *l’Ombudsman* (coord. C. Mortati) UTET, Torino, 1974, pp. 273-298.

“L’organizzazione della opposizione en Gran Bretagna”, en *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1974, año VII, n. 26, pp. 47-56.

“Le funzioni delle Assemblee parlamentari”, *Lezioni 1974-1975*, Forni, Bologna, 1975.

“La competenza settoriale degli enti di gestione”, en *Amministrare*, 1975, pp. 123-127.

Voces “Costituzione”, “Difesa”, “Ombudsman”, “Ordine Pubblico”, “Statuto Albertino”, en *Dizionario di Politica*, Torino, UTET, 1976.

*Le origini della seconda Repubblica Portoghese*, Giuffrè, Milano, 1977.

“Strutture costituzionali di Spagna e Portogallo. Relazione al Seminario “La democrazia nel mondo atlantico””, en *Occidente*, 1977, 2, ahora en *Democrazie atlantiche*, Roma, 1978, pp. 121-137.

“Commento all’art. 87, 9 co. della Costituzione italiana”, en “Il Presidente della Repubblica, artt. 83-87”, *Commentario alla Costituzione*, coord. G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1978, pp. 240-268.

*Corso di diritto costituzionale comparato*, Forni, Bologna, 1978.

“Governo e Opposizione. La mayoranza esorbitante. Comunicazione al Convegno “Il Parlamento nella Costituzione e nella realtà. Atti, regolamenti e prassi della Camera nella VII legislatura” (Roma 20/22-10-1978)”, en *Alleanze*, n. 26, diciembre 1978, pp. 22 ss..

*Una Costituzione democratica per la Spagna* (ccoordinación del libro y págs 197-201), Angeli, Milano 1978.

“Intervento al Convegno “La Costituzione spagnola nel trentennale della Costituzione italiana” (Bologna 26-27/5/1978)”, en *Atti*, Bologna, 1978, pp. 197-201.

“Limiti alla opposizione parlamentare in Italia ed esperienze nelle grandi coalizioni”, en *Il Parlamento nella Costituzione e nella realtà*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 93-97.

“La forma de gobierno de oposicion garantizada”, en *Revista de Estudios politicos*, n. 9, 1979, pp. 5-41.

Voz “Ombudsman” en *Enc. del diritto*, Milano, Giuffrè, 1979, vol. XXIX, pp. 879-884.

*Lo Stato federale: un delicato equilibrio istituzionale*, Bologna, Clueb, 1979; publicado también en *Il federalismo statunitense fra autonomia e centralizzazione, Quaderno dell'Istituto di studi nordamericani di Bologna*, 1979, n. 4, pp. 9-22.

“Reflexiones sobre la forma de gobierno italiana”, en *Revista de politica comparada*, 1, 1980, pp. 21-39.

Voz “Opposizione parlamentare”, en *Enciclopedia del diritto*, Giuffré, Milano, 1980, vol. XXX, pp. 532-561.

“La reserva di competenza statale en materia di normativa valutaria (in margine alla sentenza della Corte di Giustizia nel procedimento n. 203 del 1980)”, en *Banca, Borsa e Titoli di credito*, Milano, 1981, n. 4, pp. 492-511.

“Miti e realtà della riforma istituzionale”, en *Tempo presente*, abril-junio 1981, nn. 2-3, pp. 45-49.

*Diritto costituzionale comparato*, Padova, Cedam, 1981. Traduzione spagnola (P. Lucas Verdu) *Derecho Constitucional Comparado*, 1ª ed., Espasa - Calpe, Madrid 1983 e 2ª ed. Madrid 1985.

“L'objection de conscience en Italie”, en *Rapports Nationaux italiens au XI Congres International de Droit Comparé*, Caracas, 1982, pp. 477-485, publicado también como “L'obiezione di coscienza nell'ordinamento italiano”, en *Universidade dei Coimbra, Boletim da Faculdade de direito*, 1982, vol. LVII, pp. 337-353.

