



# Parlamento y Constitución



## Anuario

### SUMARIO

#### I. ESTUDIOS

Lucio Pegoraro, "Semántica de "control político"(elementos reconstructivos para un análisis comparado)"

César Landa, "El proceso de Amparo en América Latina: ¿un noble sueño o una pesadilla?"

José Luís Soberanes Fernández, "La primera constitución mexicana y la guerra de independencia"

Pablo Lucas Murillo de la Cueva, "Las mayorías reforzadas y la formación de los órganos constitucionales (comentarios sobre la actualidad)"

Marina Gascón Abellán, "El estatuto jurídico de la objeción de conciencia y los problemas que plantea"

#### II. ARTÍCULOS Y NOTAS

M<sup>a</sup>. Luz Martínez Alarcón, "El principio de subsidiariedad en el Tratado de Lisboa"

Rosario Serra Cristóbal, "Las relaciones entre el Parlamento Europeo y los parlamentos nacionales ¿qué aporta el Tratado de Lisboa?"

Tomás Vidal Marín, "Presunción de inocencia y derecho comunitario"

Pedro P. Grández Castro, "Justicia constitucional y argumentación jurídica"

G. Z. Kozhakhmetov, "The history of "Alash Orda" Autonomy as the attempt of bourgeois government's determination on the territory of Kazakhstan in 1918-1920"

#### III. CRÓNICAS

(1 de enero de 2009 a 31 de diciembre de 2010)

Enrique Belda Pérez-Pedrero, "La visión jurídica del territorio" (crónica de 2010) y "La cuestión territorial como tema de debate. Problemas de su reforma" (crónica de 2010)

Tomás Vidal Marín, "Un bien escaso y sumamente conflictivo: el agua en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Comentario a las STG 247/2007, 31/2010, 48/2010 y 49/2010"

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. RECENSIONES

Santiago Sastre Ariza, "La Constitución y el ocaso del positivismo jurídico"

María Macías Jara, "Cartografías de la igualdad. Ciudadanías e identidades en las democracias contemporáneas"

## CONSEJO DE REDACCIÓN

**Francisco José Pardo Piqueras**,  
*Presidente de las Cortes de Castilla-La Mancha.*  
**Francisco Calvo Cirujano**,  
*Letrado Mayor de las Cortes de Castilla-La Mancha.*  
**Evangélica Aranda García**,  
*Vicerrectora del Campus de Toledo y de Relaciones Institucionales de la Universidad de Castilla-La Mancha.*  
**Pedro José Carrasco Parilla**,  
*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.*

## COMISIÓN ACADÉMICA

**Enrique Belda Pérez-Pedro**, *Profesor Titular de Derecho Constitucional UCLM.*  
*Vocal del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha*  
**F. Javier Díaz Revorio**,  
*Catedrático 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 Rebato 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**,  
*Catedrático de Derecho Constitucional UCLM.*

## SECRETARIA ADJUNTA

**María Martín Sánchez**,  
*Profesora Contratada Doctora 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 Aguilar 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 Carrens Serra**, *Universidad Autónoma de Barcelona*  
**Javier Corchera Añena**, *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 Montoto**, *Universidad de Navarra*  
**Pedro J. González-Trevijano**, *Universidad Rey Juan Carlos*  
**Juan Fernando López Aguilas**, *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 Granada*  
**Juan 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 Fériz**, *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-Carias**, *Universidad Central de Venezuela*  
**Jorge Capizzo Mc Gregor**, *Universidad Nacional Autónoma de México*  
**Ricardo Combellas**, *Universidad Central de Venezuela*  
**Krzysztof Complik**, *Universidad de Wrocław*  
**José Ramón Cossío Díaz**, *Supremo Tribunal Federal de México*  
**Francisco Eguiguren Pralli**, *Pontificia Universidad Católica de Perú*  
**Héctor Fix Zamudio**, *Universidad Nacional Autónoma de México*  
**José Xavier Garicoa Ortiz**, *Universidad de Guayaquil*  
**Domingo García Belaúnde**, *Pontificia Universidad Católica de Perú*  
**Mañá del Refugio González**, *Centro Nacional de los Derechos Humanos de México*  
**Peter Hübeler**, *Universidad de Bayreuth*  
**César Landá Arroyo**, *Tribunal Constitucional de Perú*  
**Victor Manuel Martínez Bullé-Goyti**, *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 Piedrahíta**, *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**, *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 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 2010

Nº 13

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

Anuario



**C<sub>y</sub> Parlamento  
Constitución**

## ***ENVÍO DE ORIGINALES***

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

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

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

Los originales remitidos irán acompañados del archivo informático, formato Word, espaciado interlineal 1,5. Éste debe remitirse por correo electrónico a la siguiente dirección: [FcoJavier.DRevorio@uclm.es](mailto:FcoJavier.DRevorio@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 mediante informes emitidos por miembros del Consejo Asesor externos a la UCLM, que se pronunciarán sobre la procedencia de la publicación, así como la sección del anuario en la que la misma ha de producirse. Para la publicación del trabajo, el Comité Académico y el equipo de dirección tendrán en cuenta, además de la evaluación positiva, la temática del trabajo y la cantidad de trabajos que se haya recibido para cada edición del Anuario. Por este motivo no puede garantizarse la publicación de todos los trabajos recibidos, aunque en todo caso se contestará al remitente.

COLABORAN EN ESTE NÚMERO

**Enrique Belda Pérez-Pedrero**

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

**Marina Gascón Abellán**

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

**Mª Joaquina Guerrero Sanz**

*Letrada del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha*

**Pedro P. Grández Castro**

*Profesor de la Pontificia Universidad Católica de Perú*

**G. Z. Kozhakhmetov**

*Decano del Departamento de Derecho. Universidad Estatal de Karaganda (Kazajistán)*

**César Landa**

*Magistrado del Tribunal Constitucional de Perú*

**María Macías Jara**

*Profesora Colaboradora Asociada Doctora de Derecho Constitucional, Universidad Pontificia de Comillas –ICADE–*

**María Martín Sánchez**

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha*

**Mª. Luz Martínez Alarcón**

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

**Mª. Del Pilar Molero Martín-Salas**

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

**Pablo Lucas Murillo de la Cueva**

*Magistrado del Tribunal Supremo*

**Lucio Pegoraro**

*Catedrático de Derecho Público Comparado. Universidad de Bolonia*

**Mª. Elena Rebato Peño**

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

**Santiago Sastre Ariza**

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

**Rosario Serra Cristóbal**

*Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia*

**José Luis Soberanes Fernández**

*Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México*

**Tomás Vidal Marín**

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

---

## ÍNDICE

### I. ESTUDIOS

Págs.

Lucio Pegoraro, “ <i>Semántica de “control político”(elementos reconstructivos para un análisis comparado)</i> ”	9
César Landa, “ <i>El proceso de Amparo en América Latina: ¿un noble sueño o una pesadilla?</i> ”	37
José Luis Soberanes Fernández, “ <i>La primera constitución mexicana y la guerra de independencia</i> ”	59
Pablo Lucas Murillo de la Cueva, “ <i>Las mayorías reforzadas y la formación de los órganos constitucionales (comentarios sobre la actualidad)</i> ”	123
Marina Gascón Abellán, “ <i>El estatuto jurídico de la objeción de conciencia y los problemas que plantea</i> ”	143

### II. ARTÍCULOS Y NOTAS

M <sup>a</sup> . Luz Martínez Alarcón, “ <i>El principio de subsidiariedad en el Tratado de Lisboa</i> ”	163
Rosario Serra Cristóbal, “ <i>Las relaciones entre el Parlamento Europeo y los parlamentos nacionales ¿qué aporta el Tratado de Lisboa?</i> ”	199
Tomás Vidal Marín, “ <i>Presunción de inocencia y derecho comunitario</i> ”	229
Pedro P. Grández Castro, “ <i>Justicia constitucional y argumentación jurídica</i> ”	249
G. Z. Kozhakhmetov, “ <i>The history of “Alash Orda” Autonomy as the attempt of bourgeois government’s determination on the territory of Kazakhstan in 1918-1920</i> ”	281

### III. CRÓNICAS

(1 de enero de 2009 a 31 de diciembre de 2.010)

Enrique Belda Pérez-Pedrero, “ <i>La cuestión territorial como tema de debate. Problemas de su reforma</i> ”	293
Enrique Belda Pérez-Pedrero, “ <i>La visión jurídica del territorio</i> ”	313
Tomás Vidal Marín, “ <i>Un bien escaso y sumamente conflictivo: el agua en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Comentario a las STC 247/2007, 31/2010, 48/2010 y 49/2010</i> ”	349
M <sup>a</sup> . Del Pilar Molero Martín-Salas, “ <i>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas</i> ”	361
María Martín Sánchez, “ <i>Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha</i> ”	373
M <sup>a</sup> Joaquina Guerrero Sanz: “ <i>Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria</i> ”	425
M <sup>a</sup> . Elena Rebato Peño, “ <i>Reseña de actividades de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha</i> ”	443

### IV. RECENSIONES

Santiago Sastre Ariza, “ <i>La Constitución y el ocaso del positivismo jurídico</i> ”	461
María Macías Jara, “ <i>Cartografías de la igualdad. Ciudadanías e identidades en las democracias contemporáneas</i> ”	475

---

---

# I. ESTUDIOS

---

---

## SUMARIO

- **Lucio Pegoraro**, “Semántica de “control político”(elementos reconstructivos para un análisis comparado)”
- **César Landa**, “El proceso de Amparo en América Latina: ¿un noble sueño o una pesadilla?”
- **José Luís Soberanes Fernández**, “La primera constitución mexicana y la guerra de independencia”
- **Pablo Lucas Murillo de la Cueva**, “Las mayorías reforzadas y la formación de los órganos constitucionales (comentarios sobre la actualidad)”
- **Marina Gascón Abellán**, “El estatuto jurídico de la objeción de conciencia y los problemas que plantea”

SEMÁNTICA DE «CONTROL POLÍTICO»\*  
(ELEMENTOS RECONSTRUCTIVOS PARA UN ANÁLISIS COMPARADO)

**Lucio Pegoraro**  
*Catedrático de Derecho Público Comparado.*  
*Universidad de Bolonia*

**SUMARIO**

1. *Una perspectiva jurídica.*
2. *«Control político»: los peligros de un enfoque comparativo.*
3. *Significante y significado (de las palabras al contenido y viceversa).*
4. *«Control político»: descomposición de significados.*
5. *Sub-particiones.*
6. *Elementos clasificatorios determinantes en la democracia liberal y examen de los usos lingüísticos.*
7. *Búsqueda de un común denominador de «control político».*

\* Traducción a cargo de Verónica Sáenz Manzur, Emanuel López Sáenz y Sabrina Ragone. Este ensayo fue elaborado para el volumen coordinado por G.J. Enriquez; J.L. Prado, M. Núñez Torres, *El control político en el Derecho comparado*, Comares, Granada, 2010.



### 1. *Una perspectiva jurídica.*

En el intento por definir lo que significa el «control político» en derecho (público) comparado<sup>1</sup>, hay un primer problema sobre el cual es peligroso adentrarse y tiene que ver no tanto con el objeto de la investigación, ni con la exigencia de tener en cuenta el concurso de diferentes idiomas y culturas en la definición, sino con la dimensión del lenguaje especializado del que habla.

Cada comunidad científica tienen sus propios lenguajes especializados y se da a entender en su propio entorno<sup>2</sup>. Por ejemplo, además de tener uno o más significados en el lenguaje común, las palabras «norma» o «regla» tienen sentidos diferentes si las utilizan en física, en derecho, en ciencia política. Los problemas surgen sobre todo cuando se usan sin conciencia (o, peor, en modo mistificante) los lenguajes especializados de otras ciencias, intentando hacerse entender en la propia comunidad<sup>3</sup>.

La impresión es que, en el agregar a la clase del «control político» hechos, actos, procedimientos, órganos, actividades, poderes, funciones, etc., muchos estudiosos de derecho constitucional se dejan conquistar por la sugerencia de otras ciencias y utilizan los lenguajes de ellas con total indiferencia.

El derecho constitucional (comparado) es tierra de frontera: estudia también hechos meramente políticos, como el poder constituyente<sup>4</sup>, y se ocupa de cómo

1. Tarea de la definición, en nuestro caso, es tanto desempeñar una reseña sobre el uso efectivo del mismo en el meta-lenguaje jurídico-constitucional comparado (definición literal), como prescribir (en sentido amplio) una modalidad de uso de un término (definición estipulativa). Véase sobre el punto, sobre todo, U. Scarpelli, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Nuvoletti, Milano, 1985 y, entre los muchos (especialmente con referencia a las definiciones estipulativas nominales), G. Tarello, *L'interpretazione della legge, en Trattato di diritto civile e commerciale* dirigido por A. Cicu y F. Messineo, Giuffrè, Milano, 1980, pág. 153 ss.

2. La adscripción de significado a una palabra está condicionada por vínculos factuales, los cuales excluyen que puedan ser utilizadas atribuciones de significado a «control político» no incluidos, aunque en sentido amplio, en la vasta gama aceptada por los usos lingüísticos corrientes. Por tanto van excluidas, en la búsqueda de un núcleo duro de significado, y en la paralela reducción de su «franja gris» o «zona de penumbra», usos no conformes a aquellos usados en nuestros lenguajes especializados, o que a ellos son excéntricos. Un segundo problema se conecta a la existencia de vocablos asonantes en otras lenguas, incluso utilizados para significar fenómenos *lato sensu* asimilables a aquellos que designa «control político» en la experiencia comparada. Sobre esto volveré extensamente más adelante.

3. Para una aproximación general, v. U. Scarpelli, *Semantica giuridica*, voz del *Novissimo digesto italiano*, Utet, Torino, 1969, vol. XVI, y ya Id., *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, nueva ed. coordinada por A. Pintore, Giuffrè, Milano, 1985.

4. Por último, en una literatura vasta, R. Guastini, *Garantismo e dottrina pura a confronto*, en curso de publicación en *Analisi e diritto*, 2009.

la política crea el derecho y de cómo el derecho revisa a la política, con todas las hibridaciones también lingüísticas del caso. Además, lo que es derecho en occidente, se puede llamar en otros lugares religión. Ergo, lo que no es jurídico en un lugar (o en una comunidad de personas) puede serlo en otros lugares. De esto somos conscientes (y me ocuparé del tema ampliamente), y aquello influye en la definición<sup>5</sup>.

Sin embargo aquí el problema es otro: incluso alrededor de un mismo conjunto de creencias y presupuestos culturales (el mundo liberal-democrático, que de la autonomía del derecho, purgado de las escorias de la religión, de la moral y de la filosofía, ha hecho un fundamento de sus construcciones teóricas y prácticas), no

5. Sobre todo los estudiosos de la escuela privatista destacan el fenómeno: me refiero principalmente (aunque no exclusivamente) a las siguientes obras: R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, 5ª ed., Utet, Torino, 1992, en el *Trattato di Diritto Comparato* por él dirigido; G. Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981; M. Ancel, *Utilité et méthodes du droit comparé*, Ides et Calendes, Neuchâtel, 1971, trad. it., *Utilità e metodi del diritto comparato: elementi d'introduzione generale allo studio comparato dei diritti*, Jovene, Napoli, 1978; R. David, *Traité élémentaire de Droit civil comparé*, Pichon & Durand-Auzias, Paris, 1950; R. David, C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11ª ed., Dalloz, Paris, 2002, trad. it., *I grandi sistemi giuridici*, 5ª ed. a cargo de R. Sacco, Cedam, Padova, 2004; H.C. Gutteridge, *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, Cambridge University Press, Cambridge, 1946, pág. 34, 2ª ed., 1949, trad. fr., *Le droit comparé. Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, Lgdj, Paris, 1953; K. Zweigert, H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung. Band 1: Grundlagen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1984, trad. it., *Introduzione al diritto comparato. Volume I: Principi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1998, y *Einführung in die Rechtsvergleichung. Band 2: Institutionen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1984, trad. it., *Introduzione al diritto comparato, vol. II: Istituti*, Giuffrè, Milano, 1995; B. Markesinis, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom. The story of the Last Thirty-Five Years*, Hart Publ., Oxford-Portland Oregon, 2003, trad. it., *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*, Giuffrè, Milano, 2004; L.-J. Constantinesco, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Band I: Rechtsvergleichung, Carl Heymanns-Verlag, Köln, 1971, tr. fr., *Introduction au droit comparé, in Traité de droit comparé*, Lgdj, Paris, 1972, tomo I, trad. sp. *Introducción al Derecho comparado, en Tratado de Derecho comparado*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1981, trad. it., *Introduzione al diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1996, pág. 177 ss.; Id., *Die rechtsvergleichende Methode*, Band II: *Rechtsvergleichung*, Carl Heymanns-Verlag, Köln, 1972, tr. fr., *Le méthode comparative, en Traité de droit comparé*, Lgdj, Paris, 1974, tomo II, trad. it., *Il metodo comparativo* (a cargo de A. Procida Mirabelli di Lauro), Giappichelli, Torino, 2000; P. Arminjon, B. Nolde, M. Wolff, *Traité de droit comparé*, 3 vol., Lgdj, Paris, 1950-1952; E. Agostini, *Droit comparé*, PUF, Paris, 1988; A. Hording, E. Örucü (eds), *Comparative law in the 21st Century*, Kluwer Academic Publishers, London, 2002; W. Menski, *Comparative Law in a Global Context*, 2ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2006. Señalo también obras de la generación sucesiva: en la doctrina italiana, especialmente, A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, 2ª ed., Utet, Torino, 2002; U. Mattei, P.G. Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padova, 1997; G. Ajani, *Fonti e modelli nel diritto dell'Europa orientale*, Università di Trento – Dipartimento di Scienze giuridiche, Trento, 1993; Id., *Il modello post-socialista*, 2ª ed., cit.; U. Mattei, *Il modello di common law*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2004; P.G. Monateri, *Il modello di civil law*, Giappichelli, Torino, 1997; M. Guadagni, *Il modello pluralista*, Giappichelli, Torino, 1996; G. Ajani, A. Serafino, M. Timoteo, *Diritto dell'Asia orientale*, Utet, Torino, 2007.

falta quien usa un lenguaje y conceptos de ciencias diversas de aquella jurídica –sociales o del hombre– para interpretar los fenómenos jurídicos<sup>6</sup>.

Hablaré de «control político» en términos jurídicos. Un politólogo tiene capacidad y título para estudiar (por ejemplo) la acción de los partidos como actividad de «control político», si lo considera oportuno, y si el uso de esta palabra en su ciencia se lo permite. El jurista puede tener en cuenta estas elaboraciones, pero se debe hacer cargo de lo que le corresponde, es decir estudiar la dimensión *jurídica* del control. Como no les es permitido (por el sentido común) estudiar el control sobre la eficacia de una medicina, y sus efectos colaterales, sus dosis, etc. (y deja esta tarea a médicos, químicos, biólogos), así no puede profundizar, con instrumentos que no son suyos, temáticas de pertinencia de otras disciplinas, ni mucho menos imponerse del lenguaje de ellos, que no le pertenece<sup>7</sup>.

## **2. «Control político»: los peligros de un enfoque comparativo.**

Hablar de «control político» desde una óptica interna de por sí no es simple. Los académicos nacionales (algunas veces inconscientemente) dudan (y escogen) entre dos perspectivas: partiendo desde textos normativos, y/o desde las prácticas “internas”, y sobre ellas construir categorías interpretativas de la realidad? O bien partir de los modelos y de las construcciones conceptuales, de las cuales son impregnados y en ellos enfocar el propio ordenamiento?<sup>8</sup>.

6. Como observaba U. Scarpelli, *Metodo giuridico*, voz de la *Enciclopedia Feltrinelli Fisher*, Diritto 2, a cargo de G. Crifò, Feltrinelli, Milano, 1972, pág. 431 (y en Id., *L'etica senza verità*, il Mulino, Bologna, 1982, pág. 201), «es frecuente y evidente en los estudios sobre el método jurídico orientados en sentido descriptivo, historiográfico y científico, una fuerte disposición a devaluar el mismo método jurídico, reencontrando las causas directas de las elecciones y posiciones de los operadores del derecho y de los jurídicos en factores sociales, económicos, psíquicos, etc. El método jurídico aparece, para muchos estudiosos de tales disposiciones, como un método para simular razones disimulando las razones reales. Se debe, sin embargo, denunciar los riesgos inherentes a esta tendencia».

7. He afrontado estas temáticas en *Diritto pubblico comparato e scienza politica: per una relazione egualitaria*, Premisa a G. Passarelli, *Monarchi elettivi? Dinamiche presidenziali in Francia e Portogallo*, B.U.P., Bologna, 2008, pág. 11 ss., y en un ensayo de próxima publicación titulado *Comparazione giuridica e uso “esterno” delle scienze diverse*.

8. Para una crítica al “platonismo” que revela este enfoque, v. G. Tusseau, *Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica – Contre les «modeles» de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*, B.U.P., Bologna, 2009. V. también Id., voz Modelli, en L. Pegoraro (dir.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, Carocci, Roma, 2009, pág. 182 ss., traducción al castellano en curso de publicación, Purrúa-U.N.A.M.-U.L.N.L., México, 2010. Vienen en mente

En los dos casos, los condicionamientos de la cultura jurídica a la que cada uno pertenece se notan. Es una consecuencia de las relaciones entre los diferentes “formantes”<sup>9</sup>. En la construcción de un ordenamiento nacional, el legislador (en sentido amplio)<sup>10</sup> es influenciado por las doctrinas. En la interpretación de su sistema normativo, el académico nacional, ya sea que se mueva del formante normativo estudiado o se mueva de las doctrinas que lo inspiraron, expresará por lo general –a menos que sea un mero cronista<sup>11</sup>– un juicio de coherencia entre el esquema o las medidas adoptadas por el legislador y los principios de las doctrinas de referencia.

*En general*, cuando habla de «control político», el constitucionalista francés, alemán, italiano, mexicano, etc. no podrá ignorar la teoría de la división de poderes y sus consecuencias; *además*, añadirá en el estudio las “sensibilidades” derivadas de las aplicaciones “nacionales”, de las diferentes evoluciones, realizadas a pesar de las bases constitucionales comunes.

A su vez, el constitucionalista británico se sentirá extraño a este *milieu*. En su casa jurídica, a parte de los problemas que atañen a las diferencias lingüísticas de los vocablos estudiados (que tomaremos en cuenta más adelante), el problema va encuadrado en diferentes marcos: no tiene nada que ver la división de los poderes, los pilares son la *rule of law* y la superioridad del Parlamento.<sup>12</sup>

respecto a esto aquellos que J. Locke habría denominado «modos mixtos», es decir que contienen «elementos no observables, creados arbitrariamente, criaturas del intelecto, entes sin una existencia fuera de la invención humana»: así U. Scarpelli, *Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico*, en P. Di Lucia (dir.), *Nomografia. Linguaggio e redazione delle leggi*, «Quaderni di filosofia analitica del diritto», núm. 10, Milano, Giuffrè, 1995, pág. 10.

9. La expresión «formantes del ordenamiento», tomada en préstamo de la fonética, ha sido utilizada por R. Sacco para indicar los distintos conjuntos de normas y proposiciones que, en el ámbito del ordenamiento, contribuyen a generar el orden jurídico del grupo. En los ordenamientos contemporáneos, los formantes principales son la ley, la doctrina y la jurisprudencia; es decir el conjunto de las disposiciones adoptadas por el legislativo; el conjunto de las opiniones expresadas por los doctores de la ley, el conjunto de las decisiones de los jueces: v. R. Sacco, *Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law*, en *American Journal of Comparative Law*, 1991, núm. 39, pág. 343 ss.; Id., *Introduzione al diritto comparato*, cit., pág. 43 ss., y ahora Id., voz *Formanti* en L. Pegoraro (dir.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, cit., pág. 140 ss.

10. Esto es inclusive de Asambleas u otros órganos constituyentes, legislador ordinario, poder reglamentario, etc.

11. Para una crítica a aquello a lo que yo llamo «neo-cronachismo» en la orientación de muchos estudios contemporáneos, reenvío a la premisa de mi escrito *Derecho Constitucional y Derecho público comparado: una convivencia more uxorio*, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 7, 2009, pág. 72 ss., en Actas del Congreso internacional “Tendencias Actuales del Constitucionalismo”, México D.F., 18, 19 y 20 de marzo 2009, en curso de publicación (trad. ingl., en un volumen a cargo de G. Gorjón, en curso de publicación, con el título *Constitutional Law and Comparative Public Law: a more uxorio Cohabitation*, Un. San Diego, Cal.).

12. Cfr. en este mismo volumen el ensayo de P. Leyland, *The Dead Hand of Dicey and the Genealogy of English Administrative Law*, siguiendo el pensamiento de Dicey y citando a P. Craig (1991) *Dicey: Unitary, Self-Correcting Democracy and Public Law*, en *106 Law Quarterly Review*, 1991, 105.

En los Estados Unidos, a los temas de Montesquieu se han mezclado y superpuesto otras doctrinas bien conocidas, que también influyen sobre el escenario de cada materia<sup>13</sup>, como influye la teoría del “excepcionalismo” del país<sup>14</sup>.

Cualquiera que sea su origen, el estudioso de derecho interno (aunque crea ser un comparatista)<sup>15</sup> dará del término analizado una explicación y una clasificación más o menos sensible –pero de todas maneras sensible– a aquello que se ha definido el «*primo noto*»<sup>16</sup>, o bien los significados particulares del derecho del grupo al que pertenece. Ineluctablemente, el objeto de su estudio será condicionado por cómo se ha desarrollado en su ordenamiento aquella “cosa” de la que él está convencido que se llame «control político», y que bautiza con este nombre<sup>17</sup>. Las conclusiones que puede alcanzar pueden ser muy diversas: si su formación es dogmática, tenderá a clasificar los institutos “de control” del sistema de pertenencia en conformidad con los presupuestos doctrinales en los que cree, más de cuanto pueda hacerlo un jurista cuya formación sea de tipo empírica-práctica.