““Regole del gioco” e metodi decisionali piú operativi”, en *Forma di governo, riforma delle istituzioni*, Coord. Enrico Cuccodoro -Quaderno di Parlamento- en *Rivista di vita politica e parlamentare*, Parlamento, Roma, 1982, XXVIII, n. 1-4, pp. 14-16.

“La supremacia del poder civil sobre el poder militar en las primeras constituciones liberales europeas”, en *Revista Espanola de Derecho Constitucional*, septiembre-diciembre 1982, n. 6, pp. 9-33.

“Modelli comparati di autonomie locali”, *Atti del Corso sul tema “Organizzazione e diritto delle Regioni”*, Roma, 2-12 marzo 1982, *Supplemento al Bollettino di legislazione e documentazione regionale*, 1982, n. 4, pp. 73-102.

“Parlamento e sindacati”, en *Tempo presente*, octubre-diciembre 1981, nn. 11-12, pp. 79-84. Publicado también como: “La modificazione del ruolo del Parlamento ad opera dei sindacati”, en *Ardigù e altri, La società liberal-democratica e le sua prospettiva per il futuro*, Bulzoni, Roma, 1983, pp. 179-190.

“Turati y el orden constitucional”, en *Revista de Politica Comparada*, primavera 1982, n. 8, pp. 39-56. Publicado también como: “Turati e l’assetto costituzionale”, en *AA.VV. Filippo Turati cinquant’anni dopo. Atti del Convegno di Studi organizzato dalla Fondazione Giacomo Matteotti* (Roma, 6-7 mayo 1982), Edizioni Scientifiche Italiane Napoli, 1983, pp. 266-283.

“Sobre la efectividad del control jurisdiccional de constitucionalidad en los ordenamientos iberoamericanos”, en *Revista Espanola de Derecho Constitucional*, mayo-agosto 1983, n. 8, pp. 97-108, publicado también en *Jus et Praxis*, Universidad de Lima, diciembre 1984, pp. 65-78 publicado también como “Sulla effettività del controllo giurisdizionale di costituzionalità negli ordinamenti iberoamericani”, en *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, (coord. G. Lombardi) Mayoli, Rimini, 1985, pp. 379-394.

“Riforma della struttura del governo e introduzione del gabinetto ristretto”, en *Studi en onore di T. Carnacini*, I, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 65-78.

Voces “Costituzione”, “Difesa”, “Ombudsman”, “Ordine Pubblico”, en *Dizionario di Politica*, 2ª ed., UTET, Torino, 1983, pp. 282-291; 319-326; 729-739; 741-742.

“Presentazione” a R. Toniatti, *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d’America*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. VII-XIX.

*Codice costituzionale e amministrativo* (coords. F.A. Roversi Monaco e G. de Vergottini), Mayoli, Rimini, 1983.

“Intervento introduttivo” en, AA.VV., *Il costo della democrazia*, Ispes, Roma, 1984, pp. 15-20.

“Il disegno di legge n. 316 e l’attuale regime dei divieti valutari”, en *Banca, borsa e titoli di credito*, Milano, año XLVII, abril-junio 1984, pp. 153-180.

“Decisionalità politica e strutture istituzionali nella società postindustriale”, en *Ragionamenti*, 1984, n. 123, pp. 42-50. Publicado también: *AA.VV., Il politico nella società scientificizzata*, Roma, 1984, pp. 191-201.

“Las encuestas parlamentarias en la constitucion italiana”, en *Revista de politica comparada*, otoño 1984, nn. 10-11, pp. 223-243 publicado también como “Les investigations des Commissions Parlamentaires en Italie”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger*, 1985, 1, pp. 37-51.

“Politica estera e interventi del Presidente della Repubblica”, en *Quaderni costituzionali*, diciembre 1984, año IV, n. 3, pp. 493-523.

“Principio di legalità e revisione della Costituzione portoghese nel 1982”, en *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, Giuffrè, 1985, tomo II, pp. 1141-1158.

“Riforme istituzionali e ruolo delle Regioni”, en *Regione Emilia Romagna, Rivista trimestrale del Consiglio Regionale*, marzo-junio 1985, nn. 2-3, pp. 75-81.

Intervento en *AA.VV. Le riforme istituzionali*, Atti del Convegno di Padova 25-26-27 agosto 1984, Cedam, Padova, 1985, pp. 129-139.

“Opere di approvvigionamento energetico e competenze statali e locali dopo il D.P.R. 616/1977”, en *Regione e Governo Locale*, 1-2 enero-abril 1985, Ed. Delle Autonomie, pp. 17-26.

“Evoluzione costituzionale in tema di libertà religiosa en Spagna”, en *I diritti fondamentali della persona umana e la libertà religiosa*, Atti del V Convegno giuridico (8-10 marzo 1984), Roma, 1985, pp. 601-606.

*Codice costituzionale e amministrativo* (coord. F.A. Roversi Monaco e G. de Vergottini), 2ª ed., Mayoli, Rimini, 1985.

“Gli organi ausiliari”, en *Amato e Barbera, Manuale di Diritto Pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1986, pp. 509-520.

“Regioni e Stato nella dinamica istituzionale, considerazioni comparative” en *Quaderni regionali*, n. 1, año IV, enero-marzo 1985, pp. 12-38. Publicado también como: “Regiones y estado en la dinamica institucional. Consideraciones comparadas”, en *Revista Vasca de Administracion Publica*, 1986, n. 14, pp. 7-24.

“Profili giuridici della toponomastica nella provincia di Bolzano”, en *Diritto e società*, n. 4, 1986, pp. 63-70.

“Il diritto di difesa come principio fondamentale della partecipazione al processo”, en *Diritto e Società*, n. 2, 1986, pp. 97-105.

*Commento all'art. 2 della L. 8 agosto 1985*, n. 443, año IX, nn. 5-6, septiembre-diciembre 1986, pp. 1044-1048.

“Dismissioni. Una strategia per le partecipazioni statali?” *Relazione introduttiva*, Fondazione G. Matteotti, Roma, 10/7/1986.

“Limitazioni alla tutela giurisdizionale dei diritti e inchiesta parlamentare”, en de Vergottini (coord.), *Le inchieste delle Assemblee parlamentari*, Mayoli, Rimini, 1985, p. 191 ss.; publicado también en *Studi in onore di Paolo Biscaretti di Ruffia*, Giuffrè, Milano, 1987, tomo I, pp. 321-355. También como “Atti di commissioni parlamentari e limiti alla tutela giurisdizionale dei diritti”, en *Judicial protection of human rights at the national and international level*, vol. 1, (coord. F. Carpi, C. Giovannucci Orlandi), Giuffrè, Milano, 1991, pp. 829-840.

“La comparazione nel diritto costituzionale: scienza e metodo”, en *Diritto e Società*, 1986, 2º, pp. 165-221; publicado también como: “Balance y perspectivas del derecho constitucional comparado”, en *Revista de Derecho constitucional*, 1987, n. 19, pp. 165-221.

“Per una razionalizzazione della collegialità nel governo”, en *Le Regioni*, XI, n. 3, junio 1987, pp. 323-329.

*Diritto costituzionale comparato*, Cedam, Padova, 2ª ed., 1987.

“Ferruccio Pergolesi e lo studio del diritto pubblico”, en *Diritto e Società*, n. 4, 1987, pp. 701-713.

“Localizzazione degli impianti energetici e tutela dell'ambiente e della salute” - *Atti del convegno organizzato dal CISR*, Bologna 20/10/1986 (coord. del volumen) Mayoli, Rimini, 1988.

*Codice costituzionale e amministrativo*, (coord. F.A. Roversi Monaco e G. de Vergottini) 3ª ed., Mayoli, 1988.

“Les États de nécessité en droit public italien”, en *Cahiers du Centre de Droit et de Politique Comparé*, 1988, vol. III, pp. 69-82.

“Le organizzazioni sindacali e la potestà normativa degli organi costituzionali”, *Industria e Sindacato*, año XXX, n. 11, 25 marzo 1988, pp. 11-14.

“Il presidenzialismo incompreso dagli italiani”, *Il Mulino*, n. 2, marzo-abril 1988, pp. 262-268.