Exactamente la influencia de doctrinas comunes pero de desarrollos diferenciados en macro-regiones culturales impide alcanzar un *idem sentire* y elaborar una defi-

13. V. por ejemplo S.M. Griffin, *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton, N.J., Princeton Un. Press, 1996.

14. Al respecto véase D. Ross, *The Origins of American Social Science*, Cambridge, Cambridge Un. Press, 1991.

15. Restos polémicos sobre los sobre los falsos comparatistas (es decir, quien piensa hacer derecho comparado estudiando –poco– derechos extranjeros por separado, o juntando trabajos extranjeros, o poniendo en los propios trabajos de derecho nacional alguna nota de derecho extranjero, o por ultimo añadiendo a un libro de derecho interno un breve apéndice sobre un derecho extranjero) se encuentran por ejemplo en mi obra *La utilización del derecho comparado por parte de las Cortes Constitucionales: un análisis comparado*, en *Revista General de Derecho Público Comparado – Comparative Public Law Review*, 2007, pág. 115 ss., en *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de Jurisprudencia*, núm. 7, 2007, pág. 729 ss. y en E. Ferrer Mac-Gregor, A. Zaldivar Lelo de Larrea (coords.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, Tomo II, *Tribunales constitucionales y Democracia*, México, UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional- Marcial Pons, 2008, pág. 433 ss.

16. Así G. Lombardi, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Giuffrè, Milano, 1986, pág. 29.

17. Conviene recordar que, cuando se trata de aproximarse a un Derecho extranjero, existe siempre el riesgo de transferirle las características del propio Derecho de origen. Sin embargo, el incremento de las investigaciones de Derecho comparado, además de un mejor conocimiento de la lengua, de los frecuentes contactos con otros estudiosos, de la aproximación de los sistemas jurídicos, de la difusión del constitucionalismo liberal, etc., actualmente conllevan, el riesgo de erróneas comprensiones de la realidad jurídica, aunque sea más atenuado que en el pasado, cuando el recelo a las experiencias extranjeras era mayor, por lo menos en los ordenamientos liberales-democráticos (mientras que viceversa las pretensiones universalizadoras que acompañan a la globalización alimentan a veces la resistencia a comprender las estructuras jurídicas ajenas).

nición compartida incluso entre los académicos nacionales de un mismo e idéntico ordenamiento. A su vez, la relación entre los formantes contribuye a complicar el juego al infinito, con influencias recíprocas de nuevas elaboraciones doctrinales y de nuevas soluciones normativas y jurisprudenciales, que se influyen la una con la otra<sup>18</sup>.

Por otro lado, el pluralismo de definición y clasificación –dentro de cada ordenamiento– es dilatado de la pluralidad de los enfoques utilizados: el relieve dado a ciencias no jurídicas en la definición y en la clasificación, la predilección por enfoques estructurales o funcionales, la consideración por el dato normativo textual o por la acción práctica...

Al menos en el caso de los juristas de formación *civilian* (por los anglosajones el problema es más complejo)<sup>19</sup>, el razonamiento puede desarrollarse según el esquema siguiente: a) establecer qué significa la palabra que designa el objeto (qué significa «control político»); a1) relativamente a su ordenamiento; a2) en las elaboraciones doctrinales casi siempre comunes también a otros ordenamientos; b) analizar los instrumentos, institutos, poderes, funciones, actividades, etc. que en cualquier medida parecen tener relevancia con el objeto de estudio; c) establecer qué es lo que está adentro y que es lo que está fuera del “control”; d) clasificar lo que se encuentra dentro de este; e) eventualmente reclasificar y redefinir lo que se queda fuera; f) eventualmente proponer una re-definición del contenido de la palabra.

No hay nada que sorprenderse, entonces, que, más allá de una vaga percepción común de lo que se entiende por “control político”, y de lo que los académicos del mismo País atribuyan al mismo instituto, a la categoría de control, a la legislación o a la dirección (donde exista esta distinción)<sup>20</sup>; y luego a la categoría del control

18. Un ejemplo entre muchos es el secular *droit d'interpellation* en el derecho constitucional francés, brutalmente excluido de los instrumentos “de control” (con avalo del *Conseil Constitutionnel*) de la Constitución de la Quinta República, elección con la cual (entonces traumática) se ven obligados a hacer las cuentas también los estudiosos en sus investigaciones sobre los instrumentos de control. Referencias bibliográficas en mi obra *Il Governo in Parlamento. L'esperienza della Va Repubblica francese*, Cedam, Padova, 1983, págs. 21 ss., 58 s.

19. ... dada la formación cultural diferente, respecto a aquellos continentales, como bien se explica por ejemplo R.C. Van Caenegem, *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987, trad. it., *I signori del diritto, giudici, legislatori e professori nella storia europea*, Giuffrè, Milano, 1991.

20. Para todos (la bibliografía es vastísima), T. Martines, voz *Indirizzo politico*, en *Enciclopedia del diritto*, XXI, Giuffrè, Milano, 1971, págs. 134 ss. En la doctrina italiana se distingue también entre control y sindicato de inspección: sintéticas definiciones de «control» y de «función de inspección» en M. Mazziotti di Celso, V. Di Ciolo, voz *Parlamento*, en *Enc. dir.*, XXXI, Giuffrè, Milano, 1981, págs. 799 ss., 807 ss. En particular, sobre las diversas concepciones, v. entre los tantos: S. Galeotti, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1963; G. Amato, *L'ispezione politica del Parlamento*, Giuffrè, Milano, 1968; A. Manzella, *Osservazioni sui controlli parlamentari*, en *Studi per*

político y a aquella del control jurisdiccional; etc.

No obstante el “patrimonio cultural común” a académicos (y a sistemas jurídicos)<sup>21</sup> del mundo occidental, existen por lo tanto sensibles diferencias de impostación (y entonces también de definición y de clasificación de «control político»): a) dentro de cada ordenamiento; b), con mayor razón, entre estudiosos continentales europeos, británicos y estadounidenses<sup>22</sup>.

Encontrar una definición común del lema en cuestión, transversal a estas diferentes culturas, es problemático. Aún más lo es si se quiere aplicar la conceptología del «control político» a ordenamientos que forman parte de climas aún más lejanos, que no conocen la división de los poderes, la superioridad del Parlamento y la *rule of law*, o en definitiva el constitucionalismo.

Si se quiere razonar del «control político» en clave macro<sup>23</sup>, se debe afrontar

*il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, IV, Vallecchi, Firenze, 1969 págs. 335 ss.; Id., *I controlli parlamentari*, Giuffrè, Milano, 1970; Id., *Il Parlamento*, 2ª ed., il Mulino, Bologna, 1991, págs. 135 ss.; Id., *La funzione di controllo*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, Anuario 2000. Il Parlamento, Cedam, Padova, 2001, págs. 213 ss.; C. Chimenti, *Il controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1974; S. Sicardi, voz *Controllo e indirizzo parlamentare*, en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IV, Utet, Torino, 1989, págs. 128 ss. Recientemente, y de forma sintética, S. Ragone, voz *Controllo parlamentare*, en L. Pegoraro (dir.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, cit., págs. 55 s. En el Derecho mexicano, véase especialmente D. Valadés, *El control del poder*, México, UNAM, 1998.

21. Uso aquí el término en sentido amplio y a-técnico, para no usar el término «familia». Normalmente, con «sistema jurídico» se entiende el conjunto de las normas de derecho aplicables a los sujetos de un cierto grupo social que, generalmente pero no necesariamente, es organizado en forma de Estado. Los sistemas jurídicos son a su vez reagrupables en *familias jurídicas*, sobre la base de profundos lazos que históricamente existen entre los mismos y que se manifiestan a través de estructuras jurídicas comunes. Se puede pensar en los sistemas reconducibles a la familia de *civil law* (que tiene origen en la cepa romano-alemana) y a aquella de *common law* (que a diferencia tiene sus raíces en la historia del derecho inglés). V. en punto, para las referencias, L. Pegoraro, A. Rinella, *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Cedam, Padova, 2007, págs. 35 ss.; Id., *Introduzione al Derecho Publico Comparado*, UNAM, Ciudad de México, 2006, págs. 47 ss., y Palestra, Lima, 2006, págs. 51 ss. Además, sintéticamente, R. Orrù, voz *Famiglie giuridiche*, en L. Pegoraro (dir.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, cit., págs. 120 ss.

22. Baste pensar en los escritos incluidos en G.J. Enríquez; J.L. Prado, M. Núñez Torres (dirs.), *El control político en el Derecho comparado*, cit., y al diferente planteamiento dado respectivamente por R. Blanco Valdés, M. Carducci, M. Hartwig, P. Leyland, P. Torres Estrada, G. Tusseau.

23. Uso aquí la palabra, dado el contexto, con acepción en parte diferente a la utilizada por Rehinstein y ya por Wigmore, para referirse al análisis de dos o más ordenamientos jurídicos (mientras la microcomparación estudia instituciones o instrumentos jurídicos inherentes a dos o más ordenamientos). V. R. Scarciglia, voz *Macrocomparazione/microcomparazione*, en L. Pegoraro (dir.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, cit., pág. 177, y ya Id., *Introduzione al diritto pubblico comparato*, il Mulino, Bologna 2006. Me refiero aquí, con enfoque “macro”, a un estudio (también de los institutos individuales o instrumentos jurídicos), ampliado a áreas (familia, sistemas...) homogéneas.

preliminarmente el problema teórico de las traducciones: en nuestro caso, cómo puede uno preguntarse cuáles son, por ejemplo en un ordenamiento del socialismo real o en un Estado teocrático, los instrumentos de «control político», si primero no se ha decidido lo que significan tales palabras; para definir las, debemos preguntarnos también si estas tienen sentido prescindiendo de la aceptación de ciertos presupuestos teóricos (precisamente, la división de los poderes etc.)

La cuestión es antigua, y marca con su carga perturbadora los estudios comparados<sup>24</sup>. Se pueden ver por ejemplo las traducciones de «Estado democrático de derecho» o de «rule of law», y viceversa de «legalidad socialista» o de «*Prokuratura*», etc.<sup>25</sup>. Atraviesa de manera impetuosa también la comparación entre *common law* y *civil law*<sup>26</sup>, imagínense la comparación con familias y ordenamientos diferentes de aquellos que radican en occidente<sup>27</sup>. Regresaré a ellos más adelante<sup>28</sup>, sólo anticipando la idea de una tendencial traducibilidad de las expresiones, por lo menos debido a razones prácticas relacionadas a la exigencia de entender y comunicar<sup>29</sup>.

24. Para R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 1992, pág. 28, el tema de las traducciones jurídicas representa «uno de los mayores problemas de la comparación». (Sobre la distinción entre problemas de traducción derivados del derecho y problemas de traducción derivados de la lengua v. *ibidem*, págs. 30 ss.)

25. Nótese que dos términos han sido traducidos, dos no. Sobre la dificultad de las traducciones, R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, cit., spec. págs. 30 ss. Las dificultades dependen también de (y aumentan a causa de) el modo de escritura. Por ejemplo M. Timoteo, *Profili linguistici del diritto cinese*, ponencia al Congreso de la Asociación italiana de Derecho comparado, Urbino, 18-20 junio 2009, en imprenta, recordó que, cuando se reformó en 1999, la Constitución china modificó la disposición por la cual el ordenamiento es sujeto al «sistema legal socialista» con otra, por lo cual es superpuesta al «*rule of law*». Los dos términos se pronuncian en el mismo modo, pero los radicales que componen los respectivos ideogramas son diversos, el primero representando el cuchillo, el segundo el agua. (V. También de la misma Autora la voz Cina, en *Digesto delle discipline privatistiche*, agg., Utet, Torino, 2009.)

26. El ejemplo clásico de los privatistas es la palabra inglesa «*tort*», que no tiene correspondientes satisfactorios en las lenguas (y en los sistemas) donde se practica el *civil law*.

27. Uso el término no en un sentido geográfico sino cultural. Para profundizar en las interrelaciones entre acepción geográfica y acepción cultural de «occidente» (pero también de «oriente») se puede consultar mi ensayo introductorio a «*Municipi d'oriente: una macro-comparazione per differenze*», en H. Kudo, G. Ladu, L. Pegoraro (coords.), *Municipi d'oriente. Il governo locale in Europa orientale, Asia, Australia*, Donzelli, Roma, 2008, págs. 8 ss., y en general sobre las relaciones entre geografía y derecho en la comparación, otro escrito mío, *La codificazione dei diritti: dal formante culturale a quello normativo. Metodologia e linee per una ricerca*, en G. Cimbalo, F. Botti (coords.), *Libertà di coscienza e diversità di appartenenza religiosa nell'Est Europa*, B.U.P., Bologna, 2008, págs. 35 ss., o en castellano véase *Metodología y modelos por una investigación sobre derechos fundamentales (con especial referencia a las transacciones constitucionales)*, en Aa.Vv., *Ponencias Desarrolladas del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Adrus, Arequipa, 2008, págs. 3 ss.

28. *Infra*, § 4.

29. Sobre la tendencial traducibilidad, y la exigencia de un esfuerzo para traducir, v. M. Manfredi, voz *Traduzione giuridica*, en L. Pegoraro (dir.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, cit., pág. 268. Como observa



### 3. *Significante y significado (de las palabras a los contenidos y viceversa)*

Para tener en cuenta la latitud increíble de los contenidos de lo que es llamado «control político»<sup>30</sup>, incluso dentro de los sistemas culturales, jurídicos y lingüísticos en parte homogéneos, puede ser útil enlistar los institutos, actividades, funciones, procedimientos, órganos relacionados con el “control político”, identificados por algunos académicos que se han ocupado del tema<sup>31</sup>.

A pesar de las sub-divisiones y las especificaciones puntualmente propuestas por los diferentes autores, y todas las distinciones operadas por ellos, se refieren al control político (en sentido amplio), o por lo menos al discurso sobre control político<sup>32</sup>:

a) desde el punto de vista del sujeto ejercitante: los controles del legislativo sobre el ejecutivo, aquellos del legislativo sobre el ejecutivo, algunos controles ejercidos por órganos neutrales (magistratura, tribunales constitucionales, *Ombudsman* y otros), el control del cuerpo electoral en sede de elecciones y de ejercicio de otras tareas (referéndum, plebiscito, revocación); el control ejercitado por la “periferia” sobre el “centro”, y viceversa; los controles informales del cuerpo social sobre los órganos institucionales o sobre algunos de ellos; los controles ejercitados por órganos, y aquellos de sujetos específicos que son miembros de órganos;

la autora, «En el mundo occidental [...], la estrategia de traducción perseguida ha sido durante siglos caracterizada por la literalidad, entonces una reproducción conformista, palabra por palabra, del texto de partida, sin tener en cuenta tampoco las diversidades estructurales de la lengua de llegada, ni de su claridad o eficacia. Solo a finales del 800 y en el 900 [...], se ha asistido a un cambio de perspectiva y a un gradual alejamiento de la traducción literal hacia una ilustración del contenido semántico consciente de las exigencias del receptor, con el objetivo de conseguir una identidad de contenidos, efectos y intentos [...] Se ha avanzado entonces en la exigencia, al menos para la traducción de algunas tipologías textuales en el ámbito del derecho, de una llamada “equivalencia jurídica”, es decir un criterio que admite un cierto grado de adaptación del texto de partida, si es funcional a la finalidad (*skopos*) por lo cual lo que está traducido será utilizado dentro de la cultura de llegada, aunque siempre teniendo en cuenta una adecuada “concordancia intralingüística”» (ivi, págs. 267 ss.).

30. ... relevado también en el *Prólogo* de Á. Figueruelo a G.J. Enríquez; J.L. Prado, M. Núñez Torres (dirs.), *El control político en el Derecho comparado*, cit.

31. Para componer la lista, me he limitado a las indicaciones sugeridas en G.J. Enríquez; J.L. Prado, M. Núñez Torres (dirs.), *El control político en el Derecho comparado*, cit.; también se podrían añadir otros ejemplos: en la doctrina italiana, algunas veces se hace referencia al control ejercido por el Tribunal de cuentas, como a la autorización a la firma de los decretos-ley, etc.

32. En las siguientes líneas, usaré la palabra «control» conforme al uso que hacen varios autores de la misma, sin, por supuesto, cuestionar si se trata, o menos, de control en el sentido comparado que será aclarado sólo al § 7.

b) desde el punto de vista del sujeto controlado: de nuevo, los controles sobre el ejecutivo por parte del legislativo, y aquellos sobre el legislativo de parte del ejecutivo; los controles (o algunos de ellos) sobre nombramientos del poder judicial o de los miembros de los Tribunales constitucionales; el control de los jueces (o de los Tribunales constitucionales) sobre órganos institucionales, cualesquiera que sean;

c) desde el punto de vista temporal, tanto controles preventivos como sucesivos y contemporáneos;

d) desde el punto de vista de la relación con la función o la actividad, controles sobre leyes, actos de dirección política, actividad de adquisición de conocimientos e informaciones;

e) desde el punto de vista de la materia controlada, los procedimientos relativos al presupuesto, la política exterior, la defensa, varios tipos de nombramientos, etc., hasta a las materias objeto de legislación (es decir todo o casi todo);

f) desde el punto de vista de los efectos, controles que comportan una sanción (la que sea, y cualquiera que sea el sentido que se atribuye a esta palabra)<sup>33</sup> y controles que no prevén ninguna consecuencia de este tipo.

En particular, se consideran a veces «control político», en una construcción de círculos concéntricos, de acuerdo al sentido más o menos amplio de la palabra:

a) varias formas de control “social”, como aquello de los medios de comunicación sobre el “poder”, o los ciudadanos en sede del ejercicio de determinados poderes (como la reunión o manifestación);

b) las mismas elecciones, como una manera de sancionar a los titulares del Gobierno y/o a la mayoría, y los instrumentos de democracia directa;

c) la actividad de los entes descentralizados, y viceversa aquella del centro respecto de las autonomías territoriales, como mecanismo de equilibrio del poder entre centro y periferia, la actividad de los tribunales constitucionales y los tribunales en general;

33. Para profundizar, se reenvía al ensayo de M. Carducci, *El control político en el derecho italiano y comparado*, en G.J. Enríquez; J.L. Prado, M. Núñez Torres (dirs.), *El control político en el Derecho comparado*, cit, § 1, y ya Id., *Controllo parlamentare e teorie costituzionali*, Cedam, Padova, 1996, *passim*.

d) los actos que vinculan al legislativo con el ejecutivo: nombramiento, confianza, censura (o desconfianza) del Gobierno; otros actos de dirección (ejemplo: la aprobación del presupuesto);

e) actos que pertenecen a la legislación, como los controles sobre la iniciativa legislativa, la promulgación, los mismos debates parlamentarios;

f) instrumentos técnicos específicos, como el control contable sobre el presupuesto, interrogaciones, interpelaciones, investigaciones parlamentarias, el control de los nombramientos de los funcionarios, la actividad del *Ombusman*, etc.

Si se acepta la noción de «control político» en su sentido más amplio, como la suma simple de lo que los diferentes académicos nacionales (occidentales) eligen uno por uno, deberíamos concluir drásticamente que «control político» = «derecho constitucional». Todo el derecho constitucional, es decir, otro no sería que un generalizado ejercicio de control recíproco (excepto, quizás, el poder constituyente)<sup>34</sup>.

Me parece que una solución de este tipo hace inútil cualquier delimitación léxica de «control político». La división de los poderes (*y, a latere, el rule of law*) son los fundamentos para el ejercicio del control (al menos como se entiende en occidente); si se identifica el control con la división de los poderes (o con el *rule of law*), se elimina cada autonomía de significado a las palabras en cuestión, y se mistifica la misma idea que (al menos en el caso de la división de los poderes) presupone actividades distintas y recíprocamente equilibradas (en el sentido, obviamente sofisticado, que: si «control» = «división de los poderes», y si entonces toda la división de los poderes es control, existe un solo poder, que se identifica en el control)<sup>35</sup>.

Este discurso naturalmente tiene sentido si se pretende dar un significado de «control político» *ideológico*, o sea conformado a las categorías del constitucionalismo occidental (o del constitucionalismo *tout-court*, si utilizamos el significado corriente de esta palabra)<sup>36</sup>. Ideológico, digo, porque en este modo se niega que puedan existir

34. Remitirse también a R. Guastini, *Garantismo e dottrina pura a confronto*, cit.

35. Para el *rule of law*, que presupone al menos una confusión parcial de los poderes, el discurso es al menos diferente en parte de aquel de los ordenamientos continentales, ni se puede profundizar en esta sede. (Remito a la síntesis que al respecto da P. Leyland, voz *Rule of law*, en L. Pegoraro (dir.), *Glossario di diritto pubblico comparato*, cit., págs. 230 ss., además que naturalmente al ensayo cit. supra, a la nota 12, y en otras obras suyas, como *Introduzione al diritto costituzionale del Regno Unito*, Giappichelli, Torino, 2005, págs. 27 ss.)

36. ... así como ilustrado en el ensayo de R. Blanco Valdés, *Las relaciones Gobierno-Parlamento en España: entre el parlamentarismo y la presidencialización*, supra, en G.J. Enríquez; J.L. Prado, M.

otros significados de «control político», que prescinden de los presupuestos jurídicos-culturales, exactamente porque la consecuencia vendría incorporada en la premisa. Y, agrego, contradictorio, porque si se incorporan en el control político también elementos como aquellos enumerados en a), b) o c) de la segunda lista apenas mencionada (e incluso otros elementos), también familias, sistemas y ordenamientos no liberal-democráticos tienen formas de control político (en el sentido “occidental”)<sup>37</sup>.

De las reflexiones llevadas a cabo se originan dos exigencias.

La primera es aceptar, en el discurso sobre el control, la exigencia de especificaciones y sub-particiones, dirigidas en cada área (y en relación con cada familia, sistema u ordenamiento) a atender las necesidades del destinatario. Esto implica que las clasificaciones y las definiciones se hacen en el respeto a las identidades individuales; se les atribuya un significado (empíricamente) relativo (o bien, limitado al contexto en el cual se utilizan); se renuncie a clasificar y a definir, cuando no se cumplen las características básicas de las clasificaciones (y de las relativas cualificaciones): *exclusividad recíproca y conjunta exhaustividad (además que pertinencia)*<sup>38</sup>.

La segunda es verificar el uso de las palabras en cuestión también en clave (macro) comparativa: buscar una especie de mínimo común denominador que consienta de utilizarlas en las diferentes lenguas (y culturas jurídicas) de cada uno (aunque con las diferencias que estas implican), sin equivocar –teniendo en cuen-

Núñez Torres (dirs.), *El control político en el Derecho comparado*, cit., o en otras famosas obras suyas, como *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de las leyes y control de constitucionalidad*, nueva ed., Alianza ed., Madrid, 2006, o sintéticamente en la voz *Costituzionalismo*, en el *Glossario di Diritto pubblico comparato*, cit., págs. 61 ss.

37. La misma revolución, en esta prospectiva, representaría un ejercicio de control político.

38. Cfr. (además de M. Troper, *Les classifications en droit constitutionnel*, en *Revue de Droit public et de la Science politique*, 1989), G. Tusseau, voz *Classificazioni*, en L. Pegoraro (dir.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, cit., págs. 41 ss. Sobre la relación entre clasificaciones y nomen de las clases, L. Pegoraro, *Forme di governo, definizioni, classificazioni*, en L. Pegoraro, A. Rinella (coords.), *Semipresidenzialismi*, Padova, Cedam, 1997, págs. 3 ss. Sé muy bien que, mientras más simplificada, la clasificación será mas imprecisa, en cuanto comprende objetos con características diversas (ejemplo: «monarquía-república»; «Estados democráticos-Estados autoritarios», etc.). Del otro lado en una escala clasificatoria ideal, se encuentran definiciones tan específicas que resulta inútil el mismo intento clasificatorio, ya que la finalidad de las clasificaciones es estropeada. Otro defecto que presentan las clasificaciones excesivamente divididas consiste en la dificultad de designar las varias clases y subclases con cualificaciones de fácil uso. Un problema similar se presenta al traductor, cada vez que un vocablo no puede ser traducido en otra lengua de forma sintética: U. Eco, *La ricerca della lingua perfetta*, Laterza, Roma-Bari, 2006, pág. 376, señala el ejemplo del término inglés «*to skip*», «que se transforma en “saltar”, “balancear” y no expresa un movimiento en el cual se salta dos veces sobre una pierna y dos veces sobre la otra».

ta los aspectos semióticos, pragmáticos y hermenéuticos, de los textos y de los contextos lingüísticos y extra-lingüísticos— el resultado consciente del contenido de las solicitudes de los beneficiarios<sup>39</sup>.

Las exigencias están estrechamente conectadas, debido a que el registro de los usos depende de las sub-divisiones operadas y de las adscripciones de significados relativos a las clasificaciones; mientras la misma posibilidad de clasificar depende de un previo registro de los usos lingüísticos.