F. Pergolesi, *Scritti minori*, 2 vol., A. Forni Ed., Bologna, reimpressione coord. G. de Vergottini.

“Energia nucleare e tutela della sicurezza: prospettive giuridiche e istituzionali”, en *Rass. giur. Enel*, 1988, pp. 41 ss.

Voz “Difensore civico”, Enc. giur. Treccani, X, Roma, 1988.

“La difesa dello Stato nei giudizi di costituzionalità. Spunti comparativi”, en *Atti del I Congresso Nazionale degli Avvocati e Procuratori dello Stato* su “L’Avvocatura dello Stato verso il 2000 nel solco della tradizione”, Firenze, 2-4 junio 1989, ristampato con modifiche en *Studi in memoria di F. Piga*, I, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 363-381.

G. de Vergottini-L. Mezzetti, “Las competencias regionales en materia energetica: el caso italiano”, *Rev. Vasca de Adm. publica*, n. 25/1989, pp. 37-54.

“La ripartizione di poteri en materia ambientale tra Comunità, Stato e Regioni”, en *Rassegna giuridica dell’energia elettrica*, Giuffrè, 1989, pp. 539-569 ristampato en *Rivista giuridica sarda*, 2, 1992, pp. 549-577.

“La Déclaration de 1789 et l’Italie”, en *La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789*, la Documentation Francaise, 1989, p. 251-263.

“El modelo de estado descentralizado y el sector energetico: el caso italiano”, en *Primeras jornadas “Energia y Derecho”*, S. Sebastián, 1988, pp. 61-65.

Voz “Stato federale”, en *Enc. del Diritto*, vol. XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 831-860.

“State control and freedom of teaching”, en *Rapports nationaux italiens au XIII Congrès International de Droit Comparé*, Italian national reports to the XIII International Congress of Comparative Law, Montréal 1990, Giuffrè, Milano 1990, p. 464.

“Costituzione della difesa e stati di crisi. Per la difesa nazionale” (coord. G. de Vergottini), en *Rivista militare*, Bologna, 1991.

“La dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino due secoli dopo”, en *Atti delle giornate Bologna - Nations*, Francia, Profili giuridici, (coord. Fabio Roversi Monaco e Luciano Vandelli), Clueb Bologna, 1991, pp. 53-60.

“La protection des droits Économiques et sociaux en Italie”, en *La mise en oeuvre des droits Économiques et sociaux*, Publications of the Austrian Human Rights Institute - vol. 3, Ed. N. P. Engel, Kehe Strasbourg, Arlington, France, 1991, pp. 321 - 333.

*Diritto Costituzionale comparato*, Cedam, Padova, 1991, 3ª edición.

“Sistema delle partecipazioni statali e obblighi comunitari”, en *Studi in onore di Gustavo Vignocchi*, Mucchi, Modena, 1992, pp. 509-527.

También publicado en *Rivista di diritto europeo*, 1990, 3, pp. 473 y en *Il diritto dell’economia*, 1991, pp. 75-93.

“La Constitución frente al progreso económico y social”, en *Revista Vasca de administracion publica*, 1992, 33, pp. 133-156.

“La reforma del bicameralismo en Italia”, en *Revista de derecho politico*, 1992, pp. 399-413.

“La rinegoziazione del Trattato di Osimo”, en *Rivista di Studi Politici Internazionali*, 1993, n. 237, pp. 77-91.

“La tutela dell’ambiente e la Comunità europea”, en *Affari Esteri*, Rivista trimestrale, 1993, 98, pp. 3-13.

*Diritto costituzionale comparato*, Cedam, Padova, 1993, 4ª edición.

La tutela dell'ambiente e la Comunità Europea, en *Riv. trim. Affari Esteri*, 1993, pp. 3-13.

La legge elettorale, un ingranaggio inceppato, en *Il tempo presente* n. 149, 1993, pp. 3-6.

Irretroattività delle sanzioni amministrative en materia valutaria (in collaborazione con Gianfranco de Vergottini), en "Estudios de Derecho bancario y bursátil", homenaje a Edelio Verdera, vol. III, Madrid, 1994, pp. 2735 ss.

Voz "Federazione" en *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Volumen 4° Enciclopedia Italiana Treccani, Roma, 1994, pp. 44-54.

"Necessità, costituzione materiale e disciplina dell'emergenza. En margine al pensiero di Costantino Mortati", en *Diritto e Società*, 1994, pp. 217-260.

"Multiculturalismo, minoranze linguistiche ed immigrazione", en Bonazzi, T.- Dunne, M., *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Bologna, Il Mulino, 1994, pp. 237-254.

*Codice costituzionale e amministrativo*, coord. G. de Vergottini e F.A. Roversi Monaco, 5ª edición, Rimini, Mayoli, 1994.

"Referendum e revisione costituzionale: un'analisi comparativa", en *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, fasc. 2. pp. 1339-1400.

"Modelli comparati di difensore civico: accentramento e decentramento di una funzione di tutela en corso di tipizzazione", en *La comunità internazionale*, 1994, pp. 3-16.

"Prefazione" al volumen L. Mezzetti (coord.), *Costituzione economica e libertà di concorrenza*, Torino, Giappichelli, 1994.

"Integrazione europea e stato nazionale", en *AA.VV. Lo stato delle istituzioni italiane* (Atti del convegno, Roma 30 giugno-2 luglio 1993), Milano, 1994, pp. 603-607.

Voz "Federazione", en *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1994, vol. IV, pp. 44-54.

“Regioni di confini comuni: dalla cooperazione alla istituzionalizzazione”, en *Rivista di Studi Politici Internazionali*, 1995, pp. 61-79.

“La protection constitutionnelle des nouvelles minorités”, en *Revue belge de droit constitutionnel*, n. 4/1995, pp. 367-385.

“Verso una nuova definizione del concetto di minoranza”, en *Regione e governo locale*, 1/2 1995, pp. 9-26.

“El presidente y el gobierno en la forma de gobierno italiana”, en *Derecho y sociedad*, num. 10, 1995, pp. 116 -127.

“Le Forze Armate nella Resistenza e nella Guerra di Liberazione”, *Forze armate e Organi Costituzionali*, Atti del Convegno Bologna, 21-22 marzo 1995 – Ed. Il Nove, pp. 133-146.

“Presentazione” a Melica, L., *Lo straniero extracomunitario*, Torino, Giappichelli, 1996.

“Bilinguismo e ripristino della toponomastica italiana”, en *AA.VV., Istria e Dalmazia. Un viaggio nella memoria*, Atti del convegno di studi en Bologna, 10 marzo 1995, Bologna, Ed.Lo Scarabeo, 1996, pp. 183-188;

“La tutela e la valorizzazione del patrimonio storico-artistico fra Unione europea, Stato e Regioni”, en *Rivista giuridica di urbanistica*, 1996, pp. 243-257;

“Autorità di regolazione e il sistema costituzionale dei pubblici poteri”, en *AA.VV., Studi en onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, 1996, pp. 685-705;

Publicado también en *AA.VV., Attività regolatoria e autorità indipendenti. L'autorità per l'energia elettrica e il gas*, Atti del convegno di studi en Roma, 2-3 febbraio 1996, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 3-24.

“Referendum e revisione costituzionale: una analisi comparativa”, en *AA. VV., Scritti en onore di A. Predieri*, Milano, Giuffrè, 1996, pp.749 ss.

“Dalle emendabilità alla “revisione totale” nella continuità della costituzione”, en S. Labriola (coord.), *Cinquantenario della Repubblica Italiana (Giornate di studio sulla costituzione, Roma 10-11 ottobre 1996)*, en *Quaderni della Rassegna Parlamentare I - 1997*, Milano, 1997, pp. 225-249.

*Manuale di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1997, pp. 840.

“Federalismo e cultura politica”, en *Biblioteca della Libertà*, 141, septiembre/ottobre 1997, pp. 11-20.

Intervento en “Il federalismo nel progetto della bicamerale del novembre 1997”, en *Le istituzioni del Federalismo*, 3-4-5-6, mayo-diciembre 1997, pp. 523-530.

“El Estado Militar”, en Bidart Campos G.J. e Palomino Manchego J. E., *Jurisdicion Militar y Constitución en Latino America*, Lima, 1997, pp. 233-252.