A tal fin, para decir las cosas con palabras simples, podremos partir de una idea innata de «control político», de la que poseemos por intuición la esencia, y analizar qué es lo que cabe dentro de ella en varios significados comparados (macro-mundial, macro-occidental, macro-de *civil law*, etc.). Aquellas que corresponden a nuestra “idea” son «control político», aquellas que no corresponden, no lo son. Muy frecuentemente, es exactamente esta la vía elegida por los juristas “nacionales” y por aquellos “ideológicos”, que cristalizan, como si fueran inmutables y eternas, sus visiones particulares de un “ente”<sup>40</sup>, a menudo recargando connotativamente las palabras de significados “positivos”<sup>41</sup>.

Podríamos también hacer la ruta inversa: con exasperado empirismo, partir de todos los fenómenos jurídicos (de nuevo, si se cree, distinguiendo el área jurídica-cultural de investigación, y con el problema de entender qué es “jurídico” y qué

39. V. de nuevo M. Manfredi, voz *Traduzione giuridica*, cit., pág. 268.

40. Los ejemplos más significativos se registran en el estudio de los derechos, cuyos adjetivos («fundamentales», «humanos», etc.) conllevan una carga fuerte de carácter absoluto: «La palabra “derecho” —escribe U. Scarpelli. *Diritti positivi, diritti umani: un’analisi semiotica*, en S. Caprioli, F. Treggiari (a cargo de), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Pliniana, Perugia, 1992, pág. 40— «se ha cargado en la historia de la cultura de una fuerza emotiva favorable e intensa, hasta construir un instrumento retórico de notable eficacia. Es mucho más inquietante y persuasivo [...] exigir una cosa como derecho propio, respecto de hacer de ello el objeto de una invocación o plegaria confiada a la buena voluntad del destinatario». V. por ejemplo, sobre el uso no correcto de la categoría de los “derechos fundamentales”, L. Pegoraro, J. Delgado Gaitán *Derechos «fundamentales»: consideraciones sobre la elaboración del concepto y su implicación positivista en el contexto del constitucionalismo contemporáneo*, en *Revista Derecho del Estado*, 2001, núm. 10, págs. 41 ss., en *Revista jurídica del Perú*, 2001, núm. 26, p’gas. 1 ss. y en L. Pegoraro, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, Porrúa, Ciudad de México, 2006, págs. 289 ss.; trad. en port. *Os direitos “fundamentais”: considerações sobre a elaboração do conceito e sua implicação positiva no contexto do constitucionalismo contemporâneo*, en A. de Almeida Filho (coord.), *Estado de direito e direitos fundamentais. Homenagem ao Jurista Mario Moacyr Porto*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 443 ss.

41. En el debate parlamentario (pero también científico) italiano, un ejemplo es representado por la palabra «federalismo»: remito al análisis y a las observaciones realizadas (además de otros) en *Il diritto comparato nel dibattito sulle proposte di riforma costituzionale in materia di decentramento territoriale*, en *Il diritto della regione*, núm. 5-6, 2007, págs. 59 ss.

no lo es), buscando encontrar los elementos comunes por clasificar, y denominar algunos elementos que se repiten (actos de) “control político”. Por fortuna, nadie es tan ingenuo para proceder de este modo; y no lo es, porque el lenguaje no puede buscar al infinito las definiciones, pero si vale de aquellas de las que aquí llamo así, simplificando: nociones (y reglas) comunes y aceptadas<sup>42</sup>.

De lo que significa en la lengua de pertenencia «control político» (tal y como otros términos), todos tenemos al menos, una percepción, y la tarea del jurista-comparatista, es precisamente la verificación de los usos anteriores, la crítica de ellos, la propuesta de nuevas soluciones definitorias y clasificatorias...

El comparatista debe sin embargo, estar bien atento a quien sea el receptor-usuario: puede ser quien lee en la misma lengua, o pertenece a la misma familia lingüística, o ser de una lengua totalmente diferente; aún, e incluso más importante, se debe considerar, mas allá de la lengua (o junto a ella), la cultura o las culturas implicadas; debe tener en cuenta que los usos lingüísticos representan –en nuestro campo– variables también de elecciones normativas, de desarrollos jurisprudenciales, de prácticas diferenciadas (además de meta-lenguajes de las doctrinas)<sup>43</sup>. Registrar los usos lingüísticos, en el derecho comparado, no es una tarea comparable a la que desempeñan los juristas internos.

#### **4. «Control político»: descomposición de significados**

A pesar de la dificultad apenas denunciada (la dificultad de proceder a clasificar y sub-clasificar antes de haber registrado los usos lingüísticos, con el fin de definir), para poder registrar los usos lingüísticos de «control político» hay que

42. Para profundizar v. de nuevo U. Scarpelli, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, cit., y *Id.*, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, cit., mult. loc.

43. El comparatista puede registrar los usos lingüísticos utilizando de vez en cuando los varios formantes implicados, en unión entre ellos, o circunscribiendo el análisis a algunos. (En el caso de este ensayo, prevalece aunque no es exclusivo el doctrinal; en el pasado me he valido exclusivamente del formante doctrinal, por ejemplo, en *Centralité et déclin du Parlement*, en *Pouvoirs*, núm. 103, 2002, págs. 105 ss. Entre las investigaciones basadas en el formante normativo, remito por ejemplo a mi trabajo *Il sistema delle fonti giuridiche nelle Costituzioni dell'Est europeo*, en *pre-prints* del 17th IVR World Congress, *Challenges to Law at the End of the 20th Century*, en *European Journal of Law, Philosophy and the Computer Science*, 1995, núm. 4, vol. IV, págs. 233 ss., y en *Quaderni costituzionali*, 1995, n.úm 1, págs. 111 ss., o a L. Pegoraro, S. Baldin, *Costituzioni e qualificazioni degli ordinamenti (Profili comparatistici)*, en L. Mezzetti-V. Piergigli (coords.), *Presidenzialismi, semipresidenzialismi, parlamentarismi: modelli comparati e riforme istituzionali in Italia*, Atti del Convegno di Udine, 5 marzo 1997, Giappichelli, Torino, 1997, págs. 1 ss. y en *Diritto e società*, 1997, núm. 1, págs. 117 ss.)

empezar necesariamente por aquellas “nociones primordiales” de «control», que quien escribe en una lengua y vive en una determinada cultura tiene (sabiendo que no corresponden necesariamente a aquellas de otra lengua y cultura). Y esto porque lo que pide el beneficiario es “entender a los demás”.

La primera descomposición es importante. Estamos hablando de «control político» como si se tratara de una entidad lingüísticamente inseparable. En efectos se trata de dos palabras: «control» y «político».

El caso es diferente (por ejemplo) de la «moción de censura parlamentaria». En el lenguaje especializado del derecho constitucional (local, i.e. occidental, salvo las diferencias lingüísticas), la «censura» en sí indica la «moción de censura» votada por los parlamentarios; otros significados no existen (mientras la palabra «censura» circula en el lenguaje común). Viceversa, en derecho y en derecho constitucional existen tantos tipos de control, a pesar del área jurídica-cultural analizada. De cualquier modo (salvo quizás en ordenamientos “primitivos”<sup>44</sup>, o de clan, etc.) existen en derecho, por ejemplo, controles «técnicos», no «políticos», al lado de otros tipos de control<sup>45</sup>. Sobre todo, en *civil law*, se define el control «político» en contraposición a aquello «jurisdiccional», también donde los eventos históricos e institucionales han llevado a hibridaciones relevantes, sea a nivel político que doctrinal, como en Francia<sup>46</sup>. Tal distinción es mucho menos relevante en los ordenamientos de *common law* (más que los Estados Unidos<sup>47</sup>, el Reino Unido, donde preferiblemente se insiste sobre otros elementos)<sup>48</sup>.

44. Término usado sin alguna connotación negativa, en el sentido habitual en antropología o en estudios de derecho comparado general.

45. También en un ordenamiento teocrático como es Irán, o comunista como la República popular de Corea, por ejemplo, seguramente son previstos, según reglas “jurídicas” con contenido “técnico”, controles sobre las características técnicas de las centrales nucleares en construcción.

46. Me refiero en particular al control de constitucionalidad, acerca del cual me remito al ensayo de G. Tusseau, *El control político de constitucionalidad en Francia*, en G.J. Enríquez, J.L. Prado, M. Núñez Torres (dirs.), *El control político en el Derecho comparado*, cit., y al ya cit. Id., *Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica – Contre les «modeles» de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*. Más bibliografía en mis trabajos *La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 22 ss. y *Giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino, 2007, págs. 14 ss. Las dificultades frecuentemente encontradas por la doctrina en definir qué es «jurisdicción» (especialmente respecto a la administración) a veces hacen poco clara la bipartición también en otros lugares, especialmente en otras actividades.

47. ... donde la doctrina de las *political questions* ha consentido limitar la actividad de los tribunales a los «cases or controversies», desde *Marbury v. Madison*, y luego poco a poco, entre las más relevantes sentencias, *Luther v. Borden*, 7 How (48 US) 1 (1849), *Pacific States Tel. & Tel. Co. v. Oregon*, 223 US 118 (1912), *Coleman v. Miller*, 307 US 433 (1939), *Colegrove v. Green*, 328 US 549 (1946), *Poe v. Ullmann*, 367 US 497 (1961), *Baker v. Carr*, 369 US 186 (1962), *Gilligan v. Morgan*, 413 US 1, 10 (1973).

48. V. *supra* el ensayo de P. Leyland.

En el definir el «control político», debemos tener en cuenta que: a) en óptica macro (mundial), estos no agotan la tipología de los controles jurídicos, porque al menos existe la clase de los controles técnicos; b) en investigaciones macro más reducidas, el significado puede ser limitado por la existencia de controles definidos «jurisdiccionales». El significado será más amplio donde (1) el modo de hacer derecho no sea anclado a la división de los poderes y exista confusión entre ellos (el que, paradójicamente y en medida diversa, se encuentra en ordenamientos socialistas, autocráticos, teocráticos, pero aunque con tratos peculiares en el Reino Unido)<sup>49</sup>; será más estrecho donde (2) existe el principio de separación de poderes, declinado en las varias formas de gobierno parlamentaria, presidencial, semi-presidencial y directorial.

Más compleja es la cuestión si el control social es absorbido o resta distinto de aquello político. También en este caso, es necesario analizar preliminarmente si, y donde, en el lenguaje jurídico, las palabras «social» y «político» tengan diferentes significados.

Ninguna ayuda llega de los formantes legislativo y jurisprudencial, por lo menos puesto que, si el derecho disciplinara los controles sociales, cualquiera que fuera, los convertiría por lo mismo en controles jurídicos. El derecho se limita a asegurar, donde lo hace, que la sociedad pueda expresarse, por ejemplo, con el pluralismo de la información, o con el derecho de reunirse, manifestar, protestar. Cualquiera que sea la extensión de tal protección, poco importa, porque formas de control social existen independientemente de su alcance e incluso su legalidad.

La distinción es por el contrario perceptible a nivel científico. No obstante doctrinas que tienden a reducir el Estado a la sociedad (Estado socialista, Estado totalitario)<sup>50</sup>, y no pocas áreas de superposición, en todas partes (por la evolución capilar y la difusión de las ciencias sociales y políticas y del uso de lenguajes comunes), la dimensión de lo social se mantiene separada de las actividades que se convierten en la política (y después en el derecho). En definitiva, me parece que el elemento distintivo sea precisamente, de todas formas, el carácter jurídico, que existe en el control político (como la palabra es utilizada por los juristas, obviamente), y carece en el control social.

49. En el cual se razona de «control parlamentario», pero no es usada habitualmente la locución «control político». Diversamente se ha desarrollado la evolución en las ex colonias, sobre todo después de la adopción de Constituciones escritas.

50. Véanse sintéticamente las voces de M. Ganino, *Diritto socialista*, y de M. Gobbo, *Stato totalitario*, en L. Pegoraro (dir.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, cit., respectivamente págs. 108 ss. y 258 s.



Podremos entonces, en una investigación “macro” sobre control político, observar que en algunos ordenamientos el control social está formalizado en instrumentos más eficaces e incisivos y numerosos con respecto a los otros ordenamientos; la dimensión del ejercicio no cambia nada respecto a las exigencias clasificatorias y de denominación. Así, la eficacia del “control” de la prensa sobre la política (y su mayor influencia, en consecuencia) en los Estados Unidos respecto de Corea del Norte o Italia<sup>51</sup> no convierte un tipo de control “social”, que sigue siendo pre-jurídico, en un control “político”. El control social sigue anclado a la ética, a las culturas, a la mentalidad, a las historias (al plural) de cada ordenamiento o área. Por lo general representa un elemento determinante para verificar la división entre los formantes, cada vez que el legislador (o los jueces) no lo tengan en cuenta. (Por ejemplo, en ciertas sociedades el aborto –jurídicamente legal– continúa siendo objeto de control y crítica social.) Así influye también sobre las actitudes de los gobernantes. (Por ejemplo, un Presidente estadounidense puede ser obligado a dimitir si miente, mientras que el jefe del gobierno italiano puede mentir descaradamente, reiteradamente e impunemente). Precisamente, eso influye en el derecho pero no lo es<sup>52</sup>.

A este punto, las únicas distinciones a valencia general que he encontrado son que, en el lenguaje del derecho constitucional comparado, el control político no comprende los controles técnicos (aunque sean jurídicos), ni el control social (porque es pre-jurídico). Limitadamente a los ordenamientos que prevén la división de poderes, he agregado entre otras cosas que la noción no absorbe los controles jurisdiccionales.

Dicho lo que el control político no es, al menos en el lenguaje del derecho comparado, ahora hay que buscar los elementos que concurren a determinar –al menos a grandes rasgos– lo que es. También en este caso se puede proceder por exclusión, más que por inclusión; y de nuevo es necesario tener en cuenta muchas variables, que tienen que ver con muchos elementos.

Me parece del todo indiferente a una definición macro (que prescinda de la

51. ... donde –como todos saben– la situación de la información (especialmente aquella televisiva), es anormal, dado que el jefe del gobierno, además de poseer casi el monopolio de las televisiones privadas, controla mediante su mayoría parlamentaria también la pública, hasta el punto que, en cuanto a libertad de información, Italia se sitúa, según los organismos de detección internacional mas allá del lugar 45° en el mundo.

52. De esto me ocupo en mi ponencia sobre *La propaganda política. Un test para un acercamiento interdisciplinario a una búsqueda de derecho comparado*, en curso de publicación en *Pensamiento constitucional*, 2010.

forma de Estado, familia jurídica y perfiles culturales) el elemento de la organización centralizada o descentralizada del Estado<sup>53</sup>.

Ello no influye sobre las clasificaciones: de hecho la descentralización no es control político: es un modo de distribuir el poder, de balancearlo de manera horizontal más que vertical. Solamente en sentido politológico se puede hipotetizar la adscripción de la descentralización a la tipología de los controles, mientras que hay que subrayar que, en óptica jurídica, descentralizar comporta por lo general (también) la activación de mecanismos que pueden ser definidos «de control» en sentido más estrecho (sobre actos, sobre órganos, preventivos, sucesivos, con sanciones diferenciadas...). La forma de Estado tiene poco que ver, a pesar de que es verdad que sólo en el modelo liberal-democrático la descentralización comporta una efectiva distribución del poder<sup>54</sup>. Hay que decir que, en perspectiva macro, en sistemas diversos de aquellos liberal-democráticos pueden instaurarse modalidades de control político (jurídico) sobre bases diferentes de aquella territorial. (Por ejemplo, sobre actos de órganos descentralizados de partido, a través de las verificaciones efectuadas desde la base, organizada en comunidad de varias estructuraciones, a través de la consultación de minorías nacionales, etc.)

Entonces, la descentralización no es control político en el sentido jurídico, ni influye sobre las clasificaciones y definiciones. Como mucho, este elemento se toma en consideración para verificar, en el análisis empírico, si existen actos, procedimientos, organismos, modalidades de control comunes, para buscar las analogías y las diferencias cuantitativas y cualitativas con las que el control es ejercitado en los ordenamientos descentralizados y en aquellos centralizados, y en sus diferentes sub-divisiones<sup>55</sup>.

53. Que también R. Blanco Valdés, *Las relaciones Gobierno-Parlamento en España: entre el parlamentarismo y la presidencialización*, cit., incluye (correctamente) entre los mecanismos de equilibrio del poder.

54. Junto con otros factores, el papel cohesivo ejercitado por el partido único, por ejemplo en sistemas como aquellos socialistas, disminuye en efecto las potencialidades equilibradoras del federalismo/descentralización, como observa P. Biscaretti di Ruffia, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, 6ª ed., Giuffrè, Milano, 1988, págs. 422 ss.

55. Sobre tales instrumentos en los varios tipos de descentralización v. exhaustivamente A. Reposo, *Profili dello Stato autonomico: federalismo e regionalismo*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2005.

### 5. *Sub-divisiones*

Ulteriores clasificaciones del control político no pueden ignorar la distinción fundamental entre ordenamientos que prevén la división de poderes y todas las demás formas de organizar el poder que no la practican.

En un ordenamiento teocrático (o, mejor, *ierocratico*)<sup>56</sup> como el iraní, considero «control político» en sentido jurídico (desde la perspectiva del ente observado) el control ejercitado (en varias formas) por los órganos religiosos sobre aquellos políticos. En un ordenamiento socialista, muchos mecanismos de recíproco equilibrio entre órganos (institucionales y políticos), incluso dentro de sistemas que se basan en el principio de la unidad del poder, pueden ser igualmente considerados ejemplos de institutos de control político(-jurídico). No diversamente, varias formas de ordenamientos autocráticos contemplan limitadas modalidades de control sobre el órgano que detiene el poder.

Los estudios de área dedicados a estos ordenamientos pueden contribuir a clasificar varias formas de control, peculiares de algunos de ellos, o de las respectivas clases, o también que presenten tratos comunes con la noción de control político utilizada en la forma de Estado liberal-democrática.

La definición de control político en los ordenamientos liberal-democráticos exige delimitaciones suyas propias que sirven para distinguir el control de otras actividades y funciones.

La hipótesis –ya la he mencionado– es que la división de poderes comporta la distinción de funciones (y poderes)<sup>57</sup>. En sus formulaciones originarias, no se ha previsto un “poder de control”, y esto tal vez explique por qué dentro de esta noción se tienda, por parte de muchos, a incluir todo, incluso las elecciones y las aprobaciones de la ley, cuando no incluso –se ha comprobado– a confundir el mismo principio de división con el ejercicio del control. La doctrina sin embargo, aunque con distinciones, siempre ha marcado la diferencia entre manifestaciones de voluntad (por ejemplo la ley) y otros tipos de manifestaciones.

56. Así prefiere definirlo M. Oliviero, voce *Stato teocratico*, en L. Pegoraro (dir.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, cit., pág. 208.

57. Sobre la diferencia, elaborada por la doctrina alemana, entre función y poder v. M. Carducci, *Controllo parlamentare e teorie costituzionali*, cit., págs. 9 ss.

Las elecciones, por ejemplo, no son ejercicio de control político en el sentido jurídico, como no lo son otras manifestaciones de voluntad popular (referendos, plebiscitos, consultas, recall...). No lo son, por las mismas razones expuestas cuando se ha negado que sea «control político» la división de los poderes<sup>58</sup>.

A su vez, no es acto de control la ley: el solo hecho de que en el curso de su procedimiento sea sujeta al control del Parlamento y en particular de la oposición, y que tal procedimiento sea prevalentemente público (y entonces “controlable” también por la opinión pública) no basta a hacer de ella un instrumento de control, si no se quieren subvertir todas las categorías teoréticas elaboradas por la doctrina en el ámbito de los ordenamientos liberal-democráticos. Viceversa, fases de control en el sentido más estrecho, según el uso que de esta palabra se hace comúnmente en la doctrina occidental se encuentran una vez más dentro del procedimiento, con diferencias muy marcadas según variables ulteriores objetivas (*in primis*, la forma de gobierno, pero no sólo) o subjetiva (la construcción doctrinal de qué es el «control»). Pienso en eventuales autorizaciones, en los pareceres, en las audiencias legislativas, en el veto, en la promulgación...

Decir si son de control o no, pero, no es mi objetivo en este escrito, porque ello supondría alejarse de la finalidad que me he fijado, es decir verificar si existe un *idem sentire* “mínimo” en la noción de «control político» en ámbito comparado, y no hablar de la pertinencia de ellas de institutos independientes, actos, instrumentos, procedimientos. Se puede hacer después de haber verificado la conformidad de los usos lingüísticos en relación a la calificación de la naturaleza de cada instrumento (a la luz de las opciones clasificatorias de los autores de las clasificaciones).

A este propósito, señalo que muchos instrumentos que algunos consideran «de control», otros los atribuyen a la categoría de los actos «de dirección política»: una categoría por cierto conocida (en ámbito comparado) sólo en algunas escuelas (en particular en Italia, parcialmente en España). Está claro que la distinción se remonta a la exclusión y la inclusión de muchos actos, actividades, procedimientos, etc. en la noción de «control político».

El formante normativo recibe de vez en cuando y da cuenta de estas diferencias de perspectiva doctrinal.

Por ejemplo, la tercera parte del reglamento de la Cámara de diputados italiana se titula «Procedimientos de dirección, de control y de información», y

58. *Supra*, § 3.

enlista varios instrumentos, como mociones (incluida la moción de confianza), resoluciones, examen del presupuesto y de las cuentas, procedimientos con los que se relaciona con los organismos comunitarios e internacionales, investigaciones, interpelaciones, «procedimientos de investigación y control dentro de la Comisión», relaciones con el Consejo Nacional de la Economía y del Trabajo (C.N.E.L.) y con el Tribunal de cuentas. No califica ninguno de estos, dejando a los académicos la tarea de clasificarlos, pero el título deja claramente entender que algunos actos son de control, otros de dirección, otros de mera información.

A su vez, el tercer título del reglamento de la Asamblea nacional francesa es dedicado (secamente) al «Control parlamentario» y, aunque esté dividido en tres partes, respectivamente dedicadas a «Información y control de la Asamblea», a «Activación de la responsabilidad ministerial» y a «Responsabilidad penal del Presidente de la República y de los miembros del Gobierno», agrupa bajo un único nombre («control») todos los instrumentos disciplinados, en cualquier caso ignorando la distinción entre control y dirección política.

El riesgo, denunciado desde el principio, es que el académico perteneciente a una escuela nacional determinada pretenda aplicar “como si fuera cierta” la clasificación utilizada en el habitat y en el ordenamiento que son suyos. Viceversa, si es comparatista, puede proponer a los colegas extranjeros que adopten la partición, la clasificación y la denominación que le parecen mejores, pero no puede evitar considerar que en otros lugares, se eligen clasificaciones diferentes (que, por ejemplo, lo que él llama «dirección política» en otros lugares lo llaman serenamente «control político»).

La noción de forma de gobierno influye sólo parcialmente, y en medida menor de los aspectos subjetivos, sobre las clasificaciones y las calificaciones de los actos de control. Obviamente –que se incluyan o no las mociones de confianza y censura en la lista de los actos considerados de control– en un ordenamiento presidencial (y en el registro de los relativos usos lingüísticos) esta voz faltará de la lista. Esto no impide, sin embargo, encontrar diferentes institutos, comunes a las varias formas de gobierno, que *a menudo* (si no es que siempre) se atribuyen a esta tipología: pienso en las investigaciones parlamentarias, en instrumentos como las preguntas, en el juicio político..., que marcan con características típicas y específicas la relación entre los órganos políticos.

## **6. Elementos clasificatorios determinantes en la democracia liberal y examen de los usos lingüísticos**

El resto atañe a los elementos cada vez considerados determinantes para clasificar<sup>59</sup>. Elementos subjetivos, pero que en una investigación comparativa de los usos lingüísticos (aunque limitada a la forma de Estado liberal-democrático) no pueden no tener en cuenta los siguientes:

a) La titularidad del «control político». El problema es entender si hay un uso común, en el derecho comparado (occidental), por el cual se puede hablar «control político» solamente si es ejercitado por determinados sujetos.

Se utiliza muy frecuentemente en doctrina (también en la anglosajona) el término «control parlamentario». En el constitucionalismo inglés, es más, es este el control político por excelencia (junto, como se ha dicho, al control ejercido por las cortes). Es un control que tiene un destinatario específico (el Gobierno), y que en el uso más difuso comprende tanto el control ejercido por el Parlamento en el conjunto, como por una de sus Cámaras y por los parlamentarios individuales con instrumentos específicos. En el léxico común, el control parlamentario (como se quiera entender) representa una sub-especie de control político (incluso la más importante y característica).

Es necesario preguntarse si es frecuente hablar de control político, en relación a la titularidad, incluso al revés: es decir, el control de otros sujetos (el Presidente, el Gobierno...) sobre el Parlamento. Se dice que en los sistemas parlamentarios (y semi-presidenciales) el gabinete (o el Gobierno, o algunas veces el Presidente

59. Me refiero a la nota teoría de L.-J. Constantinesco, *Introduzione al diritto comparato*, cit., págs. 223 ss., que a mi aviso puede aplicarse también a investigaciones menos amplias, en el plano de área y desde el punto de vista del objetivo. Por ejemplo, en materia de autonomía local, v. L. Pegoraro, *Premisas metodológicas para una investigación de derecho comparado de las garantías constitucionales y legislativas de los entes locales*, en *Letras jur. Revista de los investigadores del Instituto de investigaciones jurídicas U.V.*, año 3, núm. 6, 2002, págs. 15 ss., en *Rev. Der. Const.*, núm. 6, enero-diciembre 2002, págs. 141 ss., en F. Fernández Segado (coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Dykinson, Madrid, 2008, págs. 897 ss., y en L. Pegoraro, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, cit., págs. 269 ss.; Id., *Dove va il decentramento europeo? (alcune proposte per la ricostruzione dei modelli)*, en *Il diritto della regione*, núm. 3-4, 2006, págs. 159 ss.; Id., *Introduzione. «Municipi d'Oriente», una macro-comparazione per differenze*, cit., págs. 7 ss. En tema de derechos, Id., *Metodología y modelos por una investigación sobre derechos fundamentales (con especial referencia a las transacciones constitucionales)*, cit.; en tema de control de las elecciones, L. Pegoraro, S. Pennicino, *Introduzione metodologica allo studio dei sistemi di gestione e di giustizia elettorale*, en *Derecho en Libertad*, núm. 2, enero-junio 2009, págs. 167 ss.

en los semi-presidencialismos) “controla” a su mayoría, pero la noción es política y no jurídica. También algunos actos jurídicos “internos” (por ejemplo los poderes ejercidos por los *whips* o por los líderes del grupo parlamentario respecto de los miembros del mismo grupo) no tienen importancia clasificatoria en este ámbito, mientras que sólo algunas veces se razona de la cuestión de confianza, que tiene una dudable eficacia cohesiva, siendo un instrumento de control por parte del Gobierno sobre la mayoría parlamentaria. No diversamente, en los sistemas presidenciales ciertos tipos de veto pueden obtener efectos análogos, pero seguimos en interpretaciones politológicas del término en cuestión.

¿Hay que tener en cuenta a otros sujetos, o bien hay que reducir el denominador común del control político, asumiendo como variable la titularidad del solo Parlamento (excluida la sociedad)? Definitivamente, muchos juristas incluirán entre los titulares del control al *Ombudsman*, donde existe, puesto que todas las legislaciones lo designan como órgano «controlador» o «supervisor» de la administración pública<sup>60</sup>. Se puede hablar de órganos de control político (tal vez sólo limitadamente a ciertas actividades) también con referencia a una autoridad de garantía. Depende en cada caso de su configuración, del procedimiento, del objeto de su actividad... Los tribunales, a su vez (a parte de la peculiar percepción británica de su papel), quedan siempre fuera del conjunto de órganos que ejercen el control político.

En el léxico corriente, y no obstante las teorías clásicas, se tiende por lo tanto, a excluir que, en perspectiva comparada, el control político tenga como único titular al Parlamento o a sus miembros.

b) El sujeto pasivo de control. Normalmente coincide con el Gobierno y la administración. La teoría americana de los *checks and balances* no induce a todos los constitucionalistas a considerar control político todos los actos en los que se manifiesta este equilibrio, sino sólo algunos (por ejemplo, las investigaciones del Congreso, que tienen como destinatario el poder ejecutivo, están siempre dentro del concepto de control, como también el *impeachment*; el *legislative veto*, al contrario, no). En las formas de gobierno parlamentarias, se excluye que puedan ser objeto de control político los órganos neutros y de equilibrio (el Rey, la Reina, el Presidente de la República, así como los tribunales). Como he mencionado antes, se puede decir que el Parlamento controla, pero no es “controlado” en sentido jurídico.

En general, por lo tanto, se cree que el sujeto pasivo del control político es el poder ejecutivo.

60. V. por ejemplo el art. 54 Constitución Española.

c) Las formas del control político. El análisis comparativo demuestra la latitud de las formas, dando lugar a diferencias en la titularidad, en la posición de las entidades controladas, en los poderes ejercidos, etc.

Como consecuencia, raramente se relaciona la índole “de control” de un acto a su forma específica. El control político puede realizarse en forma de ley o de otro acto derivado de una deliberación (ejemplo: institución de una comisión de investigación, aprobación de sus conclusiones), de sentencia (destitución de un miembro del ejecutivo), de pregunta y declaración de (in)satisfacción (interrogaciones e interpelaciones parlamentarias), de moción o resolución (de censura de un comportamiento), de informe crítico (de un *Ombudsman*), etc.

d) Los efectos del control. Por lo general, el ejercicio del control se conecta a la idea de que la actividad desarrollada es susceptible de traducirse en una sanción<sup>61</sup>, y esto diferencia el control, por ejemplo, de las actividades de mera información o de conocimiento (que pueden ser instrumentales, o menos, al control) como también, obviamente, de la función legislativa, de la administración o de las elecciones o nombramientos. Además, el concepto de «sanción» debe entenderse en el sentido amplio: de la condena penal al cese de un cargo, a la decadencia hasta el deber de dimitir, así como cualquier “medida” o consecuencia negativa para el sujeto controlado, incluyendo los juicios críticos susceptibles a nivel abstracto de tener consecuencias “políticas”.

e) Por último y sobre todo, la naturaleza del poder/función<sup>62</sup>. Esta deriva: preliminarmente, del uso de la palabra en el lenguaje común, donde es sinónimo, en las diferentes lenguas, de «verificación, detección, investigación, examen, control, revisión», pero también de «examen atento de cualquier cosa para verificar que sea exacta, regular, como debe de ser», y de «vigilancia, seguimiento, cuidado», o de «acciones que regulan una actividad basada en ciertas reglas o convenciones»<sup>63</sup>, y luego, precisamente, deriva del uso en el lenguaje especializado junto con el adjetivo indicado («político»).

Aquí se cierra el círculo, se vuelve al origen, o bien al concepto primordial de

61. Cfr. *supra*, nota 33. Sobre la relevancia de la “medida” o “sanción” para incluir un instrumento entre los de control, remito también a mi trabajo *Las Preguntas parlamentarias en el marco de la actividad de inspección del Parlamento Italiano. Reflexiones comparadas*, en *Estudios Constitucionales (Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile)*, 2008, núm. 1, págs. 303 ss. (destinado a los *Estudios en homenaje de Diego Valadés*).

62. V. *supra*, nota 57.

63. Cfr. A. Gabrielli, *Grande dizionario illustrato della lingua italiana*, Mondadori, Milano, 1989, vol. I, pág. 964.



control (político) y a la exigencia de verificar los usos, lo que se puede hacer sólo teniendo en cuenta todos los elementos dichos.

Esto al final puede permitir dar una definición comparada (o más definiciones, si sirven)<sup>64</sup>, no condicionada o condicionadas por presuposiciones dogmáticas o por visiones ideológicas.

### ***7. En la búsqueda de un denominador común de «control político»***

En resumen, más allá de las definiciones “nacionales”, que se ven afectadas por cada construcción ideal y por el análisis de la evolución interna del derecho propio de cada Estado (ley, jurisprudencia, doctrina), una definición comparatista de «control político» debe anclarse a los elementos comunes. Debe en particular:

a) asumir que exista en otros lenguajes un correspondiente, aunque en sentido amplio, del término definido en el lenguaje propio, sabiendo que varias razones excluyen la existencia de una identidad absoluta;

b) limitar el campo del significado al lenguaje especializado de la ciencia específica (el derecho, y en particular el derecho constitucional), teniendo en cuenta la influencia de otras ciencias;

c) verificar las condiciones de aplicabilidad del término;

d) investigar el uso del término en diferentes contextos;

e) individualizar los elementos (institutos, actividades, procedimientos...) que se consideran partes del control siempre o prevalentemente;

f) clasificar, con el fin de encontrar los elementos comunes, operando las consiguientes inclusiones y exclusiones.

Al final de estos procesos se puede definir el objeto de la clasificación.

En relación a (a), todos entienden que «control» ≠ «sociedad anónima». Se intentará encontrar, de todas formas, lo que en los diferentes ordenamientos, se

64. Para U. Scarpelli, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, cit., pág. 37, «no existe la definición de un concepto, pero existen *possibles definiciones* y elecciones entre definiciones».

parece al «control» como la palabra lo da a entender (latamente) en la comunidad de referencia, y no por ejemplo la sociedad anónima (o el matrimonio, el robo, el contrato, u otras cosas disciplinadas del derecho).

En relación a (b), hay que emplear la ciencia jurídica, con dos precisiones: (b1) no existe en todas partes así como la entendemos en occidente; (b2) se pueden utilizar otras ciencias como soporte.

En relación a (c), es necesario acertar [también a la luz de (a) y de (b)] si existen las condiciones contextuales (lingüísticas y extralingüísticas) que consienten el uso del término.

En relación a (d) y a (e), es necesario [también a la luz de (a), de (b) y de (c)] analizar cómo en varios contextos (depende también del área que se elige como objeto de investigación) se utiliza la palabra, o sus sinónimos, también traducidos, y, con una investigación opuesta, cuáles instrumentos, procedimientos, funciones, actividades, etc. no se consideran relacionadas con la palabra (aunque no utilizada)<sup>65</sup>.

En relación a (f), una vez operadas las clasificaciones, se trata de decidir si utilizar una o más definiciones, sabiendo que la decisión es determinada (también) por la amplitud semántica de las palabras utilizadas para definir y, en definitiva, por el grado de precisión de la definición.

A la luz de los elementos individualizados, me parece que en el uso más extendido y frecuente, con las palabras «control político» se entiende «(a) la actividad de verificación, evaluación, examen, evaluación, revisión, supervisión, control, (b) disciplinada por el derecho en cualquier forma esté regulada, (c) llevada a cabo por entidades pertenecientes a las instituciones políticas, (d) en formas diversamente configuradas, (e) sobre otros sujetos que pertenecen a las instituciones políticas, (f) a fin de establecer medidas favorables o desfavorables».

Esta definición (que a su vez, como siempre, debería ser definida de nuevo, y que como siempre es sólo una de las posibles definiciones), en teoría debería adaptarse a cualquier ordenamiento, sin tener en cuenta de la división de poderes. (De hecho, incluye también tipos de control que de definiríamos «jurisdiccionales», aunque excluye controles sociales y controles técnicos.)

65. Es este el método que he usado por ejemplo en *Le leggi organiche. Profili comparatistici*, Cedam, Padova, 1990.

Queriendo restringir el campo a climas más habituales, o bien a los sistemas donde se aplica la división de poderes, también el léxico debería ser precisado, utilizando palabras comunes a la tradición cultural.

La letra (b) podría ser sustituida por las palabras «disciplinada por el derecho constitucional sustancial»; la letra (c) tendría que ser limitada así: «llevada a cabo por el Parlamento o por órganos o miembros del mismo o que de alguna forma responden ante él» (por lo tanto quedan excluidos los tribunales); en la letra (e), una delimitación ulterior es: «sobre sujetos pertenecientes al poder ejecutivo o que ante éste responden». También puede ser especificado después de (a), (a1) «diferente de las actividades de adopción de las normas, de nombramiento, de jurisdicción».

Este ejercicio podría continuar eternamente, buscando definiciones consiguientes a ulteriores sub-clasificaciones: por ejemplo, se podría definir qué es «control político» en la forma de gobierno parlamentaria, o en los Estados socialistas, o en los ordenamientos derivados del británico, etc.

Sin embargo, esto sería ir más allá de las metas que había individualizado al principio de este escrito, y que, más limitadamente, consistían en la búsqueda de instrumentos metodológicos que, en derecho comparado, no llevaran a emplear los parámetros propios de un ordenamiento en el estudio de los demás.

EL PROCESO DE AMPARO EN AMÉRICA LATINA:  
¿UN NOBLE SUEÑO O UNA PESADILLA?

**César Landa**

*Ex-Presidente y actual magistrado del Tribunal Constitucional del Perú  
Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú  
y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*

**SUMARIO**

1. Premisas.
2. Objeto de protección (tutela de los derechos fundamentales).
  - 2.1. Protección amplia.
  - 2.2. Protección intermedia.
  - 2.3. Protección limitada.
3. Objeto del control (acto lesivo).
  - 3.1. Control amplio.
  - 3.2. Control intermedio.
  - 3.3. Control limitado.
4. Sujetos del proceso (legitimación).
  - 4.1. Legitimación amplia.
  - 4.2. Legitimación intermedia.
  - 4.3. Legitimación limitada.
5. Sentencias (alcances del fallo)
  - 5.1. Protección amplia.
  - 5.2. Protección intermedia.
  - 5.3. Protección limitada.
6. Conclusiones.

## *1. Premisas*

El amparo constitucional es una institución procesal producto del tránsito del Estado de Derecho basado en la ley hacia un Estado de Derecho basado en la Constitución. Esta innovación aparece modernamente cuando la vieja noción de los derechos públicos subjetivos de creación legislativa, que reconocía los derechos y libertades en los códigos y otorgaba al Poder Judicial su tutela, se transforma en la noción de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, los cuales requieren defensa y protección a través de procesos constitucionales como el amparo, a ser resueltos por tribunales constitucionales (España 1931, Alemania 1949)<sup>1</sup>. Ello sin perjuicio que en sus antecedentes europeos existiera un recurso de queja, por ejemplo en la Constitución Suiza de 1848.

No obstante, es recién en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial que el Estado Constitucional de Derecho se afirma en un conjunto de valores y principios democráticos que otorgan a los derechos fundamentales una naturaleza no sólo subjetiva e individual, sino también un carácter objetivo como garante de la persona humana y de su dignidad. Así, el proceso de amparo cumple tanto con tutelar el derecho individual, como también los valores institucionales en que se asienta dicho proceso constitucional; tarea que cumplen los tribunales constitucionales o queda reservada para los Cortes Supremas, en última instancia, como intérpretes supremos de la Constitución y guardianes de los derechos fundamentales.

En América Latina, el amparo entendido como proceso constitucional no es de larga data. Se incardina en los procesos de modernización democráticos a través de las nuevas constituciones o reformas constitucionales del siglo XX (México 1917, Brasil 1934, Perú 1979, Colombia 1992, Argentina 1994). No obstante, es del caso precisar que desde la época de los Imperios Español y Portugués, existieron el amparo colonial y la seguridad real, respectivamente. Pero, una vez asentada la vida republicana, durante el siglo XIX bajo la influencia sajona se fue incorporando el interdicto del *habeas corpus* en nuestra región, desde donde luego se fue consagrando el juicio o recurso de amparo; sin perjuicio del amparo mexicano de la Constitución de 1857 o la de Yucatán de 1840<sup>2</sup>.

1. Leibholz, Gerhard. *Problemas fundamentales de la democracia moderna*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971, págs. 145-174; asimismo, De Vega, Pedro. *Estudios político constitucionales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, págs. 283-309.

2. Landa, César. "La vigencia de la Constitución en América Latina". En: César Landa – Julio Faúndez. *Desafíos constitucionales contemporáneos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, 1996, págs. 13-23.

Sin embargo, el desarrollo contemporáneo de la justicia constitucional en torno a los tribunales constitucionales o cortes supremas ha hecho del proceso de amparo el mejor indicador para caracterizar el estado de la tutela de los derechos fundamentales en la región latinoamericana. Si bien el amparo ha surgido como un instrumento procesal de fortalecimiento de dichos derechos, también es cierto que en la actual hora democrática existen, déficits de institucionalidad estatal y social que llevan a concebir al amparo como un “noble sueño” o como “una pesadilla”<sup>3</sup>.

Es un “noble sueño” en la medida que los jueces deben aplicar el Derecho existente y no crear nuevas normas aun cuando la Constitución y las leyes no ofrezcan una regla determinada para resolver un amparo. Ello supone partir de una noción positivista y normativista del proceso de amparo, que se encuentra regulado por la norma constitucional y legal, delimitando la función interpretativa del juez constitucional y los alcances de sus sentencias; lo cual usualmente se corresponde con una concepción individualista de los derechos que protege el amparo y, en consecuencia, obliga al juez a pronunciarse exclusivamente sobre el petitorio de la demanda –principio de congruencia–, convirtiendo al amparo en un proceso formalista y subjetivo.

Pero, el amparo también se convierte en “una pesadilla” cuando los jueces y tribunales constitucionales, para declarar el derecho fundamental demandado, crean una norma jurídica que permite resolver la pretensión planteada; aunque no se trate de inventar una norma compatible con la Constitución, sino más bien identificar la que razonablemente se derive de una disposición constitucional. Lo que supone que la norma constitucional sea concebida también como norma histórica y social, permitiendo una labor interpretativa y argumentativa del juez en aras de la tutela del derecho violado, de acuerdo con la realidad de la que emana; reconociendo también derechos colectivos, ampliando la legitimidad de las partes y desarrollando diversos tipos de sentencias y mandatos incluso con efectos generales o normativos con alcances no sólo para las partes, sino también para todos. Ello configura un status del juez que lo convierte en una suerte de juez-pretoriano y al amparo en un proceso garantista y objetivo.

Ello se debe a que “cada concepción de la Constitución lleva consigo una concepción del procedimiento, como toda concepción del procedimiento lleva consigo una concepción de Constitución. No existe un *prius* ni un *posterius*, sino

3. Hart, Herbert. “Una mirada inglesa a la teoría del derecho americana: la pesadilla y el noble sueño”. En: VV.AA. *El ámbito de lo jurídico*. Barcelona: Crítica, 1994, págs. 327-350.

una recíproca implicación (...)”<sup>4</sup>. Por ello, estas dos concepciones jurídicas del proceso constitucional nos recuerda que la Constitución y el Derecho Procesal se colocan en una línea de tensión en función de la tutela subjetiva de los derechos fundamentales y la tutela objetiva de la Constitución; tensión en la cual el juez constitucional adopta diversas posturas, a partir de la aplicación y/o interpretación normativa<sup>5</sup>, que se pone en evidencia en la praxis jurisprudencial y los desafíos de algunos temas centrales del amparo en Argentina, Brasil, Colombia, México y Perú, entre otros países, que presentamos a continuación.

## **2. Objeto de protección (tutela de los derechos fundamentales)**

El amparo tiene como finalidad tutelar los derechos fundamentales violados; pero, “los derechos fundamentales se presentan con su «doble carácter»; como derechos subjetivos y como elementos de un ordenamiento objetivo”<sup>6</sup>; lo cual hace que el objeto de protección constitucional asuma diferentes formas de concebir los derechos materia de protección. Es precisamente la jurisprudencia la que ha ido sistematizando los derechos fundamentales de tutela constitucional; así, se reconocen derechos fundamentales no sólo constitucionales, sino también de configuración internacional, legal e incluso jurisprudencial<sup>7</sup>.

### **2.1. Protección amplia**

En Argentina se concibe que todo derecho, distinto de los que tutela el *habeas corpus* y el *habeas data*, puede ser amparado con prescindencia de su fuente normativa constitucional, lo que supone que cualquier derecho de origen legal, administrativo e internacional, que pueda ser reconducido a la Constitución es materia de tutela del amparo<sup>8</sup>. Más aún, la protección alcanza a derechos individuales y colectivos, como en el “Caso del Corralito Financiero” que tuteló derechos de los consumidores y usuarios,

4. Zagrebelsky, Gustavo. *¿Derecho Procesal Constitucional? Y otros ensayos de justicia constitucional*. México: FUNDAP, 2004, pág. 18.

5. Zagrebelsky, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Milano: Il Mulino, 1977, págs. 39-69.

6. Häberle, Peter. “El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional”. En: Domingo García Belaunde – Francisco Fernández Segado (coordinadores). *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica*. Madrid: Dykinson, 1997, pág. 256.

7. Rubio Llorente, Francisco. “La configuración de los derechos fundamentales en España”. En Liber Amicorum Héctor Fix Zamudio. San José de Costa: Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, volumen II, págs. 1329-1343.

8. Sagüés, Néstor. “El amparo argentino y su reforma”. En: Samuel. Abad Yupanqui – Pablo Pérez Tremps (coordinadores). *La reforma del proceso de amparo: la experiencia comparada*. Lima: Palestra, 2009, págs. 24-26.

como también a derechos explícitos o implícitos<sup>9</sup>. En el Perú, todo derecho distinto de los que tutela también el *habeas corpus*, el *habeas data* y el proceso de cumplimiento, es protegido por el amparo; además, pueden ser derechos civiles, políticos, económicos y sociales, de origen constitucional –nominados o innominados, como el derecho a la verdad de un detenido desaparecido, en el Caso Villegas Namuche (Exp. N° 2488-2002-HC/TC)– o de configuración legal o administrativa y, en todo caso derivados de los tratados internacionales. En la nueva Constitución de la República Dominicana de 2010, se reconoce al amparo en términos similares al modelo argentino y peruano; no obstante, mediante el proceso de amparo en el Perú se tutela sólo el contenido constitucional directamente protegido del derecho invocado.

## 2.2. Protección intermedia

En Colombia la acción de tutela protege los derechos fundamentales de manera residual y subsidiaria (Sentencias T-001-97, T-441/93 y T-003/92), frente a la acción u omisión de autoridad o particular. Asimismo, al igual que en Colombia, en Venezuela y Ecuador se protege derechos que la Constitución y los tratados consagran, pero no los creados por una norma legal. Por su parte, la Corte Constitucional colombiana ha establecido que la revisión de las sentencias de tutela provenientes del Poder Judicial es “una atribución libre y discrecional de la Corporación para revisar los fallos de tutela que sean remitidos por los diferentes despachos judiciales, con el fin de unificar la jurisprudencia sobre la materia y de sentar bases sólidas sobre las que los demás administradores de justicia se puedan inspirar al momento de pronunciarse sobre los derechos fundamentales”<sup>10</sup>.

Asimismo, la Corte ha delimitado seis tipos de derechos fundamentales a tutelar mediante la acción de tutela: A. Los derechos civiles y políticos de aplicación inmediata. B. Los derechos fundamentales del Título II, Capítulo I. C. Los derechos de los niños, vida, integridad, salud, seguridad social, alimentación equilibrada, nombre, nacionalidad, a tener familia, al cuidado y amor, educación, cultura, entre otros, que estén establecidos en las leyes y tratados internacionales. D. Los derechos fundamentales innominados, como el mínimo vital. E. Los derechos fundamentales conexos, como a la verdad, justicia y reparación (Sentencia T-821-2207). F. Los derechos fundamentales provenientes de los tratados de derechos humanos y del derecho internacional humanitario<sup>11</sup>.

9. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Emergencia económica II. Buenos Aires: Secretaria de Jurisprudencia, 2009, págs.28-32.

10. Julio Estrada, Alexei. “Corte Constitucional (Colombia)”. En: Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador). *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*. Argentina: Marcial Pons, 2009, pág. 135.

11. Botero, Catalina. “La acción de tutela en Colombia: Ajustes necesarios y cautelas indispensables”. En *La reforma del proceso de amparo: la experiencia comparada...*, op. cit, págs. 133-140.



### 2.3. Protección limitada

En Brasil el *mandado de segurança* individual protege los derechos constitucionales líquidos y ciertos<sup>12</sup>, cuando son violados por acto u omisión ilegal o proveniente del abuso del poder, tal como lo dispone la Ley Federal N° 12016 del 7 de agosto de 2009. Antes, además, los derechos tutelados debían ser incontrastables, es decir no interpretables; ahora si bien pueden ser objeto de interpretación en cambio deben estar acompañados de prueba documental pre constituida (*Súmula* 625 STF).

En definitiva el derecho debe estar previsto en una norma legal y debe ser probado de forma indubitable; salvo en materia tributaria donde se deja márgenes de apreciación judicial; en efecto no existen en esa circunstancia actos discrecionales absolutamente inmunes al control jurisdiccional (STJ. *Mandado de Segurança* 6.166-DF)<sup>13</sup>. Asimismo, la Constitución reconoce el *mandado de segurança* colectivo para tutelar derechos difusos y colectivos que puedan ser vulnerados por actos y leyes. No obstante, existe una fuerte polémica sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales y el papel del Poder Judicial en la tutela de los mismos.

En México, en cambio, las llamadas garantías individuales de igualdad, libertad, seguridad jurídica y de propiedad, que se basan en la dignidad del hombre son protegidas en el juicio de amparo; por eso existen amparo de la libertad –*habeas corpus*–; amparo contra resoluciones judiciales –recurso de casación–; amparo contra leyes –declara la inconstitucionalidad de una norma legal–; amparo como un proceso contencioso administrativo; y, amparo social para proteger derechos agrarios, que incluye la protección de garantías sociales, pero no de derechos de carácter colectivo o difuso, ni implícitos, ni derivados de tratados internacionales, proscritos en el clásico juicio de amparo mexicano. En todos estos casos, el juicio de amparo cumple la función principal de control de la constitucionalidad, en la medida que se tutela a la persona como individuo de las relaciones jurídicas entre el gobernado y el Estado y las autoridades<sup>14</sup>.

12. Gões Fernandes, Gisele. “El abuso del «mandato de seguridad» en la experiencia brasileña”. En: *La reforma del proceso de amparo: la experiencia comparada...*, op. cit, págs. 46-49.

13. Afonso da Silva, José. “El mandamiento de seguridad en Brasil”. En: Héctor Fix-Zamudio – Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinadores). *El Derecho de Amparo en el mundo*. México: Editorial Porrúa, 2006, págs. 129-132.

14. Fix-Zamudio, Héctor – Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “El derecho de amparo en México”. En: *El Derecho de Amparo en el mundo...*, op. cit., págs. 472-478.

### 3. Objeto del control (acto lesivo)

En todo proceso de amparo se debe delimitar no sólo el derecho fundamental violado, sino también determinar el acto lesivo materia de control constitucional; lo cual lleva a identificar quién y con qué se puede agravar los derechos fundamentales del afectado. Al respecto, clásicamente los derechos como son oponibles al poder, sólo cabe que se demanden a la autoridad pública –eficacia vertical–, sin embargo, contemporáneamente también son oponibles a otro particular –eficacia horizontal–, sólo que la eficacia puede ser inmediata dada la fuerza normativa constitucional o, mediata en la medida que las normas intermedias hayan precisado su naturaleza jurídica y los actos lesivos materia de protección<sup>15</sup>. Por ello, aquí también se pueden clasificar los distintos tipos de control.