“L’attualità del modello federale”, en *Relazioni internazionali*, Scritti en onore di G. Vedovato, vol. II, Firenze, 1997, pp. 299-318.

Director del libro *Costituzione ed emergenza en America Latina*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 488, e “Introduzione” al mismo, pp. XIII-XVII.

Elenco de publicaciones 1998–2002

“La función de control en los Parlamentos de fin de siglo”, en *VI Jornadas de Derecho Parlamentario. Problemas actuales del control parlamentario*. Servicio de Publicaciones de las Cortes Generales. Madrid, 1997, pp. 25 ss.

Publicado también en Universidad Externado de Colombia, *Revista de derecho del Estado* n. 4, Abril 1998, pp. 25 ss.

“El Estado regional italiano”, en Universidad Externado de Colombia, *Revista de derecho del Estado* - n. 5, Agosto 1998, pp. 97 ss.

“Il federalismo del progetto della bicamerale del novembre 1997”, intervención en *Atti del seminario di Bologna 25 novembre 1997*, en *Le istituzioni del federalismo*, n. 3-4-5-6 mayo/diciembre, 1998, pp. 523 ss.

“L’ordinamento del territorio: illogicità e ovvietà”, en *Paesaggio Urbano dossier di cultura e progetto della città*, suplemento 3-4, 1998 mayo/agosto, pag. 6.

“La Protection des minorités entre garantie des droits linguistiques et bilinguisme”, en *Annuaire Européen*, Vol. XLIV, 1998, pp. 45 ss.

“Federal and Regional States”, en *Korean Branch of International Association of Constitutional Law*, *World Constitutional Law Review*, n. 3, 1998, pp.163 ss.

“La costituzione repubblicana e il comando delle forze armate”, Coordinador de la investigación, publicada en *Quaderni ISTRID*, n. 4, 1998.

“La costituzione e il comando delle forze armate”, en *Quaderni ISTRID*, n. 4, Roma, 1998, pp. 5 ss.

“Principio di egualianza e Società multietnica”, Ponencia al 26° Congreso del distrito 2070, Rotary International, Riccione 16-17 mayo 1998.

*Codice costituzionale amministrativo* (junto a Roversi Monaco F.A.) 6ª edición, 1998, Mayoli, Rimini.

*Diritto Costituzionale*, Padova, Cedam, 1998.

*Le Transizioni Costituzionali*, Bologna, Il Mulino, 1999.

“Le régime juridique de la communauté nationale italienne en Istrie”, en *Mélanges Patrice Gélard*, Montchrestien, Paris, 1999, pp. 475 ss.

*Diritto Costituzionale Comparato*, 6ª ed., Padova, Cedam, 1999.

“La Costituzione e intervento NATO nella ex Jugoslavia”, en *Quaderni Costituzionali*, n. 1, abril 1999, p. 122 ss ; publicado también en *APXNB* n. 1-2, 1999, Belgrado, pp. 195 ss..

“Modelli Costituzionali e innovazione” en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 4, 1999, pag. 1325 ss.

“Il rapporto centro periferia in Italia”, en Lanchester F. e Staff I. (coord.), *Lo stato di diritto democratico dopo il fascismo e il nazional socialismo*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 397-414.

*Diritto Costituzionale*, 2ª edición, Padova, Cedam, 2000.

“L’Enseignement du droit constitutionnel en Italie” *Atti della tavola rotonda internazionale di Lausanne* 19-20 junio 1998. Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 185-196.

“La Paix intérieure et l’Etat de droit”, en Peter Haberle, Jorg Paul Muller, *Menschenrechte und Burgerrechte en einer vielgestaltigen Welt*, Institute du Fédéralisme, Fribourg, 2000, pp. 11 ss.

“Diritto costituzionale comparato” en *Enciclopedia Italiana, I volume del Apendice 2000*, pp. 497 ss

“Direito Mackenzie”, *Revista*, n. 1, Sao Paulo, 2000, pp. 127 ss.

*La funzione di controllo nei parlamenti alla fine del secolo*, Facultad de Derecho Universidad de Atenas, 2000, pp. 415 ss.

“Profili costituzionali della gestione delle emergenze”, en *Rassegna parlamentare*, n. 2, abril-junio 2001, pp. 275 ss..

“I nodi costituzionali”, en *Con-vivere la città, Gli immigrati tra noi: le regole per una convivenza possibile*, n. 2, Bologna, abril 2001 pp. 21 ss.

*Diritto Costituzionale*, 3ª edición, Padova, Cedam, 2001.

“Garanzie e poteri regolatori”, en 2º *rapporto sul processo di liberalizzazione della società italiana*, Società Libera, Milano, noviembre 2001, pp. 161-179.

“Riflessioni sulle competenze costituzionali en tema di difesa”, en *Scritti giuridici en onore di Sebastiano Cassarino*, Volumen I, Padova, Cedam 2001, pp. 553 ss.

“Le forme dello stato”, en *Costituzione e difesa nel Cinquantesimo anniversario della proclamazione della Repubblica Italiana e della promulgazione della costituzione*, Roma, Istrid 2001, pp. 43-48..

*Miti e realtà del parlamento italiano*, Eurispes, Roma 2001, pp. 399 e ss.

*Diritto Militare* n. 2-3 2001, p. 7 e ss..

“Le competenze en materia di porti alla luce della riforma della costituzione”, en *L’Amministratore Locale*, Udine, n. 5-6/2001, pp. 3 ss.

“Modelos constitucionales e innovaciòn”, en *Estudios de Teoría del estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdù*, Università de Mejico e de Madrid, Tomo II, 2001, p. 1367 ss.

“Garanzie e poteri regolatori” en *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 132-133 2°-3° trimestre año 2001.

*Las Transiciones Constitucionales*, Università Externado de Colombia, 2002.

*Codice costituzionale amministrativo* (junto a Roversi Monaco, F.A.), 7ª edición, 2002, Mayoli, Rimini

“El Derecho de la Constitucion”, en *Derechos humanos y constituciòn en Iberoamérica*, Istituto Iberoamericano de derecho consitucional, Lima Perú, 2002, pag. 445 ss

“Nuevos aspectos de la guerra y relaciones entre el parlamento y el gobierno”, en *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, Mayo-Agosto 2002, pag. 24 ss.

“Guerra e Costituzione”, en *Quaderni costituzionali*, n, 1/2002, p. 19 ss.

“Nuovi profili della guerra e rapporti parlamento-governo”, *Estratto da Rivista di Studi Politici Internazionali*, año LXIX n. 275, 3/2002 (luglio – septiembre) pp. 381-399.

“L’italian security council”, en *Fondazione liberal, l’incontro liberale tra laici e cattolici* n. 16 febbraio-marzo 2003 pagg. 55-59.

*Diritto costituzionale comparato*, 6ª edición, Cedam, Padova, 2004. Vol I° pp. 1-584 Vol II° pp. 1-315

”La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo”, *Rassegna Parlamentare*, n. 2 Abril/Giugno, 2004 año XLVI Giuffrè, p. 427-454 y en *Boletin Mexicano de derecho comparado*, año XXXVII n. 111 sett-dic 2004, p. 1185-1211.

*Manuale di Diritto Costituzionale*, 4ª edición – Cedam, Padova, junio 2004, p. 1-737.

*Guerra e Costituzione Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Il Mulino, Bologna, settembre 2004

“Il bilanciamento fra sicurezza e libertà civili nella stagione del terrorismo” en *Sicurezza: le nuove frontiere. Cultura, economia, politiche, tecnologie*, coordinado por el CSGE (Centro Studi di Geopolitica Economica), 2005, Franco Angeli Editore, pagg. 106-126.