#### 3.1. Control amplio

En Argentina abarca todo acto u omisión de autoridad pública o particular. Se entiende como acto a la vía de hecho, actos propiamente, acciones, decisiones, órdenes y actos jurídicos, por ejemplo. La omisión genera una orden judicial para que se restablezca el derecho en un plazo, o en la ejecución del hecho omitido. El acto lesivo puede ser emitido por los siguientes:

Autoridad pública, entendida como la autoridad, funcionario, particular en ejercicio de función pública.

Poder Legislativo, al dictar actos administrativos, dictámenes de comisiones parlamentarias, leyes autoaplicativas –es decir, que afectan un derecho directamente sin requerir norma o acto intermedio aunque con la reforma constitucional de 1994 también cabe contra leyes no autoaplicativas de cumplimiento obligatorio o discrecional– y cuando hay amenaza de emisión de norma programática simple, es decir proyecto de leyes y ante la omisión legiferante inconstitucional (Casos de la “Pesificación” y del “Corralito Financiero”, en los fallos: Rinaldi, Massa, Smith, Bustos, Galli, entre otros)<sup>16</sup>.

15. De Vega García, Pedro. “La eficacia horizontal del recurso de amparo: el problema de la *Drittwirkung der Grundrechte*”. En: *Derecho* n° 46. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, diciembre, 1992, págs. 357-375.

16. Manili, Pablo Luis. “Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina). En *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica...*, op. cit., págs. 38-44; donde se da cuenta de los fallos relativos a las medidas gubernamentales financieras y bancarias, que han generado más de cien mil amparos contra dichas medidas; motivo por el cual la Corte Suprema ha tenido defensores pero más detractores de sus fallos, por estimar el derecho de los justiciable dentro de los marcos de la estabilidad económica-financiera, antes que de la estabilidad jurídica de los agraviados.

Poder Judicial, cabe el control de los actos jurisdiccionales cuando no hay otro remedio procesal<sup>17</sup>. Cabe señalar que en el proceso de amparo cabe solicitar una medida cautelar y también cabe el amparo contra el amparo.

En el Perú también procede el amparo contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que viole derechos fundamentales—distintos a los protegidos por el *habeas corpus*, el *habeas data* y el de cumplimiento—; sin embargo, *prima facie* no cabe contra normas legales ni resoluciones judiciales emanadas de un proceso regular. De manera extraordinaria, el Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han precisado que sí procede contra:

Actos jurisdiccionales, en particular contra resoluciones firmes y en la medida que el hecho y el petitorio se refieran a un derecho con contenido directamente protegido en la Constitución, y, que no haya una vía igualmente satisfactoria. En este aspecto, es similar a Venezuela, Guatemala, Honduras y Panamá, con la salvedad que en estos países el control de las resoluciones judiciales excluye a las decisiones de las Corte Supremas<sup>18</sup>.

Actos del gobierno y de la administración pública, incluso contra actos discrecionales como el indulto (Caso Jaililie Awapara, Exp. N° 4053-2007-PHC/TC) o cuestiones políticas como la declaratoria de un estado de excepción.

Actos parlamentarios, como las leyes autoaplicativas y los actos no legislativos que afecten derechos fundamentales, como fue el caso de los magistrados constitucionales destituidos arbitrariamente por el Congreso, al declarar inconstitucional la ley de la reelección del Presidente Fujimori en 1997 (Exps. Nos. 0340-1998-AA/TC y 358-1998-AA/TC)<sup>19</sup>.

Actos particulares, en la medida que también las relaciones jurídicas entre los particulares están sujetas a la Constitución y no sólo a la ley, sobre todo si son vínculos asimétricos entre las partes, en materia laboral, de salud, del consumidor, etc. En el amparo es procedente solicitar una medida cautelar y también es factible,

17. Sagüés, Néstor. *Compendio de derecho procesal constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2009, págs. 425-436; asimismo, revisar en Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Emergencia económica II...*, op. cit., págs. 28-32, 39-73, 83-94, 129-144, 230-243.

18. Brewer-Carías, Allan. “Ensayo de síntesis comparativa sobre el régimen del amparo en la legislación latinoamericana”. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* N° 9. Argentina: Editorial Porrúa, págs. 311-321.

19. Landa, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Palestra, 2007, 3ª edición, págs. 796-804.

aunque infrecuente, que se produzca un proceso de amparo contra otro amparo, siempre que el primero no haya sido expedido por el Tribunal Constitucional.

Asimismo, en Colombia procede la acción de tutela contra cualquier actuación u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares. En consecuencia, se puede interponer contra: A. Autoridad administrativa, tal es el frecuente caso en materia de pensiones de jubilación y de salud. B. Actos judiciales lo que ha generado muchas veces el rechazo de la Corte Suprema y del Consejo de Estado, dando lugar al llamado “choque de trenes”. C. Particulares, donde la jurisprudencia ha distinguido entre quien: a.- presta función pública; b.- cuando quien demanda está en situación de subordinación; c.- cuando el demandado es un medio de comunicación social; d.- cuando la conducta del particular afecte grave y directamente el interés colectivo<sup>20</sup>.

### **3.2. Control Intermedio**

En México cualquier hecho voluntario y consciente, negativo y positivo, desarrollado por un órgano del Estado, consistente en una decisión o en una ejecución o en ambas conjuntamente, que produzcan una afectación de situaciones jurídicas o fácticas dadas, y que se impongan imperativamente da lugar al juicio de amparo. Así, cabe el amparo contra:

Leyes inconstitucionales que se inaplican al caso concreto sin declaración ni efecto general de invalidez de la ley.

Resoluciones judiciales, previo examen de legalidad sólo de las decisiones firmes o de última instancia, con el límite de las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia; también procede contra procesos extraordinariamente por violaciones durante el juicio, cuando se afecte el derecho de defensa del quejoso y contra resoluciones de fondo de sentencias y laudos arbitrales.

Actos y resoluciones administrativos que sean definitivos de la Administración Pública, cuando afecten derechos de un particular. No obstante, no cabe un juicio de amparo en materia electoral.

Las personas privadas no pueden pedir amparo contra actos de otros particu-

20. Ortiz, Julio César. “La acción de tutela en la Carta Política de 1991. El derecho de amparo y su influencia en el ordenamiento constitucional de Colombia”. En: *El Derecho de Amparo en el mundo...*, págs. 237-240; asimismo, Botero, Catalina. “La acción de tutela en Colombia: Ajustes necesarios y caudales indispensables”..., op. cit, págs. 142-145.

lares, salvo que en su calidad de tercero pueda verse perjudicado –sujeto pasivo indirecto–; el juicio de amparo prevé la posibilidad de dictar medidas cautelares, suspendiendo los actos reclamados<sup>21</sup>.

### 3.3. Control limitado

En Brasil el *mandado de segurança* se incoa contra actos de la autoridad pública y no cabe contra actos de un particular<sup>22</sup>. Pero, no puede demandarse contra actos administrativos si existe un recurso administrativo con efecto suspensivo, independiente de la caución. Tampoco procede contra decisiones judiciales, salvo en el caso de una sentencia judicial que sea viable suspender su eficacia –en tanto afecte un derecho líquido y concreto– que además sea promotora de abusos, desmanes o ilegalidades, siempre que no hubiere otro recurso ordinario disponible. El *mandado de segurança* no procede contra leyes, proyectos de leyes, ni actos administrativos, salvo que por abuso de poder tengan efectos concretos, aunque contra los actos administrativos de origen judicial se discute su procedencia. Cabe señalar también que del total de la carga procesal del Supremo Tribunal Federal los mandatos de seguridad sólo fueron el 0,69% en el año 2007; no obstante su incremento en los tribunales inferiores<sup>23</sup>.

## 4. Sujetos del Proceso (legitimación)

Clásicamente se ha identificado el derecho subjetivo y la acción, de aquí que sólo podía ejercitar la acción quien había sido vulnerado en un derecho. Así, el proceso de amparo en principio ordinariamente ha supuesto que el titular del derecho fundamental violado es el titular de la acción; sin embargo, extraordinariamente el juez constitucional como está orientado, en base a la norma, a proteger los derechos fundamentales de la víctima en un sentido subjetivo del particular, pero también a asegurar el derecho objetivo del orden constitucional, puede otorgar legitimación a quien necesariamente no es el titular del derecho subjetivo<sup>24</sup>, como se puede apreciar a continuación:

21. Carpizo, Jorge - Cossío, José, Fix-Zamudio, Héctor. “La jurisdicción constitucional en México”. En: *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica...*, op. cit., págs. 762-771 y 779-785.

22. Pinto Ferreira, Luiz. “Os instrumentos processuais protetores dos direitos no Brasil”. En: *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica...*, op. cit., págs. 427-429.

23. Afonso da Silva, Virgilio. “Supremo Tribunal Federal (Brasil)”. En: *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica...*, op. cit., pág. 95.

24. Montero Aroca, Juan – Gómez Colomer, Juan - Montón Redondo, Alberto - Barona Vilar, Silvia. *Derecho Jurisdiccional. II Proceso Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 9ª edición, 2000, págs. 53-79.

#### 4.1. Legitimación amplia

En Colombia la acción de tutela expresa una relación jurídica procesal abierta en la medida que:

Legitimación Activa.- Cualquier persona natural o persona jurídica afectada en sus derechos directa o indirectamente en sus integrantes (Sentencia T-411-99) puede interponer la acción de tutela, directamente o mediante apoderado judicial; cabe entender que la titularidad alcanza a los menores de edad y a los extranjeros en tanto sujetos de derechos fundamentales violados o amenazados, en el caso de los menores cualquier persona también puede demandar para proteger sus derechos; las comunidades indígenas también son titulares de la acción de tutela en defensa de sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. La acción de tutela se puede demandar directamente o mediante abogado; también tienen legitimidad para demandar el Defensor del Pueblo, los Personeros Municipales y la ley autoriza a la agencia oficiosa la defensa judicial cuando el afectado no pueda promover su propia defensa; se reconoce el rol de apoyo procesal a los “amigos de la corte” –*amici curiae*–.

Legitimación Pasiva.- Se interpone contra cualquier autoridad pública o particulares<sup>25</sup>.

Cabe también el amparo contra particulares en Bolivia, Chile, República Dominicana, Paraguay, Uruguay y Venezuela, entre otros países.

En Perú la relación de los sujetos procesales proviene no sólo de quien es el agraviado y de quien es el agraviante, sino que también gozan de legitimación para obrar —terceras personas e instituciones—, dado el carácter flexible del amparo sobretodo en la tutela de derechos difusos; ello en la medida que opera la presunción procesal *iuris tantum* favorable a la víctima:

Legitimación activa.- La ejerce la persona natural, peruana o extranjera, asimismo, las personas jurídicas privadas, peruanas o extranjeras, en los derechos constitucionales que les sean afectados o amenazados. Sin embargo, surge la cuestión si la legitimidad alcanza a las personas jurídicas de derecho público. Al respecto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido que sí les corresponde accionar el amparo, pero sólo en relación con los derechos fundamentales referidos

25. Ortiz, Julio César. “La acción de tutela en la Carta Política de 1991. El derecho de amparo y su influencia en el ordenamiento constitucional de Colombia”..., op.cit..

al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva. Asimismo, la Defensoría del Pueblo tiene una legitimación institucional, pues está habilitada para la defensa de derechos individuales y sociales, así como puede interponer la acción de amparo cualquier persona cuando se trate de amenazas o violación del derecho al medio ambiente (Caso Doe Run Exp. N° 2002-2006-PC/TC) u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos. Por último, cualquier persona puede comparecer en nombre de quien no tiene representación procesal, cuando esté imposibilitada de incoar la demanda, pero una vez superado el *impasse* deberá ratificar la actuación del procurador de oficio; cabe recibir informes y ser escuchados en la audiencia oral al *amicus curiae*.

Legitimación pasiva.- La ejerce la autoridad, funcionario o persona particular que viola o amenaza un derecho fundamental; sin perjuicio de ello, la defensa de los intereses del Estado en un juicio se realiza a través de los Procuradores Públicos. Pero, tanto el afectado como el demandado pueden comparecer mediante representante procesal, no es necesaria la inscripción de la representación otorgada.

En Argentina se asume el amparo como un proceso bilateral, antes que unilateral de la víctima, frente al Estado y a los particulares, de modo que se regula a los sujetos procesales mediante su calidad de partes procesales, para lo cual requieren<sup>26</sup>:

Legitimación activa.- La demanda de amparo la puede interponer cualquier persona titular de un derecho violado –*legitimatío ad causam*–; pero, les corresponde al defensor del pueblo y determinadas asociaciones cuando se afecten derechos como producto de la discriminación, para tutelar a los usuarios y consumidores, garantizar la competencia, proteger el medio ambiente y los derechos de incidencia colectiva. No obstante, en estos casos se asume que el promotor del amparo colectivo deber ser “afectado” de manera mediata o inmediata. El defensor del pueblo interviene no sólo a favor de los derechos sociales, económicos o ambientales violados, sino también en defensa de los derechos individuales; asimismo, un legislador esta habilitado para actuar contra una norma legal, siempre que acredite la afectación concreta de un derecho. Los demandantes sean personas jurídicas de derecho privado o público requieren de representación legal para actuar y las personas naturales cuando lo requieran por ejemplo por incapacidad –*legitimatío ad procesum*–. Cabe la participación de los *amici curie*.

26. Sagüés, Néstor. *Compendio de derecho procesal constitucional...*, op. cit., págs. 507-524.

Legitimación pasiva.- El recurso de amparo se postula contra la autoridad pública o persona particular, sea el autor y/o responsable del acto lesivo, esto último por cuanto no siempre el autor material o ejecutor del agravio es quien decidió dicho acto lesivo (Caso Kot de 1958, con el que además se asentó jurisprudencialmente el recurso de amparo, iniciado con el Caso Siri de 1957). En todo caso interviene el Fiscal al menos cuando se debata derechos y garantías constitucionales y temas vinculados al orden público y asuntos de interés general, como los ambientales. Si bien los terceros no son parte del proceso, podrían incorporarse cuando los efectos de la sentencia les perjudique o beneficie.

#### **4.2. Legitimación intermedia**

En México se puede calificar a las partes de la siguiente manera<sup>27</sup>:

Sujeto activo.- Es la parte actora, denominada quejoso o agraviado. Lo constituyen las personas naturales nacionales y extranjeras; los menores de edad y los sujetos a interdicción, pero mediante representante; el ofendido por un delito o las personas que tengan derecho a la reparación del daño o a exigir reparación civil; los ejidatarios –beneficiarios de la reforma agraria–, comuneros –pueblos indígenas– y campesinos; los núcleos de población ejidal o comunal; las personas jurídicas privadas legalmente constituidas; las sociedades extranjeras legalmente constituidas; las personas jurídicas de derecho público cuando se encuentren en el mismo plano del particular y que el acto o la ley objeto de la controversia afecte sus intereses patrimoniales.

Sujeto pasivo.- Es la parte demandada, aquella que lesiona o pretende vulnerar las garantías individuales. Lo conforman las personas físicas; la contraparte del agraviado en un proceso —en materia distinta a la penal— o persona extraña al proceso; el ofendido de un delito, o las personas que tengan derecho a la reparación del daño o a la responsabilidad civil; la persona que haya gestionado en su favor el acto administrativo impugnado; personas jurídicas privadas en su calidad de terceros perjudicados, pero nunca como sujetos pasivos directos debido a que el juicio de amparo sólo procede contra actos de autoridad; personas jurídica públicas, es decir a los órganos del Estado y a sus organismos descentralizados.

#### **4.3. Legitimación limitada**

En Brasil el *mandado de segurança* puede ser interpuesto por persona naturales –nacionales y extranjeras– o jurídicas –privadas o públicas– en defensa de

27. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *La acción constitucional de amparo en México y España*. México: Editorial Porrúa, 2000, págs. 228-261.



los derechos constitucionales líquidos y ciertos, es decir de carácter subjetivos y no intereses o derechos difusos ni colectivos, para cuya tutela existe el *mandado de segurança* colectivo. Sin embargo, en el caso de la titularidad de la acción por parte de los organismos públicos se requiere que tengan prerrogativas o derechos propios a defender, lo que en la práctica supone una forma de resolver conflicto de atribuciones entre organismos públicos, llenando así una laguna normativa para buscar pacificar las controversias entre estas entidades.

Asimismo, la Constitución de 1988 reconoce el derecho de los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, organización sindical, entidad de grupo o asociación legalmente constituida y en funcionamiento a ser titulares del *mandado de segurança* colectivo en contra de leyes y actos que en determinados supuestos vulneren derechos colectivos y difusos.

Finalmente, el Ministerio Público puede actuar como un sustituto procesal en la defensa de derechos colectivos o individuales homogéneos; asimismo, se ha incorporado el rol del *amicus curiae* –tercero que expresa sus puntos de vista y los efectos probables de un fallo–. No cabe contra actos de un particular, salvo que ejerza actividad delegada de la autoridad; tampoco contra particulares. Esto también sucede en Nicaragua, Panamá y El Salvador<sup>28</sup>.

### **5. Sentencias (alcances del fallo)**

La sentencia de amparo tiene como finalidad tutelar los derechos fundamentales violados. En esa medida, el pronunciamiento judicial final se orienta a dejar sin efecto el acto lesivo. Sin embargo, “toda decisión judicial tiene una dimensión subjetiva, en cuanto resuelve el caso concreto, y una dimensión objetiva, en cuanto sienta un precedente que es susceptible de ser tenido en cuenta en el proceso argumentativo de sucesivas resoluciones sobre idénticos o parecidos hechos”<sup>29</sup>, materia dilemática que se aborda en diversos grados de intensidad según se presenta a continuación:

28. Pinto Ferreira, Luiz. “Os instrumentos processuais protetores dos direitos no Brasil”. En: *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica...*, op. cit., págs. 419-420.

29. Xiol Ríos, Juan Antonio. “Alguna reflexiones al hilo de la ponencia de Ignacio Díez-Picazo «reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas en procesos constitucionales de amparo»”. En: *La sentencia de amparo constitucional. Actas de las I Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates N° 63, 1996, pág. 85.

### 5.1. Protección amplia

En el Perú, usualmente, la finalidad de la sentencia es la reposición al estado anterior de la violación del derecho fundamental; la sentencia no tiene naturaleza indemnizatoria, pero, cuando ello no es posible debido a que el daño se ha convertido en irreparable, el juez constitucional, luego de apreciar el agravio producido, puede pronunciarse sobre el fondo, estimando la demanda a efectos de exhortar al demandado para que no vuelva a afectar el derecho violado, pues de lo contrario, se le aplicarán las medidas coercitivas que incluye multas sucesivas y hasta la destitución, si se trata de un funcionario. La sentencia de amparo genera cosa juzgada constitucional cuando ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional; por ello, jurisprudencial y excepcionalmente, cabe un amparo contra amparo cuando éste último, resuelto por el Poder Judicial, haya violado por ejemplo los precedentes constitucionales vinculantes (STC Exp. N° 4853-2004-PA).

De otro lado, se puede solicitar la actuación de una sentencia estimatoria de primer grado, aunque haya sido recurrida; asimismo, si la sentencia de segundo grado fuera desfavorable sólo para la víctima, ésta puede recurrir al Tribunal Constitucional en recurso de agravio y si se la deniega el Poder Judicial puede acudir directamente en queja al Tribunal. Si se reiterase el agravio declarado en una sentencia de amparo, el afectado puede recurrir a la represión de los nuevos actos lesivos homogéneos, sin necesidad de entablar un nuevo proceso de amparo.

Si bien como regla general las sentencias sólo tienen efectos entre las partes de un proceso, también el Código Procesal Constitucional ha previsto en el artículo VII que a la sentencia constitucional que se pronuncie sobre el fondo de la controversia se le pueda otorgar efecto normativo de carácter general –*erga omnes*–; esto sin perjuicio que los jueces ordinarios están vinculados a la jurisprudencia constitucional en casos similares –*stare decisis*– previsto en el artículo VI *in fine* del CPC<sup>30</sup>. En base a la autonomía procesal desarrollada por la jurisprudencia constitucional<sup>31</sup>, por un lado, el juez puede realizar de oficio el control difuso no sólo de una norma legal, sino también de una norma estatutaria privada, cuando sea necesario para resolver el caso o, por otro lado, ante la falta de certeza de una violación el juez puede

30. Landa, César. “Los precedentes constitucionales”. En *Justicia Constitucional* Año III, N° 5, enero –junio. Lima: Palestra, 2007, págs.29-69; asimismo, revisar en este volumen, entre otros, a Montoya, Víctorhugo, “El *stare decisis* constitucional. Entre la vinculación de las sentencias constitucionales y las sentencias vinculantes constitucionales”..., op. cit., págs. 71-100.

31. Landa, César. “Autonomía procesal del Tribunal Constitucional”. En: *Justicia Constitucional* Año II, N° 4, julio–diciembre. Lima: Palestra, 2006, págs.63-95; asimismo, revisar en este volumen, entre otros, a León, Jorge, “El Tribunal Constitucional y la configuración de su Derecho Procesal”..., op. cit., págs. 29-61 .

disponer la supervisión periódica de una eventual afectación a futuro, sobre todo cuando se trata de los derechos a la salud por contaminación del medio ambiente, (Caso Praxair Exp. N° 3510-2003-AA/TC)

En Colombia la sentencia del juez de tutela ordena que el demandado actúe o se abstenga de hacer algo de manera inmediata; la sentencia no tiene carácter indemnizatorio, salvo que el afectado no disponga de otro medio judicial, y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una clara y arbitraria decisión, en cuyo caso el juez puede ordenar una indemnización en abstracto.

La Corte Constitucional ha establecido que existen tres tipos de sentencias: con efectos sólo *inter partes*; con iguales efectos, pero también aplicable la regla establecida a casos futuros iguales; y, con efectos *inter comunis*, como por ejemplo la tutela a favor de un preso que por las condiciones carcelarias es extensible a los demás presos que estén en ese estado de cosas inconstitucionales (T-153/98). Adoptada la decisión judicial en la Corte, se remite la sentencia al juez de primera instancia para que se encargue de la ejecución. En caso de incumplimiento, el agraviado puede ordenar un incidente de desacato y el juez puede incluso disponer el arresto del demandado<sup>32</sup>.

Pero en algunas declaraciones del estado de cosas inconstitucionales, la Corte se ha reservado la competencia de la supervisión de la ejecución del fallo, por ejemplo en el caso del desplazamiento forzoso de miles de personas debido al conflicto armado interno, dispuso una serie de medidas de respeto de los derechos fundamentales de los desplazados a ser asumidas por el gobierno y, en consecuencia, ordenó que se llevaran a cabo una serie de audiencias públicas para verificar su real cumplimiento (T-025 de 2004)<sup>33</sup>.

## 5.2. Protección intermedia

El complejo juicio de amparo mexicano consagra una clasificación de dichas sentencias en función de dos criterios:

32. Botero, Catalina. “La acción de tutela en Colombia: Ajustes necesarios y cautelas indispensables”..., op. cit.

33. Julio Estrada, Alexei. “Corte Constitucional (Colombia)”..., op. cit., pág. 139. En efecto, debido al conflicto interno armado que existe en Colombia desde hace más de cuarenta años, se han producido más de dos millones y medio de personas desplazadas internamente; creando un estado de cosas inconstitucionales debido al reiterado incumplimiento de las autoridades públicas de un conjunto de políticas públicas que la Corte decidió monitorear en el marco de la ejecución de su sentencia T-025.

El sentido en que se resuelve: sentencias que conceden el amparo; sentencias que niegan el amparo; sentencias que sobreseen el amparo; sentencias que conceden el amparo respecto de alguno o algunos de los actos reclamados y que sobreseen respecto de otro y otros actos reclamados.

Desde el punto de vista de la controversia resuelta: sobre violación de garantías individuales; sobre violación a los derechos del quejoso, derivados de la invasión de la competencia de la autoridad estatal por autoridad federal; sentencias de amparo que resuelven sobre violaciones de derechos del quejoso, derivados de la invasión de la competencia de la autoridad federal por autoridades estatales; sentencias que resuelven sobre violaciones o garantías individuales y sobre violaciones a derechos derivados del sistema de distribución competencial entre federación y Estados<sup>34</sup>.

Las sentencias de amparo sólo protegen al caso particular demandado y producen efectos que dependen de la clase de sentencia que se haya dictado<sup>35</sup>:

Sentencia concesoria del amparo:

1.- Si el acto reclamado es de carácter positivo, la sentencia que conceda el amparo tendrá por objeto restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas que guardaban antes de la violación.

2.- Si el acto reclamado es de carácter positivo y el amparo ha tenido por objeto proteger al quejoso contra la invasión de facultades competenciales (art. 103, fracciones II y III, Constitución Federal), la sentencia que conceda el amparo tendría por objeto restablecer las cosas al estado que guardaban antes de la violación de derechos derivados de la distribución de competencias entre federación y estados, restituyéndose al quejoso en el goce de esos derechos.

3.- Si el acto reclamado es de carácter negativo, el efecto del amparo sería obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir, por su parte, lo que la misma garantía exija.

34. Fix-Zamudio, Héctor - Ferrer Mac-Gregor Eduardo. "El derecho de amparo en México"..., op. cit., págs.502-508.

35. Cossío, José Ramón. "Juicio de amparo. Diagnóstico de posibles soluciones". En: *La reforma del proceso de amparo: la experiencia comparada*"..., op cit., págs. 219-220; asimismo, revisar <<http://www.Bibliojuridica.org/libros/libro.htm?!=911>> (enero 2010).

4.- Si el acto reclamado era de inminente aplicación y el quejoso logró impedir que se llevara a cabo mediante la suspensión, el efecto de la sentencia de amparo será que la autoridad responsable quede definitivamente impedida de consumar el acto reclamado.

5.- Si se trata de una sentencia concesoria de amparo directo, que ha otorgado el amparo contra una violación de procedimiento, el efecto de la sentencia de amparo consistirá en anular la sentencia impugnada en el juicio seguido ante la autoridad responsable y anular los actos del procedimiento violatorio, debiendo reponerse el procedimiento a partir de la violación procesal y dictarse nueva sentencia por la autoridad responsable.

Sentencia de sobreseimiento: 1.- Le dan fin al juicio de amparo. 2.- Se abstiene de emitir consideraciones sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto reclamado. 3.- Deja el acto reclamado en las condiciones en que se encontraba al promoverse el juicio de amparo. 4.- Cesa la suspensión del acto reclamado. 5.- La autoridad responsable recupera sus posibilidades de acción, de realización del acto reclamado.

Sentencia denegatoria del amparo: 1.- Declara la constitucionalidad del acto reclamado. 2.- Finaliza el juicio de amparo. 3.- Le da validez jurídica al acto reclamado. 4.- Cesa la suspensión del acto reclamado. 5.- Deja el acto reclamado en las condiciones en que se encontraba al promoverse el juicio de amparo. 6.- Permite que la autoridad responsable esté en condiciones de llevar a efecto la plena realización del acto reclamado.

En consecuencia, las sentencias de amparo sólo se extienden a la parte que lo solicitó (fórmula Otero). No obstante, desde el año 2001, existe un proyecto de reforma constitucional a fin de otorgar efectos generales a las resoluciones dictadas en las sentencias de amparo contra leyes, cuando exista cuando menos tres ejecutorias supremas uniformes<sup>36</sup>.

### **5.3. Protección limitada**

En Argentina la sentencia de amparo se limita a fallar concretamente sobre el petitorio demandado, de modo que no resuelve cuestiones abstractas si cesó la lesión; por ello, el fallo debe mencionar concretamente a la autoridad contra cuya

36. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo – Herrera García, Alfonso. “Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)”. En: *Crónica de Tribunal Constitucionales en Iberoamérica...*, op. cit., págs. 330-331.

decisión o acto se concede el amparo y determinar de forma precisa la conducta a cumplir con las especificaciones necesarias para su debida ejecución; aunque hay ejemplos como el del Caso Massa, en donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación “con tono activista y en cierto punto aditivo, diseñó un criterio normativo”<sup>37</sup>.

Asimismo, el fallo tiene efecto restitutorio del derecho violado, aunque en algún caso la jurisprudencia le ha otorgado efectos a futuro, a fin de evitar la repetición de actos lesivos así reputados en el fallo (Caso Badaro I y II, ante la falta de reglas sobre movilidad jubilatoria y Caso Río Negro ante la discriminación en la distribución periodística de la publicidad de la provincia de Neuquén)<sup>38</sup>. Pero, si la demanda repite los actos lesivos y sólo cambia la fundamentación, parte de la doctrina argentina entiende que se deberá plantear un nuevo proceso de amparo.

El amparo no está previsto para establecer sanciones o indemnizaciones por daños y perjuicios, pese a la determinación del acto lesivo y del responsable. Tampoco existe plazo para el cumplimiento de la sentencia, sino que queda librado a criterio discrecional del tribunal. Asimismo, los efectos del amparo concedido es *inter partes*, salvo en materia ambiental y otros cuando tutelan intereses colectivos, pero no en perjuicio de los no convocados al proceso, que de lo contrario verían afectado su derecho de defensa.

Jurisprudencialmente cabe interponer un amparo contra otro amparo, en la medida que la sentencia firme declarativa de la existencia o inexistencia de la lesión, restricción, alteración o amenaza arbitraria o manifiestamente ilegal de un derecho o garantía constitucional, hace cosa juzgada respecto del amparo, dejando subsistente el ejercicio de las acciones o recursos que puedan corresponder a las partes, con independencia del amparo. Finalmente, son procedentes las medidas precautorias o cautelares, en la medida que dentro del proceso de amparo es viable decretar providencias que dispongan medidas de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado.

En Brasil la sentencia estimatoria de un *mandado de segurança* es cosa juzgada inmutable; pero si fuera contrario, la decisión del *mandado de segurança* no

37. Bazán, Víctor. “La Corte Suprema de Justicia argentina se reinventa, presentándose como un tribunal constitucional”. En: *Cuestiones Constitucionales*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional N° 20, Enero-Junio. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, pág. 29.

38. *Ibidem*..., págs. 25-29 y 36-38.

impedirá que el agraviado pueda accionar en tutela de sus derechos y respectivos efectos patrimoniales. Por ello el Supremo Tribunal Federal ha señalado que “la decisión denegatoria del *mandado de segurança* no hace cosa juzgada contra el demandante, no impide el uso de la acción propia” (Súmula 304).

Así, cuando el fallo rechaza la demanda por cuestiones previas o falta de certeza en cuanto a los hechos, se podrá demandar nuevamente por otra vía procesal. Pero, si los hechos fueran probados y la sentencia deniega la medida, porque el juez considera que no hay un derecho líquido y cierto, se produciría la cosa juzgada material y no podría ser reabierta en otro proceso.

Cabe una medida cautelar a favor del acto impugnado a través de una medida liminar sustentatoria *–fumus boni iuris e periculum in mora–*, la que perdurará hasta la sentencia de primer grado<sup>39</sup>.

## 6. Conclusiones

El proceso constitucional de amparo cumple un rol protagónico en la protección de los derechos de las personas, sobretudo en una región como la latinoamericana que se caracteriza por contar con relativamente nuevos regímenes democráticos que buscan consolidar los fundamentos del Estado constitucional: proteger los derechos humanos como límite a los excesos del poder. Sin embargo, cabe señalar que los desafíos del amparo en un proceso de transición democrática son de naturaleza distinta, al estar vinculado directamente con los problemas democráticos de origen de cada país. En efecto, la naturaleza procesal del amparo tiene en su configuración constitucional, legislativa o jurisprudencial una concepción de la Constitución y del proceso, no exenta de la tensión permanente entre la política y el Derecho, como sucede en todo tipo de procesos al afrontar casos difíciles, por cuanto detrás de un gran proceso de amparo, siempre existe una gran cuestión de poder<sup>40</sup>.

Por ello, en América Latina encontramos modelos del proceso de amparo que van, por un lado, desde un “noble sueño” para quienes encuentran al proceso de amparo y a la justicia constitucional como mecanismos de obtener justicia, pero muchas veces con el peligro de su abuso o incluso fraude unilateral de los valores de la Constitución. Y, por otro lado, hasta “una pesadilla” para las élites de siem-

39. Ferreira Mendes, Gilmar - Mártires Coelho, Inocêncio - Gonet Branco, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Sao Paulo: editora Saraiva, 3ª edición, 2008, págs. 541-543.

40. Triepel, Heinrich. *Derecho público y política*. Madrid: Civitas, 1986, págs. 33-78.

pre que no han necesitado de la justicia constitucional para proteger sus intereses y más bien se preocupan de la inflación de los valores constitucionales e institutos procesales que desarrollan los jueces del amparo para tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos comunes.

En ese arco iris de posibilidades, cada país ha diseñado normativamente su modelo de amparo y más aún lo viene judicializando de distintas formas, en función de la tensión que produce la demanda por los derechos civiles, políticos, económicos y sociales, y, la oferta muchas veces limitada, más aún en épocas de crisis de escasez de oferta de derechos por parte de los poderes públicos y privados, aunque no siempre sea así en las normas constitucionales y legales.

Por ello, en línea de conclusión se puede señalar que en unos países el amparo puede ser concebido como un recurso procesal dependiente de los procesos ordinarios y en última *ratio* de los códigos procesales civiles, o, en otros países es entendido como un proceso judicial autónomo con normatividad procesal especial o autónoma en principio; asimismo, para unos su naturaleza puede ser unilateral y de protección subjetiva del derecho fundamental, en tanto su fin sea el *favor libertatis* o el *pro homine*, y, para otros su naturaleza puede ser la de un proceso bilateral y de carácter también objetivo, tanto en cuanto hay una relación de interdependencia entre los derechos de libertad y las competencias de la autoridad o de otros particulares, como orientada a la protección de valores constitucionales.

De un lado, el amparo se agota en las normas constitucionales y legales, dejando al juez la labor formalista de la aplicación de las mismas, y; de otro lado, se tiene una concepción que hace del amparo un medio de realización de dichas normas mediante la argumentación jurídica, no exenta de establecer reglas procesales, a través de la autonomía procesal que desarrolla el juez creativamente. El amparo en algunos países tutela derechos pre constituidos cuando son violados, por ello se le reconoce al amparo un efecto meramente reparador; pero, en otros, además de ello, surge la tutela mediante el amparo de derechos colectivos e implícitos que emanan de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, tutelándolos innovativamente.

Asimismo, en algunos países una relación jurídica se traslada rígidamente a la relación jurídica procesal, de donde emana la legitimación activa y pasiva para actuar, salvo la incorporación de terceros con legítimo interés; mientras que en otros países el modelo deja la relación procesal abierta a la legítima intervención de terceros –*amicus curiae*– e incluso instituciones garantes de los derechos fundamentales –defensorías del pueblo–. En unos casos, el amparo procede contra la



autoridad en la medida que se concibe que la violación a los derechos fundamentales sólo proviene de los poderes públicos –eficacia vertical–, mientras que en otros países además de ello se faculta a interponer el amparo contra particulares –eficacia horizontal–. En consecuencia, mientras que en unos países el amparo cabe contra sentencias judiciales y actos de gobierno; en otros, además de ellos se puede incoar contra normas legales de forma directa cuando son normas autoaplicativas.

Finalmente, por todo ello, se puede señalar que “el noble sueño” del modelo del amparo clásico reposa en una concepción liberal y privatista del proceso vinculada al quehacer de la justicia ordinaria, llevada a cabo en principio por los tribunales o cortes supremas que remontan a duras penas los anclajes del proceso privado. Mientras que “la pesadilla” del amparo moderno es una concepción garantista del proceso, que desarrollan sobretudo los tribunales constitucionales; los cuales en general vienen cumpliendo un rol protagónico en la tutela efectiva de los derechos fundamentales y la defensa de la supremacía constitucional.

LA PRIMERA CONSTITUCION MEXICANA  
Y LA GUERRA DE INDEPENDENCIA

**José Luis Soberanes Fernández**  
*Investigador del Instituto de  
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

1. *Introducción.*
2. *La subversión viene de la Metrópoli.*
3. *El siervo que forjó una nación.*
4. *La preparación del Congreso.*
5. *El Congreso empieza a trabajar.*
6. *El Congreso concluye el texto constitucional.*
7. *Y México tiene Constitución.*
8. *Los juristas de Apatzingan.*
9. *Y después ¿qué pasó?.*
10. *¿Y las autoridades virreinales?.*
11. *Y para despedirnos.*

## ***1. Introducción***

En estricto sentido, la de Apatzingán, no fue la primera constitución mexicana, fue un proyecto de constitución, muy especial, pues fue discutida y aprobada por una asamblea convocada *ad-hoc* (el Congreso de Chipancingo, también llamado de Anáhuac) pero sujeta a una ulterior aprobación del constituyente que se eligiera, en su día, una vez consumada la Independencia, lo cual nunca sucedió, por lo tanto, nunca entro en vigor. En efecto, el *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana* de 22 de octubre de 1814, también llamado Constitución de Apatzingan, fue algo muy especial para los mexicanos: fue nuestro primer texto constitucional completo, la síntesis de las ideas políticas de los insurgentes, la gran obra de don José María Morelos y Pavón, la primera vez que a nuestra patria se le llama “México” y, por supuesto, porque para los mexicanos, a pesar de todos los pesares, es la primera constitución.

Para entender el significado y alcances de la Constitución de Apatzingán, tenemos que tener presente tres circunstancias: 1) que en el momento en que se convoca el Congreso Constituyente y en los primeros meses en que funcionó (hasta el 5 de agosto de 1814), en estos lares estaba en vigor una Constitución: la de Cádiz de 19 de marzo de 1812; 2) que durante todo el tiempo en que el Congreso de Anahuac estuvo en sesiones, éstas se llevaban al mismo tiempo en que se peleaba la Guerra de Independencia; y 3) que el promotor, protector e inspirador de la Carta Magna de Apatzingán fue el generalísimo don José María Morelos y Pavón. Por esos motivos, procederemos a tratar, brevemente, antes de analizar el texto de Apatzingán, la relación entre México y la Constitución de Cádiz, la obra constitucional de Morelos y, finalmente, sus principales colaboradores en esta magna obra.

## ***2. La subversión viene de la Metrópoli***

Rebasaría los límites cronológicos de este trabajo describir la caída de los reyes españoles de la dinastía de los Borbón en 1808 a manos del emperador francés Napoleón I y la reacción popular que tales acontecimientos acarrearón con la creación de las juntas gubernativas –la eclosión juntera<sup>1</sup>– a uno y otro lado del Atlántico y la posterior idea de reunirse, dichas juntas, en un solo organismo. Efectivamente, después de la victoria de Bailén, el 19 de julio de 1808, a propuesta de las juntas

1. Cfr. Chust, Manuel (coordinador), 1808. *La eclosión juntera en el mundo hispánico*, México, FCE-El Colegio de México, 2007, 404 págs.

de Murcia y de Valencia, se constituyó la Junta Central Suprema Gubernativa de España e Indias, el 25 de septiembre del mismo año, en Aranjuez, la cual estuvo integrada por 35 miembros, bajo la presidencia del conde de Floridablanca.

Dicha junta convocó, en Decreto de 22 de enero de 1809, a las autoridades superiores de Indias, a designar un vocal a la misma por cada virreinato o provincia mayor (10 en total) a través de un proceso de elección por parte de los ayuntamientos combinado con la insaculación. De esta forma, el virrey–arzobispo de la Nueva España y el cabildo de la Ciudad de México designarían una terna dentro de la cual, por sorteo, salió nominado el tlaxcalteca residente en Sevilla, don Miguel de Lardizabal y Uribe, el 4 de octubre de 1809.

Con el arribo de Napoleón a Madrid, en diciembre de 1808, la Junta Suprema había tenido que salir de Aranjuez con destino a Sevilla, en donde permaneció todo el año de 1809. Para esto, en abril de 1809, a propuesta de Jovellanos, la Junta Central decidió convocar a un Parlamento, que llevara el españolísimo nombre de “Cortes”, de honda raigambre democrática-medieval, mismas que desde el siglo XVI no se reunía sino con fines protocolarios. Así fue como, por Decreto de 20 de mayo de 1809, se convocaba a Cortes Generales y Extraordinarias. Para ello se estableció una Comisión de Cortes con el propósito de preparar todo lo relativo al buen funcionamiento de dicha asamblea, así como resolver la participación americana en la misma.

Con motivo del ingreso de los franceses en Andalucía a principios de 1810, la Junta se trasladó al puerto de Cádiz, concretamente en la isla de León, en donde se autodisolvió, nombrando en su lugar a un Consejo de Regencia, más ágil por el corto número de sus integrantes, y emitiendo, con fecha 29 de enero de 1810, una nueva convocatoria a Cortes, la cual se publicó de manera extraña hasta el 31 de octubre de ese mismo año. El Consejo de Regencia se componía de cinco individuos, uno representante de América, quien precisamente correspondió al mencionado Miguel de Lardizabal. En principio, las Cortes tenían que tener una composición bicameral (al estilo inglés), lo cual no se logró, y deberían iniciar sus trabajos el primero de mayo de 1810, cosa que tampoco se consiguió. Por otro lado, se ideó un sistema de diputados suplentes que actuarían mientras llegaran los electos en América o de aquellos territorios peninsulares ocupados por Napoleón.

El 25 de abril de 1810 llegaron a la Nueva España las novedades ocurridas en Cádiz y el 7 de mayo de ese mismo año se juró obediencia a la Junta de Regencia por parte del virreinato.

Por Decreto de 14 de febrero de 1810, la Regencia ordenó la elección de los diputados americanos de manera similar a como se había dispuesto respecto a la elección de vocales de la Suprema Junta Gubernativa; para ello, los ayuntamientos de las capitales de las intendencias (provincias) elegirían a tres individuos, dentro de los cuales se sortearía uno, quien sería el diputado a Cortes.

Por Bando de 16 de mayo de 1810, la Real Audiencia-gobernadora, la cual había sustituido al arzobispo en el gobierno del virreinato de la Nueva España, mandó proceder a la elección de los diputados a Cortes, en las diversas intendencias: México, Puebla, Veracruz, Yucatán, Oaxaca, Michoacán, Guanajuato, San Luis Potosí, Guadalajara, Zacatecas y Tabasco, más aparte Querétaro, Nuevo León, Nuevo Santander y Tlaxcala, que, aunque no tenían tal calidad, por diversas razones, les dieron tal facultad. Además de éstos, habrá que agregar a los representantes de las Provincias Internas, que formalmente no eran parte del virreinato: Coahuila, Sonora, Sinaloa, Chihuahua, Durango, Nuevo México y Texas para lo cual, el intendente general Nemesio Salcido, ordenó el 28 de mayo proceder a la elección correspondiente. Charles R. Berry<sup>2</sup> nos informa que las Californias, al no ser parte de las Provincias Internas, dependían directamente del virrey de la Nueva España, sin embargo, la Audiencia-gobernadora se olvidó de ellas en el Bando de 16 de mayo, por eso no tuvieron diputado a Cortes.

Por Decreto de 18 de junio de 1810, la Regencia ordenó se hicieran las elecciones de diputados en donde no se hubieran hecho y que todos ellos se encontraran en la isla de León durante el mes de agosto, de tal suerte que el 24 de septiembre de 1810 quedó constituida la augusta Asamblea en el teatro de la isla de León, después de la solemne misa que se celebró.

Aunque de principio se había pensado hacer un sistema bicameral, como apuntamos antes, finalmente fue unicameral. Al acto de instalación asistieron 107 diputados, de los cuales, 59 eran propietarios y 48 eran suplentes, de estos últimos, 25 representaban las posesiones de América, pues sólo había llegado un propietario representante de Puerto Rico.

Nos dice Lucas Alamán<sup>3</sup> que los suplentes americanos eran eclesiásticos y abogados que se hallaban en Madrid pretendiendo canonjías y togas. Los dipu-

2. Cfr. "The Election of the Mexican Deputies to the Spanish Cortes, 1810-1822" en Lee Benson, Nettie, *Mexico and the Spanish Cortes, 1810-1822: Eight Essays*, 2ª. ed., University of Texas Press, 1968, pág. 12.

3. Cfr. *Historia de Méjico*, 2ª. ed. Méjico, Jus, 1968, T. III, pág. 8

tados suplentes por la Nueva España fueron: el Pbro. José María Couto (quien fue vicepresidente), el Cap. Francisco Fernández Munilla, don José María Gutiérrez de Terán (quien fue secretario, vicepresidente y presidente) el Pbro. Máximo Maldonado, el oidor honorario de la Real Audiencia de México, Octaviano Obregón, quien después fue electo diputado propietario por Guanajuato, el Pbro. Salvador San Martín y Andrés Savariego.

Los diputados propietarios electos en Nueva España fueron: Cango. José Beye de Cisneros, por México, Pbro. José Eduardo de Cárdenas y Breña, por Tabasco, Cango. José Cayetano de Foncerrada y Ulibarri, por Michoacán, Pbro. Miguel González y Lastiri, por Yucatán, Pbro. José Miguel Gordo y Barrios, por Zacatecas (fue vicepresidente y último presidente), Cango. Juan José Güereña, por Durango, (fue presidente), Pbro. José Miguel Guridi y Alcocer, por Tlaxcala, (fue presidente), Joaquín Maniau, por Veracruz, (fue vicepresidente y presidente), Mariano Mendiola Velarde, por Querétaro, (fue vicepresidente), Cango. Manuel María Moreno, por Sonora, el mencionado Octaviano Obregón, por Guanajuato, Cango. Antonio Joaquín Pérez por Puebla (fue presidente), Abog. Pedro Bautista Pino por Nuevo México, Pbro. José Miguel Ramos Arizpe por Coahuila y Pbro. José Simeón de Uría por Guadalajara (fue vicepresidente). También fueron electos, pero no pudieron asistir por diversas razones: José Florencio Barragán, por San Luis Potosí, Juan José de la Garza, por Nuevo León, Juan María Ibáñez de Corvera y Manuel María Mejía por Oaxaca, así como Bernardo Villamil, por San Luis Potosí.

La mayoría de los diputados electos en el Nueva España arribaron a Cádiz hasta 1811, con excepción de tres que llegaron en diciembre de 1810 (Guridi, Obregón y Antonio J. Pérez) y el de Nuevo México que se presentó hasta agosto de 1812 (lo cual tenía sentido pues de diputados constituyentes se habían convertido en diputados a cortes ordinarias una vez promulgada la Constitución). No nos dejó de llamar la atención, a los propios constituyentes de Chilpancingo, la desproporción del número de representantes peninsulares con respecto a los indianos, como lo veremos más adelante, al hablar del Manifiesto de 6 de noviembre de 1813

Pero regresemos a la isla de León, después de la elección del presidente y secretarios, el mismo día 24 de septiembre de 1810, cuando el diputado extremeño Diego Muñoz Torrero propuso al Pleno un decreto que contuviera los siguientes puntos: 1º La soberanía reside en la nación, la cual es representada por los diputados, 2º el reconocer como rey a Fernando VII, 3º la asunción del principio de división de poderes, de cuyo poder legislativo se reservaba a las Cortes, 4º el Consejo de Regencia, autorizado por las Cortes, ejercería provisionalmente

el poder ejecutivo, 5° se confirmarían a todas las autoridades civiles, militares y judiciales, y 6° se establecería la inviolabilidad de los diputados<sup>4</sup>.

Aunque de tiempo atrás, en la época de la Junta Central, se había hablado de una constitución, según el modelo francés, no fue sino hasta el 8 de diciembre, a propuesta del diputado de Nueva Granada, José Mejía Lequerica, en que se decide formalmente elaborar dicha Ley suprema. Al día siguiente, se integró una Comisión de 8 diputados para continuar los trabajos iniciados por la Junta Central para elaborar el proyecto de constitución, Comisión que comenzó a trabajar hasta marzo de 1811. En agosto del mismo año se concluyeron los cuatro primeros títulos, los que se comenzaron a discutir el día 25 del mismo mes; el resto del proyecto se concluyó en diciembre de 1811 y la discusión se terminó en febrero del siguiente año, para ser solemnemente promulgada y jurada el 19 de marzo de 1812.

Siguiendo a José Sánchez Arcilla Bernal,<sup>5</sup> mencionaremos los principios contenidos en la Constitución Política de la Monarquía Española de 1812: soberanía nacional, división de poderes, gobierno representativo que se canalizaba a través del sufragio, igualdad de todos los españoles (las antiguas colonias dejaban de serlo), los derechos fundamentales dispersos en todo el texto, es decir, no había un capítulo especial, confesionalidad del Estado, procedimiento dificultoso de reforma, establecía como órganos constitucionales del Estado: Cortes (parlamento), rey, secretarios del despacho, Consejo de Estado, tribunales de justicia (Tribunal Supremo de Justicia, audiencias y juzgados de primera instancia) y Gobierno de las provincias (con sus diputaciones provinciales y sus jefes políticos) y municipios. Como se habrá podido observar, la Constitución de Cádiz de 1812 prácticamente recoge todos los principios del constitucionalismo moderno<sup>6</sup>, por lo tanto representó la adopción de España y sus posesiones de ultramar el Estado liberal y democrático de derecho.

El 6 de septiembre de 1812, en plena Guerra de Independencia, el virrey de la Nueva España, Francisco Javier Venegas, recibió dicha ley suprema y la orden de publicarla y cumplirla, lo cual se anunció a la población por Bando del día 28 y se estableció el 30 de septiembre como día para la solemne jura de la misma en el salón principal del Palacio virreinal, acto al cual asistieron, aparte del virrey, la Real Audiencia y demás autoridades superiores residentes en la capital; el día 4 de octu-

4. Cfr. Sánchez Arcilla Bernal, José, *Historia del derecho. I. Instituciones políticas y administrativas*, Madrid, Dykinson, 1995, pág.828.

5. Cfr. *Ibidem*, págs. 831-835.

6. Cfr. Artola, Miguel, *Constitucionalismo en la historia*, Barcelona, Crítica, 2005, págs. 5-12

bre la juró el pueblo en las parroquias y el 5 lo hizo el Ayuntamiento de México. A partir de entonces la Plaza Mayor se denomina Plaza de la Constitución.

Es lógico que hubiera sido así, pues el virrey había sido nombrado por la Junta de Regencia, la cual había sido jurada, como señalamos antes, desde mayo de 1810. Ora, ni peninsulares residentes en este virreinato ni insurgentes enfrasados en el movimiento de la guerra de emancipación, estuvieron conformes con la constitución que mandaba la Metrópoli, como veremos más adelante con mayor amplitud, los primeros porque cuando los criollos pretendieron enarbolar, desde 1808, los mismos principios que informaban la Constitución de Cádiz, principalmente la soberanía popular, vieron en ello la inminente independencia de la colonia; los segundos porque sus verdugos –los realistas– habían sido nombrados por aquellos liberales puestos a transformar el Estado absolutista en un Estado liberal y democrático de derecho; pero, sobre todo, no debemos olvidar lo que nos recuerda Luis Villoro,<sup>7</sup> que mientras los liberales de Cádiz eran más de “corte francés”, jacobinos, inspirados en la Revolución de 1789, los criollos novohispanos estaban más por la tradición hispánica del parlamentarismo medieval, más escolástico. Parece mentira, ahora la subversión viene de la Metrópoli.