“Tradizioni costituzionali e costituzione europea”, en *Quali diritti avremo en Europa? Costituzione per l'Europa e interesse nazionale*, en Quaderni di Magna Carta, n. 3 – Roma 2005 pagg. 33-54

*Derecho Constitucional Comparado*, Buenos Aires, 2005 pp. 1-1010

“Garanzie e Poteri Regulatori”, en *Società Libera 4° rapporto sul processo di liberalizzazione della società italiana*, Milano-Roma 2006 pp. 11-24

“Garanzia della identità degli ordinamenti statali e limiti della globalizzazione”, Ponencia general, en *Global Law V. Local Law*, 17° colloquio biennale, Associazione Italiana Diritto Comparato, Torino 2006 pp. 6-18

“Prefazione” a Fiocca M.T. e Montedoro G. *Diritto alla sicurezza ed economia del terrore*, Roma 2006, pp. 7-13

“Sistema politico e tipologia dei partiti en Italia e en Europa”, en *I partiti politici nell'esperienza italiana e nella prospettiva europea*, coord. C. Ceccanti, Collana della Biblioteca della Nuova Antologia, n. 20, Edizioni Polistampa, Firenze, 2006, pp. 21-32.

“Prólogo” a *Partidos políticos (un paso de su formacion politica y juridica)* di Bernardino Esparza Martinez, Méjico, 2005, Editorial Porrúa e Tecnológico de Monterrey, pp. XI – XIII.

Collana Fondazione della Camera dei Deputati. *Valori e principi del regime repubblicano*. Volume 1:I Sovranità e democrazia. Editore Laterza – Roma, (Coord.) Silvano Labriola, “Difesa nazionale e guerre ripudiate”, pp. 401-461

*Global Law V. Local Law. Problemi della Globalizzazione Giuridica*, (Coord.) Cristina Amato e Giulio Ponzanelli, “Garanzia della identità degli ordi-

namenti statali e limiti della globalizzazione”, pp. 6-18. Editore: G. Giappichelli Editore – Torino. (Hay traducción en español).

*Diritto Costituzionale*, Cedam, Padova, 5ª ed., 2006.

“Garantía de la identidad de los ordenamientos estatales y límites de la globalización”, en *Teoría y realidad constitucional* n: 18 – 2º semestre 2006, Universidad Nacional de Educación a Distancia-Editorial Centro de Estudios Ramon Areces

“Per una nuova stagione delle riforme istituzionali”, *Atti del seminario di studi*, Firenze Fondazione Spadolini Nuova Antologia 25 settembre 2006, pp. 129-135.

“Forma di Governo e organi di garanzia”, Coord. Dario Nardella Introduzione di Vannino Chiti. Edizioni Polistampa – Fondazione Spadolini Nuova Antologia – Firenze

“*Gemeinsame Verfassungsüberlieferungen und europäische Verfassung*”, en *Die Ordnung der Freiheit. Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag*. Mohr Siebeck 2007, pp. 661-677.

*Diritto costituzionale comparato*, Cedam, Padova, 7ª ed., 2007.

Voz “Costituzione europea”, *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè.

“La fonction arbitrale de la Cour constitutionnelle italienne dans l’évolution du modèle de l’État régional”, en *Renouveau du Droit constitutionnel. Mélanges en l’honneur de Louis Favoreu*, Dalloz.

“Transitions constitutionnelles et consolidation de la démocratie dans les ordonnancements d’Europe centre-orientale”, en *Démocratie et liberté: tension, dialogue, confrontation. Mélanges en l’honneur de Slobodan Milcic*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp.701 a 714.

“Bicamérisme parfait et propositions de réforme du Sénat italien”, en *Itinéraires d’un constitutionnaliste*, Bruylant, (Bruxelles)- LGDJ (Paris), 2007, pp. 367 a 381.

“La Constitution de 1958: un modèle pour les institutions italiennes?”, en Mathieu, Bertrand, (director), 1958-2008. *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 669 a 673.

“Profilo di Nicola Matteucci”, en *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, anno LXII, Fasc. 2, 2008, pp. 521 a 527.

*Diritto costituzionale*, 6ª edición, Cedam, Padova, 2008, 795 pp.

## **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](mailto:fcojavier.derevorio@uclm.es) o [maria.martin@uclm.es](mailto: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 constatará al remitente.*

**Dep. Legal:** TO-984-2000  
**ISSN:** 1139-0026  
**Edita:** Cortes de Castilla-La Mancha  
**Diseño:** Jer Publicidad  
**Impresión:** Da Vinci