### ***3. El siervo que forjó una nación***

Al hablar de la Constitución de Apatzingán, es forzoso hablar del Generalísimo don José María Morelos y Pavón, a quien el Congreso Constituyente, que el mismo había convocado, en su primer día de trabajo efectivo, o sea, el 15 de septiembre de 1813, nombrole depositario del poder ejecutivo (aparte del título de “Generalísimo) con tratamiento de “Alteza”, lo cual fue rechazado por Morelos y manifestó que no quería más valimiento que el de “Siervo de la Nación”, que hasta nuestros días es una forma común de nombrar a nuestro héroe<sup>8</sup>.

José María Teclo, “hijo legítimo de Manuel Morelos y de Juana Pabón, españoles”<sup>9</sup>, nació el 30 de septiembre de 1765 en la novohispana ciudad de Valladolid, hoy Morelia, capital de Michoacán, según reza su fe de bautismo, el que se celebró el día 4 del mes siguiente. Entre 1789 y 1790, residió en Tahuejo,

7. Cfr. *El proceso ideológico de la Revolución de Independencia*, reimp. de la 2ª. Ed., México, UNAM, 1977, págs. 102-106

8. Morelos ya lo había expresado así en la carta que envió a Rayón el 3 de agosto, “y me tendré por muy honrado con el epíteto de humilde *Siervo de la Nación*” Misiva que volveremos a citar más adelante.

9. Cfr. Lemoine Villicaña, Ernesto, *Morelos, su vida revolucionaria a través de sus escritos y otros testimonios de la época*, 2ª. Ed. México, UNAM, 1991, pág.12 .



distrito de Apatzingán, dedicándose a labores del campo<sup>10</sup>. A los 25 años de edad regresó a su natal Valladolid para prepararse al sacerdocio, estudiando tanto en el Seminario Tridentino como en el Colegio de San Nicolás (no se han encontrado sus expedientes escolares); en 1795 obtuvo el grado de Bachiller en Artes por parte de la Real y Pontificia Universidad de México. En 1797, a los 32 años, se ordena sacerdote, con cuyo carácter es nombrado coadjutor en Uruapan, posteriormente cura interino de Churumuco y, finalmente, en 1799, cura de Carácuaro y Nocupétaro, oficio que alternaría con el comercio entre su parroquia y la capital de la intendencia michoacana.

Así, nos trasladamos al pueblo de Charo, vecino de Valladolid, el 20 de octubre de 1810, a donde Morelos acude a encontrarse con el Padre de la Patria, don Miguel Hidalgo y Costilla para acompañarlo dos leguas de camino, hasta Indaparapeo, en donde recibe el nombramiento de “Lugarteniente” del antiguo rector del Colegio de San Nicolás, con el fin de levantar en armas el Sur y tomar Acapulco; al día siguiente, 21, regresa a Valladolid para pedir permiso a la autoridad eclesiástica de abandonar su curato (dicen los políticos que en el arte de administrar la “cosa pública”, la forma es fondo).

Morelos no era un jurista, ni un militar profesional, ni un estadista, era un simple cura rural cuya congrua no alcanzaba ni para vivir decentemente y se tenía que completar con el ejercicio del comercio. Pero de sus aportaciones jurídicas, que es lo que ahora nos interesa, ¿en dónde estuvo su mérito? Pensemos que fue el gran catalizador que supo como nadie aprovechar y dar vida a cientos de ideas, aprendidas desde el Seminario, expresándolas ordenadamente, que indiscutiblemente sirvieron de fundamento a esta gran nación que es México.

Pasemos ahora a analizar las aportaciones jurídicas más importantes de don José María Morelos y Pavón al constitucionalismo mexicano, para lo cual nos tenemos que situar en la ciudad de Oaxaca, en febrero de 1813, en donde, según infiere Ernesto Lemoine<sup>11</sup>, Morelos madura la idea de un Constituyente, influido por Carlos María de Bustamante, quien cumplía funciones de su asesor jurídico, y de quien hablaremos con más amplitud párrafos adelante.

Pero, previamente, recordemos cómo el 21 de agosto de 1811, en Zitácuaro, don Ignacio López Rayón, en su calidad de sucesor de don Miguel Hidalgo, erigió una Suprema Junta Nacional Americana, la cual estaba presidida por él e integrada

10. *Ibidem*, pág. 14.

11. *Ibidem*, pág. 104.

además por don José Sixto Verduzco y don José María Liceaga, previéndose, además, la existencia de otras dos vacantes “para que las ocupe quando se presente ocasión igual número de sujetos beneméritos”. El cuarto vocal, quién si no, fue don José María Morelos, nombramiento que acusó recibo desde Oaxaca el 31 de diciembre de 1812 (fue muy tarde cuando se le notificó su designación); posteriormente, el 29 de marzo de 1813, el mismo Morelos manifestó a Rayón la necesidad de la elección del quinto vocal, entre “los principales de Oaxaca” señalando la conveniencia de que el número de integrantes de la junta aumentase a 7 ó a 9 y recordaba a Hidalgo cuando dijo en Guadalajara: “Formemos un Congreso, que se componga de representantes de las provincias”<sup>12</sup>. Rayón pensó que este quinto vocal podría ser don Jacobo de Villa-Urrutia, aquel fiscal de la Real Audiencia de México que se había destacado tanto en los sucesos de 1808 en la capital del virreinato, propuesta que evidentemente no transitó. Los demás miembros de la Junta dieron su autorización para la elección del quinto vocal y por ello, desde Acapulco, el 30 de abril de 1813, Morelos emitió la convocatoria.

Es importante tener presente cómo el licenciado Carlos María de Bustamante, por sí y en representación de otros oaxaqueños, le manifestó que era necesario erigir un “cuerpo augusto depositario de la soberanía”.

Así fue como Morelos, en Acapulco, el día 28 de junio de 1813, convoca a una Junta General de Representantes en el pueblo de Chilpancingo<sup>13</sup>, como punto intermedio entre los diversos territorios ganados para la causa de la Independencia; elevando dicho pueblo a la categoría de ciudad con el nombre de “Nuestra Señora de la Asunción”, patrona del templo parroquial de Chilpancingo, señalando el día 8 de septiembre (fiesta eclesiástica del Natalicio de la Virgen) del mismo año, como fecha que se debería reunir el Congreso con el propósito de elaborar una constitución. Convocatoria que Rayón calificó, según dijo él mismo, por influencia del padre Santa María<sup>14</sup>, de “carente de autoridad, prudencia y legalidad”<sup>15</sup>. El

12. *Ibidem*, págs. 58-59. Parece que el proyecto que redactó Severo Maldonado, del cual hablaremos más abajo, se lo llegó a mostrar al padre Hidalgo.

13. La elección tenía que hacerse entre teólogos y juristas, laicos o eclesiásticos, en forma similar a como se había hecho con los diputados a Cortes Constituyentes en España: se elegirían a tres y dentro de ellos, por insaculación, saldría el representante al Congreso.

14. Afirmación insostenible, si tenemos a la vista el contenido de la carta que dicho sacerdote escribió a Bustamante el 16 de abril de 1813. Cfr. *Infra* nota 50; sin embargo, quien dejó correr esta especie fue el propio Rayón, en su *Diario*, correspondiente al 4 -5 de julio, Cfr. Remolina Roqueñí, Felipe, *La Constitución de Apatzingán. Estudio jurídico-histórico*, Morelia, Gobierno del estado de Michoacán, 1965, pág. 101.

15. La respuesta de Morelos no se hizo espera; en carta de 3 de agosto, antes citada, dirigida a Rayón, le dice que “reasumiendo en sí todos los poderes con el pretexto de salvar a la patria, quiere que ésta

31 de agosto Morelos salió de Acapulco con destino a Chilpancingo, el 11 de septiembre expide el Reglamento del Congreso, el 13 se lleva a cabo una sesión preparatoria, donde resulta electo como presidente el licenciado José Manuel de Herrera, el 14 se realizó la sesión solemne de apertura, en donde se dio lectura a los Sentimientos de la Nación del propio Morelos; el día 15 se designa a Morelos, como apuntamos antes, Generalísimo y encargado del poder ejecutivo (cuando cambió el tratamiento de “alteza serenísima” por el de “siervo de la nación”), el 5 de octubre se promulgó un nuevo Decreto de abolición de la esclavitud, y el 6 de noviembre se expidió la Declaración de Independencia. A principios de 1814, el Congreso tiene que abandonar Chilpancingo para iniciar su vía crucis: Chichihualco, Tlacotepec, Tlalchapa, Guayameo, Huetamo, Tiripitío, Santa Efigenia, Apatzingán, Tancítaro, Uruapan y, finalmente, de nuevo, Apatzingán, en donde el 22 de octubre de 1814 se expide el *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, o sea, la Constitución de Apatzingán*.

El 22 de diciembre de 1815, en el pueblo de San Cristóbal Ecatepec, cerca de la Ciudad de México, a las 3 de la tarde, era fusilado por la espalda, como traidor, el más grande adalid de nuestra Guerra de Independencia, alguien que no anheló más título que el de “siervo de la nación” pero que en realidad fue su forjador.

#### ***4. La preparación del Congreso***

Regresemos a Chilpancingo, a principios del mes de septiembre de 1813, en donde ya se encontraba Morelos, quien con muy buena lógica jurídica se preocupó por emitir un Reglamento del Congreso, que, como señalamos antes, estaba datado el día 11 del mismo mes de septiembre<sup>16</sup>. Evidentemente, no fue posible que el Congreso estuviera reunido el día ocho, como lo había dispuesto el mismo Morelos en sus diversas convocatorias (no sólo fue la de 28 de junio, la reiteró varias veces después) y se tuvo que retrasar la sesión preparatoria para el día 14.

Pues bien, dicho Reglamento lo inicia con una especie de exposición de motivos, en la cual apunta que habiendo dispuesto la elección de los diputados de

perezca, pues mirandola peligrar, trata de atar las manos a todo ciudadano para que no ponga el remedio conveniente” Señala enfáticamente “La Junta se ha de verificar en Chilpancingo, Dios mediante” y así continúan con los terminos mas fuertes y humillantes hacia Rayón. *Cfr.* Lemoine, *op.cit* , págs. 344-346.

16. Reproducido tanto por Luis González (*Cfr. El Congreso de Anáhuac 1813*, México, Cámara de Senadores, 1963, págs. 72-80) como Lemoine (*Cfr. op.cit.* págs. 355-363). Según Luis González (*Loc. cit.* pág. 20), el redactor de este reglamento fue el licenciado Andrés Quintana Roo.

los territorios liberados por los insurgentes “a quienes se reconociese el depósito de la soberanía” había resultado “corto el número de electores que habían logrado reunirse” y “hallando no ser esta suficiente razón que deba dilatar más tiempo la reinstalación de un congreso soberano”, por lo tanto expedía el mismo Reglamento, cuya principal novedad, pensamos, era la inclusión de diputados suplentes que desempeñaran la función legislativa en tanto se pudiera elegir a los correspondientes propietarios. Evidentemente, igual que había procedido la Regencia de España respecto a los diputados a las Cortes, como lo señalamos con anterioridad.

Por ello, señalaba el artículo siete del Reglamento: “aunque no sea proporcionado el número de vocales –diputados– al de provincias, no afectaba este defecto para que los existentes ejerzan las funciones de la soberanía como si estuviese completa la representación”, de tal suerte que como se fueran liberando los territorios en poder de los realistas, se irían nombrando “diputados electorales –propietarios– que se agregarían al Congreso”. De igual manera, dispuso en el artículo noveno del Reglamento: “es indispensable ocurrir a nombramientos que suplan la impasibilidad de usar sus derechos en que la opresión tiene todavía una parte de la Nación”, así, en el siguiente artículo, Morelos resuelve: “señalaré ciudadanos ilustrados, fieles y laboriosos, que entren a llenar los vacíos”, o sea, se estableció la figura de diputados suplentes.

Continúa el Reglamento ordenando que en la primera sesión, el “cuerpo soberano se ocuparía de distribuir los poderes, reservándose para así el legislativo”, como se había dispuesto en Cádiz; el ejecutivo correspondería a aquél general electo como “generalísimo”, se reconocería como poder judicial a los tribunales que en ese momento existían, aunque apuntaba la urgente necesidad de reformar el absurdo y complicado sistema de tribunales españoles, y no le faltaba razón. Se debería nombrar un presidente, un vicepresidente que, con los dos secretarios, dividieran el despacho universal. Una cuestión de primera importancia fue el disponer que se procediera cuanto antes a expedir el decreto de declaración de independencia respecto a España, “sin apellidarla con el nombre de algún monarca”, en clara discordancia con Rayón y el bando de creación de la Junta de Zitácuaro, que comenzaba invocando el nombre de Fernando VII, en cuya representación –oficiosa– actuaba la Junta, lo que tanto había criticado Morelos. Se establecía la inmunidad de los diputados. Se ordenaba establecer un Tribunal Superior Eclesiástico “que cuide de la iglesia particular por la negativa de los obispos, entretanto se acude al pontífice”, al fin y al cabo Morelos era cura. Ordenaba convocar una “junta general de letrados y sabios de todas las provincias, para elegir... el Tribunal de Reposición o Poder Judiciario”.

Así, pues, mandó Morelos que en la mañana del día 13 se reunieran los electores presentes y se procedieran a elegir a los diputados de sus respectivas provincias. Parece que el único que fue electo fue don José Manuel de Herrera por Tecpan; previamente se había elegido por Oaxaca a don José María Murguía y Galardi, quien concurrió pocos días y después se retiró, siendo sustituido por don José Manuel Sabido y Crespo. Los tres miembros originarios de la Junta de Zitácuaro fueron designados diputados propietarios (sin ser electos): Ignacio López Rayón por Guadalajara, José Sixto Verduzco por Michoacán y José María Liceaga por Guanajuato.

Por fin llegamos al 14 de septiembre de 1813, en el pueblo de Chilpancingo (ya elevado a ciudad), en cuya iglesia parroquial se llevó a cabo la solemne apertura del Congreso, acto en el que Morelos pronunció el discurso inaugural y se llevó a cabo la lectura de los “Sentimientos de la Nación”. En esa ocasión, aparte de los ya mencionados diputados propietarios, fueron designados como suplentes: Carlos María de Bustamante, por México, José María Cos, por Veracruz, y Andrés Quintana Roo, por Puebla.

El discurso inaugural de Morelos es una pieza oratoria, muy adecuado al momento histórico en el que se vivía; que según ha demostrado Ernesto Lamoine<sup>17</sup>, fue redactado por Bustamante<sup>18</sup>, sin embargo, nuestro epónimo hizo algunos cambios, y como se conserva el texto original se pueden percibir cuáles fueron éstos, como cuando cambió la palabra “francmasónico” por “fanatismo”, o la fecha 8 de septiembre por 14, como resultaba lógico, y, lo más importante, la referencia a Fernando VII, cuando en el texto original decía “vamos a preparar el asiento que debe ocupar nuestro desgraciado príncipe Fernando VII, recobrado que sea del cautiverio que gime”, fue suprimido por Morelos, con lo cual, no queda duda de lo que pensaba y quería nuestro héroe.

Decíamos que el discurso de Morelos es una pieza oratoria propicia a la solemnidad que se vivía; sin embargo, hay dos puntos que queremos destacar: recobra la tradición escolástica del Siglo de Oro Español cuando señala: “La soberanía

17. Cfr: *Morelos... cit.* nota págs. 365 y 366.

18. Alfonso Noriega Cantú afirma, sin demostrarlo, que Morelos dictó directamente los *Sentimientos de la Nación*, tomando una supuesta cita textual (que no da la fuente) de Quintana Roo, cuando el Cura de Carácuaro le pidió le escuchara la lectura de tal documento, en una especie de ensayo, la víspera de la inauguración formal del Constituyente, lo cual está muy lejos de abonar lo asegurado por Noriega. Cfr. “La Constitución de Apatzingan” en *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 3ª ed., México, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1985, Historia constitucional, T. II pág. 40.

reside esencialmente en los pueblos; que transmitida a los monarcas, por ausencia, muerte, cautividad de éstos, refluye hacia aquellos” y “que ningún pueblo tiene derecho para sojuzgar a otro, si no precede una agresión injusta”.

Lo que nos parece muy interesante es el reclamo que hace a los liberales españoles reunidos en Cádiz en ese momento, apuntando “¿y podrá la España echar en cara a la América como una rebeldía este sacudimiento generoso que le ha hecho para lanzar de su seno a los que al mismo tiempo que decantan y proclaman la justicia de estos principios liberales, intentan sojuzgarla tornándola a una esclavitud más ominosa que la pasada de tres siglos”.

Por último, una minucia, aparentemente sin importancia, cuando Morelos dice: “Señor: vamos a restablecer el Imperio mexicano, mejorando el gobierno”, o sea, que don José María señalaba el nombre que tendría nuestra patria: México, como en efecto así ocurrió ya que el nombre que nos dimos en la Constitución de Apatzingan fue: “la América Mexicana”.

Pensamos que así como don Ignacio López Rayón había preparado un documento que orientara la próxima discusión de una ley fundamental, don José María Morelos quiso hacer lo propio, encargando, muy probablemente, como señalamos antes, su redacción, al licenciado don Carlos María de Bustamante, como, además, consta en el documento de acuse de recibo que suscribió el antiguo cura de Carácuaro, en Acapulco, el 28 de julio de 1813<sup>19</sup>. Dicho texto fue el origen de los Sentimientos de la Nación.

Así mismo, tenemos que mencionar, por otro lado, que también fray Vicente Santa María había redactado un proyecto de constitución, el cual no se conoce<sup>20</sup>. Igualmente, antes, Francisco Severo Maldonado había escrito un proyecto de ley fundamental, que tituló Constitución Orgánica para el Régimen de México, que había mostrado al padre Miguel Hidalgo, pero que no tuvo ninguna influencia en el Congreso de Chilpancingo

Los Sentimientos de la Nación no es una simple declaración de principios constitucionales, generalmente aceptados en ese momento histórico, como lo son la soberanía popular, la división de poderes o el reconocimiento de algunos derechos fundamentales, como el principio de igualdad, la supresión de la esclavitud

19. *Ibidem*, pág.341

20. *Ibidem*. pág. 349. Manuel Gutiérrez de Solana, citado por Remolina (*op cit.* pág. 99) nos informa que tal Proyecto se denominaba *Constitución Povisional del Imperio de Anáhuac*.

y el tormento, así como la inviolabilidad del domicilio. No, avanzaba, con algunas propuestas concretas de lo que debería ser la Nación que en esos momentos se pretendía surgiera a la vida pública.

Por ejemplo, así como propugnaba por la intolerancia religiosa, frenaba algunos excesos que había llegado el regalismo; proponía la formación de una especie de Consejo de Estado, que él denomina “junta de sabios”; aunque abonaba por la libertad de comercio, pedía que sólo fuese por algunos puertos, subsistiendo el almojarifazgo; sugería se reglamentara el paso de tropas extranjeras y la salida de las naciones del territorio patrio; y, finalmente, pedía poner orden en materia tributaria, en vista de la maraña que ya había llegado a ser la cuestión fiscal en la Nueva España.

Hay un párrafo en los Sentimientos de la Nación de enorme emotividad, nos referimos al artículo doce, que ha sido frecuentemente evocado (por ejemplo, se reproduce íntegramente el vestíbulo del local de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión) y viene a ser como la rúbrica del pensamiento de Morelos: “12 que como la buena ley es superior a todo hombre, las que dicten nuestro Congreso deben ser tales, que obliguen a constancia y patriotismo, moderen la opulencia y la indigencia, y de tal suerte se aumente el jornal del pobre, que mejore sus costumbres, alejando la ignorancia, la rapiña y el hurto”.

Al día siguiente, 15 de septiembre, como preveía el Reglamento, se reunió el Congreso con el fin de elegir al titular del Poder Ejecutivo, que con el título de “generalísimo” tenía que salir de entre los generales del Ejército Insurgente. Por supuesto, salió electo don José María Morelos y Pavón, quien, en un primer momento, declinó tal distinción; a propuesta de Quintana Roo se hizo un receso para reflexionar la decisión a tomar; cumplido tal receso, se ratificó la elección de Morelos, el cual puso cuatro condiciones de tipo administrativo, aceptó el cargo y juró defender la religión católica, la pureza de María Santísima, los derechos de la Nación Americana y servir lo mejor que pudiese el empleo que le habían conferido. Ahí fue donde cambió el título de “alteza serenísima” por el de “siervo de la nación”. Se nombró como secretario del Poder Ejecutivo a quien se desempeñaba como secretario del Congreso, licenciado Juan Nepomuceno Rosáinz.

### ***5. El Congreso empieza a trabajar***

No está por demás comenzar este párrafo haciendo referencia al Decreto de Morelos de 5 de octubre de 1813, aboliendo la esclavitud y ordenando poner en libertad a todos aquellos que se encontraran en tal situación, tal y como lo había hecho

en su día don Miguel Hidalgo, ordenando dar vida al principio de igualdad entre todos los hombres, acto que, por muchas razones, tenía un profundo significado.

Así llegamos al 6 de noviembre de 1813, según lo previsto en el Reglamento antes mencionado, cuando el Congreso de Anáhuac, como ya se le empezaba a llamar, declaró que la América Septentrional había recobrado el ejercicio de su soberanía, usurpado, y en tal concepto quedaba rota para siempre jamás y disuelta la dependencia del Trono español, y todo lo que ello implicaba. Dicha Declaración de Independencia era suscrita por Quintana Roo, como vicepresidente, junto con Rayón, Herrera, Bustamante, Verduzco y Liceaga, como diputados, además de Cornelio Ortiz de Zárate, como secretario. Sin embargo, en el acta de esa misma fecha, señala que también estuvo presente Morelos, que en ese día se incorporó Bustamante, quien presentó el proyecto de Declaración de Independencia, junto con la propuesta del restablecimiento de la Compañía de Jesús en nuestro país, después que Carlos III los había expulsado de sus dominios en 1767, y que Cos no pudo asistir ese día por enfermedad. Para entonces se retiró Murguía por lo cual se sumó Manuel Sabino Crespo como diputado por Oaxaca, como antes apuntamos.

De enorme interés resulta el Manifiesto que con esa misma fecha hicieron los diputados al pueblo, explicando el contenido y alcances de dicha Declaración de Independencia, particularmente por lo que toca a la relación de los insurgentes mexicanos con la Junta Central de España y las Cortes de Cádiz<sup>21</sup>. Veamos por qué.

Previamente, Morelos había dicho, cuatro días antes, desde Tlalcosautitlán<sup>22</sup> “Somos libres por la gracia de Dios, e independientes de la soberbia tiranía española, que con sus Cortes Extraordinarias, y muy extraordinarias, y muy fuera de razón, quieren cultivar el monopolio con las continuas metamorfosis de su gobierno, concediendo la capacidad de constitución que poco antes negaba a los americanos, definiéndolos como brutos en la sociedad”<sup>23</sup>. Por si alguien tuviese dudas, el generalísimo, con un lenguaje muy llano, dejó dicho muy claramente lo que pensaba.

Pero, sigamos adelante, así vemos cómo los diputados de Chilpancingo, en el Manifiesto referido, dicen: “El nombre de Fernando VII, bajo el cual se establecieron las juntas en España, sirvió para prohibirnos la imitación de su ejemplo, y privarnos de las ventajas que debía producir la reforma de nuestras instituciones

21. Lemoine y Luis González atribuyen la autoría de este texto a don Andrés Quintana Roo.

22. *Cfr.* González, Luis, *op.cit.* págs. 106-107.

23. Ese era el Morelos de verdad, hablando tal cual, no leyendo a su abogado ...



interiores. El arresto de un virrey, las desgracias que se siguieron a este atentado, y los honores con que la junta central premió á sus principales autores, no tuvieron otro origen que el empeño descubierto de continuar en América el régimen despótico, y el antiguo orden de cosas. ¿Qué eran en comparación de estos agravios las ilusorias promesas de igualdad con que se nos preparaba á los donativos, y que precedían siempre á las enormes exacciones decretadas por los nuevos soberanos?”.

Y continuaban diciendo: “Desde la creación de la primera regencia se nos reconoció elevados a la dignidad de hombres libres, y fuimos llamados a la formación de las cortes convocadas en Cádiz... pero este paso se dirigió á sancionar su esclavitud y decretar solemnemente su inferioridad respecto de la metrópoli” y más adelante apuntan: “nada fue bastante a concedernos en las córtes el lugar que debíamos ocupar, y a que nos impedian aspirar el corto número de nuestros representantes, los vicios de su elección –como si la selección de los diputados a Chilpancingo hubiese sido modelo de pulcritud democrática–, y las otras enormes nulidades”.

Para concluir señalando: “cuando tropas de bandidos desembarcaron para oponerse a tan justos designios –se refiere a la actitud que los novohispanos habían tenido respecto a su lealtad hacia España desde 1808–; cuando a las ordenes del virrey marchaban por todos los lugares precedidas del terror y autorizadas para la matanza de los americanos; cuando por esta conducta nos vimos reducidos entre la muerte o la libertad, abrazamos este último partido, tristemente convencidos de que no hay ni puede haber paz con los tiranos... Es por ventura obra del momento la independencia de las naciones? ¿Se pasa tan fácilmente de un estado colonial al rango soberano? Pero este salto, peligroso muchas veces, era el único que podía salvarnos”<sup>24</sup>.

Era muy clara la decisión de Morelos y de los hombres del Congreso de Chilpancingo: no dejarse llevar por “el canto de la sirenas” de la Junta Central, la Regencia o las Cortes de Cádiz (y apenas tenían razón, pues pocos meses después regresaba Fernando VII a España y lo primero que hizo, en Decreto de 4 de mayo de 1814, conocido en la ciudad de México el 5 de agosto del mismo año de 1814, fue abrogar toda la obra de aquel primer liberalismo español y restablecer el absolutismo en España y sus colonias) que tampoco profesaban ningún afecto

24. Es interesante el estudio que sobre *El Acta de Independencia* hizo Ernesto de la Torre Villar, el cual recomendamos ampliamente. Cfr: *La Constitución de Apatzingán y los creadores del Estado Mexicano*, 2ª. Ed. México, UNAM, 1978, págs. 47-54.

por los insurgentes de aquende los mares, como veremos más adelante, y por lo mismo deciden romper total y definitivamente con España, sin dejar siquiera aquel reducto que otros insurgentes habían conservado: reconocer que Fernando VII continuaba siendo el monarca de estas tierras americanas. El problema vino con don Ignacio López Rayón, para variar.

En efecto, don Ignacio López Rayón, a pesar de haber sido nombrado diputado propietario, no se presentó a las primeras sesiones del Congreso, ya sabemos lo que pensaba sobre el mismo, también conocemos la terrible respuesta que Morelos le dio, el 3 de agosto de 1813, a pesar de lo cual, tanto el 16 de septiembre como el 25 de octubre de 1813, el mismo Morelos le escribió pidiéndole se incorporara a la asamblea de Chilpancingo. Dice Lucas Alamán<sup>25</sup> “Rayón entonces, desamparado de todos, sin poderse sostener en la provincia de Michoacan, en la que era vivamente perseguido por los realistas, tuvo que ceder y manifestó su adhesión á la convocatoria” y continúa apuntando “vencido por tantas instancias, se puso Rayon en camino para Chilpancingo saliendo de Tancítaro el 7 de octubre con su familia y sus hermanos D. Ramon y D. José Maria”. El 30 de octubre llegó don Ignacio a la hacienda de Chichihualco de los Bravo y el 4 de noviembre rindió el juramento como diputado; el día anterior tuvo una reunión personal con Morelos, la que nos informa Rosáinz <sup>26</sup> fue bastante desagradable “Rayon se condujo con bajeza y humillación”.

En este mismo tenor, ahora tenemos que ver un nuevo episodio de esta controversia entre ambos prohombres de nuestro movimiento emancipador, ahora con relación a la Declaración de Independencia.

En un documento sin fecha, aunque pensamos que fue redactado tiempo después de la sesión de 6 de noviembre de 1813, don José Ignacio Rayón reitera lo que al parecer señaló de viva voz a los miembros del Congreso en esa misma sesión, ya que, según el propio texto, se había acordado suspender la publicación del Acta de Independencia “hasta que el orden de los sucesos públicos, y una discusión profunda y más detenida ilustraran al Congreso en materia tan árdua e importante”. Sin embargo, en la sesión de 8 del mismo mes de noviembre, el Congreso acordó enviar el Acta de Independencia al intendente de Oaxaca, junto con el Manifiesto del propio Congreso, con el objeto que “se imprimiese a la mayor brevedad tirándose mil y quinientos ejemplares de cada uno de ellos” uno de los cuales vio Rayón, con lo cual nos explicamos el tremendo disgusto que tenía este caudillo.

25. *Cfr. Op. Cit.* T. III pág. 349

26. *Ibidem* T. III, p.ág 256

Pues bien, en el documento de marras, nos recuerda su autor, que desde los primeros días de la Guerra de Independencia, era opinión común que se eligiera un cuerpo soberano “fiel depositario de los derechos de Fernando VII”, que los insurgentes se habían levantado en armas para luchar contra la arbitrariedad del gobierno, “pero jamás quisieron ofender la autoridad de un rey que ha sido sagrado en sus corazones”. Aseguraba Rayón que después del desastre de Puente de Calderón, en 1811, en Saltillo había corrido la especie de que Hidalgo iba a romper todos los lazos de América con la Metrópoli, declarando la independencia del trono de los Borbones; que por ello hubo una gran decepción del ejército insurgente, que muchos se pasaron al bando realista, con terribles consecuencias, hasta llegar a la prisión de Hidalgo, Aldama y los demás primeros jefes (parece que con esas afirmaciones don Ignacio Rayón no conoció las declaraciones del padre Hidalgo frente a sus jueces en Chihuahua). Llegando a afirmar que él –Rayón– se había percatado, durante el año que recorrió gran parte del virreinato, del gran amor que el pueblo tenía por el monarca español, convicción que lo había llevado a señalar en el Bando de erección de la Junta de Zitácuaro, que esta gobernaría en nombre de Fernando VII (parece que también ya se la había olvidado lo que había asegurado a Morelos sobre éste particular).

A mayor abundamiento prevé que la abierta Declaración de Independencia ocasionaría daños irreparables, que se perdería “cierta inviolabilidad” que hasta entonces había tenido nuestro territorio respecto a algunas potencias extranjeras; que una vez consumada la Independencia los indios tendrían la pretensión que un descendiente de los antiguos tlatoanis fuera el rey de nuestro país; que se corría el riesgo que Inglaterra nos invadiera para cobrarse todo lo que España le debía, y que era mucho. Concluye señalando que una declaración de esa naturaleza en nada beneficia y sí pudiera resultar muy dañina.

Interesante el comentario que el comandante realista Calleja hizo sobre este documento de Rayón<sup>27</sup>: “este papel es acaso el más importante de todos porque en él se descubre perfectamente cuáles han sido las ideas y miras de los rebeldes, para quienes el nombre del rey, nuestro señor, fue desde el principio de la insurrección un mero pretexto a fin de alucinar a los pueblos, al gobierno español y a la Europa entera”.

El conflicto entre Morelos y Rayón nunca fue superado, así lo acreditan las durísimas palabras que utilizó don José María para referirse a<sup>28</sup> don Ignacio en una carta que le

27. *Cfr.* Lemoine, *op.cit.* nota pág. 430.

28. *Ibidem* pág. 465

dirigió a don Nicolás Bravo, suscrita en Aguadulce el 26 de agosto de 1814<sup>29</sup>, cuando afirmó: “parece que el Sr. vocal Rayón ha reincidido en el delito de contrarrevolución y con miras ambiciosas evacuó a Oaxaca, dejándosela al enemigo sin tirar un tiro; ha chocado con el teniente coronel Rosainz, y qué sé yo qué planes formará con la venida del anglo por Nautla.” Por supuesto, no nos referimos a los otros conflictos interpersonales que tuvieron ambos insurgentes, por rebasar los límites de este trabajo.

### ***6. El Congreso concluye el texto constitucional***

Continuemos con la marcha del Congreso, el cual, por acuerdo suscrito en Tlalchapa el 14 de marzo de 1814 (aunque hay autores que lo datan el día 1 del mismo mes), se aumentó a 16 el número de diputados y se privó a Morelos del ejercicio del Poder Ejecutivo, el cual asumió directamente el Congreso, a través de un Consejo de 5 diputados, conservando Morelos el mando militar y el grado de generalísimo, más aparte el nombramiento de diputado por Nuevo León; así también Don José María Liceaga fue electo Presidente del Congreso.

En este tenor fueron designados los siguientes diputados al Congreso Constituyente: José Sotero Castañeda, por Durango, Cornelio Ortiz de Zarate, por Tlaxcala, José María Ponce León, por Sonora, Francisco Argandar, por San Luis Potosí, Antonio Sesna, por Puebla, José de San Martín, “por ningún lugar” (a lo mejor podría ser un antecedente de los diputados “pluris” actuales) y Manuel Aldrete y Soria por Querétaro. De igual manera se nombraron intendentes: José María Murguía, de Oaxaca (quien había sido originalmente diputado por Oaxaca para el Congreso de Chilpancingo), Ignacio Alaya, de Técpan, José María Rayón, de México, José Antonio Pérez, de Puebla, José Flores, de Veracruz, Pablo Delgado, de Valladolid y José Pagola, de Guanajuato.

Ya hemos dado cuenta del lastimoso peregrinaje del Congreso, el cual es descrito por el Profesor Lemoine en estos términos: “A salto de mata, perseguidos como perros rabiosos, dispersados varias veces, padeciendo hambre y sed, atormentados por los mosquitos y otras alimañas, sofocados por el calor y el polvo, a merced de fieras y epidemias”<sup>30</sup>.

En relación con el progreso que llevaba la redacción del texto constitucional, tenemos que dar cuenta del manifiesto que suscribió Don José María Liceaga, en

29. *Ibidem*, nota, págs. 485-486.

30. *Ibidem*, pág. 115.

su calidad de presidente del Congreso, en unión de Remigio de la Garza como secretario del propio cuerpo colegiado, en Huetamo, el 1 de junio de 1814, titulado “El Supremo Congreso Nacional, a los habitantes de estos dominios” en el cual expresaba que la Comisión encargada de formular el proyecto de Constitución “interina” –integrada por Andrés Quintana Roo, Carlos María de Bustamante<sup>31</sup> y José Manuel Herrera– “se daba prisa para poner su trabajos en estado de ser examinados y en breves días veréis, ¡oh pueblos de América! la carta sagrada de libertad que el Congreso pondrá en vuestras manos”<sup>32</sup>. En el mismo sentido, el diputado José Manuel Herrera, en Tiripitio, el 15 de junio, repitió el contenido de dicho manifiesto.

Luis González<sup>33</sup> nos dice que las primeras líneas de la aludida Carta, o sea la Constitución, se tiraron en Guayameo, conforme a discusiones que se tuvieron en Santa Efigenia, trabajo parlamentario que se llevó a cabo “bajo los árboles del campo, a veces en malas chozas, por unos legisladores que los más de los días se alimentaban con esquites e iban constantemente de un sitio a otro dizque protegidos por una escolta compuesta de ochenta rancheros, armados con garrotes y cinco fusiles”.

A principio de octubre de ese año, el Congreso se hallaba en Apatzingán, llevando casi concluido el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, el cual fue solemnemente jurado en dicha plaza el 22 de octubre de 1814, la Constitución de Apatzingan, como mejor se conoce. Al respecto nos relata el mismo Luis González<sup>34</sup> “Los soldados que allí estaban, y que hasta entonces habían andado casi desnudos, vistieron uniforme de manta; Morelos y el doctor Cos lucieron unos riquísimos –uniformes– y todos en general se pusieron la ropa más decente que tenían. Hubo misa de acción de gracias, *Te Deum*, banquete y baile. Morelos, depuso su natural medida, y con jovial alegría, danzó y abrazó a todos”.

Una pregunta que nos planteamos inmediatamente es: ¿no hubo alguna reacción de las autoridades peninsulares respecto al Congreso que produjo la Constitución de Apatzingán?. Sí, sí que la hubo. En primer lugar tenemos la Carta fechada

31. Recordemos la carta que Morelos dirigió a Bustamante el 28 de julio de 1813, en la que le dice: “La Constitución formada por V. S. denota bien su instrucción, basta en la jurisprudencia. Ha sido, en lo esencial, adoptada.” Quizá Morelos se refiera más bien a los *Sentimientos de la Nación* que al texto de Apatzingán.

32. Cfr: Lemoine, *op.cit.*, págs.472-474.

33. Cfr: *Op.Cit.* pág. 115.

34. *Ibidem*, pág. 22.

el 26 de febrero de 1814<sup>35</sup> por el Ministro de ultramar del Consejo de Regencia de España, Juan Álvarez Guerra, remitida al Virrey Calleja que señalaba: “Una reunión que hizo en Chilpancingo, con título de Congreso, el rebelde Morelos, para hacerse elegir Generalísimo y Jefe Supremo del Poder Ejecutivo... aunque violenta y con todo el carácter de impostura y ridiculez que lleva en sí misma, no dejará de haber producido algunas ilusiones perniciosas y dándole cierto grado de autoridad entre las bandas que acaudillan, por lo que... deberá V.E. tomar todas las medidas que le sugieran sus luces y acreditándose, para contrariarlas y desvanecer las impresiones que pueda haber hecho, procurando en lo sucesivo impedir que se verifiquen semejantes conventículos”. Más adelante veremos las diversas reacciones de las autoridades novohispanas, particularmente contra la Carta Magna de Apatzingán.

## 7. *Y México tiene Constitución*

Nos corresponde analizar ahora, de manera superficial necesariamente, el contenido del *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana*, de 22 de octubre de 1814.

Al día siguiente, o sea el 23, los propios diputados<sup>36</sup> que firmaron dicho Decreto suscribieron una especie de exposición de motivos del mismo, con el título de *Los diputados de las provincias mexicanas a todos sus conciudadanos*. Es un texto con una retórica muy de la época e inflamada con los sentimientos patrios del momento que se vivía al haberse expedido la primera constitución mexicana.

De este manifiesto queremos destacar tres pasajes; el primero dice “La patria misma reclamó nuestros sacrificios, y comenzando por el de nuestra propia reputación, lo aventuramos todo, muy asegurados de que a vueltas de nuestros yerros, había de aparecer la sinceridad de nuestros respetos y rectitud de nuestras intenciones”.

A la mitad del documento se destaca el núcleo fundamental de la constitución recién promulgada : “La profesión exclusiva de la religión católica, apostólica romana, la naturaleza de la soberanía, los derechos del pueblo, la dignidad

35. *Crf. Lemoine, Op. Cit. pág. 461-462.*

36. Igual que con el texto del *Decreto*, cinco diputados no pudieron firmar el documento que comentamos: Ignacio López Rayón, Manuel Sabino Crespo, Andrés Quintana Roo, Carlos María de Bustamante y Antonio de Sesma; sin embargo se hacía la aclaración “poseídos de los mismos sentimientos que se expresan en este manifiesto, no pudiendo firmarlo por hallarse ausentes”. Aquí ya no figuró José de San Martín (el diputado “por ningún lugar”) y apareció José Moctezuma por Coahuila.

del hombre, la igualdad, seguridad, propiedad, libertad y obligaciones de los ciudadanos, los límites de las autoridades, la responsabilidad de los funcionarios, el carácter de las leyes: he aquí, mexicanos, los capítulos fundamentales en que estriba la forma de nuestro gobierno ... se prescribe la organización de las supremas corporaciones, que derivados de la fuente legítima de los pueblos, parten entre sí los poderes soberanos... quedan sujetas a la sobrevigilancia mutua, y reducidas sus funciones a un período determinado”.

Realmente en estas sencillas líneas se contenía la síntesis de un compendio de constitucionalismo moderno, con todos sus elementos, con lo cual nuestra patria no sólo estrenaba nombre; ¡México! (ya no América Septentrional), sino que además se declaraba lista para que, una vez alcanzada la anhelada independencia nacional, ingresar al mundo de las naciones libres como un Estado liberal y democrático de derecho: ahí estaba la justificación de nuestro movimiento armado de la segunda decena del siglo XIX.

Finalmente, el punto de honradez democrática que cerraba toda la obra del Constituyente de 1813-1814, cuando dicen: “¡Oh! Quiera el cielo llegue el afortunado día en que pacificado nuestro territorio, se instale la representación nacional, ante cuya majestad tributemos el justo homenaje de nuestra obediencia, según que hemos prometido delante de los altares, y de aquella soberanía recibimos la constitución permanente de Estado”.

O sea, lo que hemos apuntado en varias ocasiones a lo largo de este trabajo, el Decreto Constitucional de Apatzingán no era una constitución en su sentido estricto, quizá un proyecto de constitución, o constitución provisional, pero siempre sometido a la condición suspensiva de que concluyera la guerra, se consumara la Independencia, se convocara a un congreso constituyente, con todos los requisitos exigidos en una normalidad democrática, para que, revisado el texto de Apatzingán, se promulgara por dicho congreso constituyente la ley fundamental y suprema definitiva de México.

A) Sobre las fuentes. Don Lucas Alamán, testigo cualificado de estos momentos de la historia de nuestro país, señala<sup>37</sup>:

Por el breve análisis que se acaba de hacer de esta constitución, se echa de ver que los principios y definiciones generales con que comienza, son tomados de los escritores franceses del tiempo de la revolución, la división de poderes, sus

37. Cfr. *Historia de Méjico*, cit. T IV, pág. 118.

facultades, y el sistema de elecciones en tres grados de sufragios, es una imitacion o copia de la constitucion de las cortes de Cádiz; la administracion de hacienda y juicios de residencia de los funcionarios de la mas alta jerarquía, un recuerdo de las leyes de Indias.

El 1952, el profesor español afincado en México, José Miranda, en su obra, que ya es clásica, *Las ideas y las instituciones políticas mexicanas. Primera parte (1521-1820)*<sup>38</sup>, afirma que “la Constitución de Apatzingán toma prestados muchos elementos de sus antecesoras en la serie, es decir, de las que brotaron de la misma fuente... que eran los principios liberal, democrático, representativo y de la división de poderes... y como tal formulación había sido ya hecha por los revolucionarios franceses de finales del XVIII”. Y más adelante, citando al propio Morelos, en el proceso que le siguió la Inquisición, cuando afirmó que dicha carta magna había “tomado sus capítulos de la Constitución española de las Cortes y de la Constitución de los Estados Unidos”; sin embargo le rebate Miranda al señalar: “no es cierto, pues aunque la Constitución de Cádiz fue algo utilizada por los constituyentes de Apatzingán, no parece haberlo sido casi nada la americana, y en cambio sí lo fueron mucho las constituciones francesas, especialmente las de 1793 y 1795”.

La opinión de Miranda es compartida por Luis González<sup>39</sup>, Luis Villoro<sup>40</sup> y Mario de la Cueva. Éste último, de manera superficial, concreta dicha influencia en la obra de Rousseau<sup>41</sup>, pues después de dedicar la mayor parte de su trabajo a presentar un resumen del libro de Verdross<sup>42</sup>, no prueba porqué o cómo el pensador ginebrino incidió en forma tan decidida, como él asegura, en Morelos y los redactores del Decreto de Apatzingan. La misma idea tenía Alfonso Noriega Cantú<sup>43</sup>, quien aseguraba, fundándose en el punto quinto de los Sentimientos, cuando señalaban que la soberanía dimanaba directamente del pueblo, lo cual no merece mayor comentario.

En nuestra modesta opinión, consideramos que si bien en el texto de Apatzingán hay algunos elementos roussonianos, ello se debió a que en el bagaje cultural de cualquier hombre ilustrado de la época se conocía, de manera más

38. 2ª. Ed, México, UNAM, 1978, pág. 362.

39. Cfr: *op. cit.* pág. 19.

40. Cfr: *El proceso ideológico de la Revolución de Independencia*, cit. pág. 112.

41. Cfr: “Idea de soberanía” en *Estudios sobre el Decreto Constitucional de Apatzingán*, México, UNAM, 1964 págs. 245-333.

42. *La filosofía del derecho del mundo occidental. Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas*, trad Mario de la Cueva, México, UNAM, 1962, 433 págs.

43. Cfr: *op.cit.* pág. 47.



o menos profunda, las ideas de Juan Jacobo. Cosa que no podemos decir de los *Sentimientos de la Nación*, en que tal influencia es mucho más tenue. Sería poco serio de nuestra parte afirmar una impronta decisiva y definitoria del ginebrino en la masa total de lo que llamamos la primera constitución mexicana, integrada por todos los documentos que se generaron en torno al Congreso de Anáhuac, que hemos venido dando cuenta en este trabajo, desde el Reglamento de 11 de septiembre de 1813 al *Decreto de Apatzingán* de 22 de octubre de 1814.

Por su parte, Ernesto de la Torre Villar, quien indiscutiblemente ha profundizado mucho más en esta cuestión, en primer lugar en su obra *La Constitución de Apatzingán y los creadores del Estado mexicano*, editado por primera vez en 1964, dedica un buen espacio a ello<sup>44</sup>, además confiesa “la depuración de las ideas europeas en las constituciones americanas es una tarea aún por hacer”; particularmente se refería a las fuentes ideológicas de una serie de leyes fundamentales de nuestra región latinoamericana expedidas entre 1810 y 1820; sin embargo, en otro trabajo, cuya versión que conocemos es de 1977<sup>45</sup> titulado “El Decreto Constitucional de Apatzingán y sus fuentes legales”<sup>46</sup> hace un enorme esfuerzo en este sentido, aunque más bien referido a los precedentes legislativos constitucionales, no tanto de autores o corrientes del pensamiento, aunque no deja de apuntarlos.

Para de la Torre Villar existen dos vías de influencia a los constituyentes de Apatzingán: la legal y la doctrinal; la primera se refiere a los textos constitucionales de otros países y la segunda, evidentemente, a los tratadistas, filósofos, politólogos y juristas de la Ilustración dieciochesca y de los primeros años del XIX. En cuanto a los primeros, habla de una triple procedencia: norteamericana (principalmente las cartas fundamentales de Massachusetts-Bay de 1780, de Pennsylvania de 1790 y la Federal de 1787), las francesas (1791, 1793 y 1795) y por supuesto la española de Cádiz de 1812; tomándose la molestia de elaborar cuadros comparativos del texto literal del Decreto de Apatzingán con esas siete constituciones, trabajo que nos resulta muy útil.

Por lo que se refiere a la influencia doctrinal, don Ernesto cita las autoridades de Locke, Hume, Jefferson, Bentham, Pane, Burke, Montesquieu, Rousseau,

44. *Cfr. op. cit.*, págs. 78-84.

45. La versión que manejamos apareció en *Estudios de historia jurídica*, México, UNAM, 1994, 431 págs. que es una colección de trabajos de don Ernesto que le editó el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en donde cada trabajo recopilado señala su fuente, sin embargo, éste en particular que ahora citamos apareció por vez primera en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año X, nums. 28-29, enero-agosto de 1977, México, págs. 75-137.

46. *Cfr. ibidem* págs. 294-357.

Feijoó, Mariana, Suárez y Martínez Marina<sup>47</sup>; prácticamente los mismos que había invocado en su libro *La Constitución de Apatzingán...*, sin preocuparse, en ambos casos, de apuntar cómo y porqué se llevó a cabo dicha influencia; señala textualmente: “El Decreto... recibió, a más de la influencia de los cuerpos legales... ya señalados... de una evolución ideológica y política, la inspiración que se desprende de numerosos tratadistas, de teóricos de la política, europeos y americanos”<sup>48</sup>, por ello, había concluido “La depuración de las ideas europeas en las constituciones americanas es una tarea aún por hacer”<sup>49</sup>.

En este tenor, de descifrar las fuentes ideológicas de Apatzingán, no deja de ser importante considerar en primer lugar lo señalado por el padre fray Vicente Santa María<sup>50</sup> en la carta que dirigió a don Carlos María de Bustamante, fechada en Tlalpujahua el 16 de abril de 1813. Recordemos que dicho sacerdote había propuesto un proyecto de constitución, como lo señala el propio Morelos, el cual no pudo presentar ya que lo sorprendió la muerte en Acapulco, evidentemente antes de llegar a Chilpancingo, el 22 de agosto de 1813, sin embargo, en la misiva antes señalada, apunta cuáles serían las fuentes en las que deberían abreviar los constituyentes, como seguramente él lo hizo: “cuando vine, no fue sin los dos tomitos de Anacarsis y el diccionario de Sejournant que están aquí a disposición de usted y no olvide al incomparable Bentan, Principios de legislación que ahora es cuando debe ser nuestro oráculo”. Lemoine<sup>51</sup> nos precisa a qué obras se refería Santa María: *El viaje del joven Anacarsis a Grecia* de Juan Jacobo Barthelemi (1716-1795), editado por primera vez en 1788; Pierre de Séjournant, *Nouveau Dictionnaire françois-espagnol et latin composé sur les dictionnaires des Académies Royales de Madrid et de Paris*, París, Charles-Antione Jombert, 1775, dos vols.; y Jeremy Bentham, *An introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1780)<sup>52</sup>.

En esta apasionante tarea de “desbrozar la maleza que hay en este campo”, como dijera Ernesto de la Torre<sup>53</sup>, da un buen jalón el investigador español Emilio Martínez

47. Cfr. *Ibidem*. pág. 304.

48. Cfr. *Ibidem*. pág. 303.

49. Cfr. *La Constitución*. . cit. pág. 78.

50. Cfr. Lemoine, Villicaña, Ernesto; *Zitácuaro, Chilpancingo y Apatzingán. Tres grandes momentos de la insurgencia mexicana. Documentos transcritos, anotados y precedidos de un estudio preliminar*; México, Archivo general de la Nación, 1963, págs. 465-466.

51. *Ibidem* (nota a pie).

52. En la carta de marras, Santa María informa que él estaba traduciendo a Bentham, esfuerzo que se perdió cuando fueron secuestrados sus papeles.

53. *Supra* nota 49.

Albesa<sup>54</sup>, quien después de una acertada crítica a las posturas “oficialistas” que han pretendido señalar al Decreto de Apatzingán como punto de partida del liberalismo mexicano (en sentido de consumir la separación de la Iglesia y el Estado, teniendo como objetivo final la secularización de la sociedad, no como la consecución del Estado de Derecho), posturas más emotivas que académicas, lleva a cabo un análisis muy serio del contenido y fuentes de dicho texto constitucional, trabajo que en sí no es exhaustivo, pero sí representa una buena aportación a estos temas, para concluir diciendo: “En el decreto de Apatzingán convergen, así, elementos del criollismo, del pensamiento propiamente insurgente (que tiene mucho de un constitucionalismo histórico) y del incipiente liberalismo. Por ello, encontramos en el texto rasgos de tradicionalismo español, de la ilustración y de la modernidad política liberal”.

B) La teoría de la soberanía. El abordaje que Apatzingán hace de la soberanía es ciertamente prolijo, lo cual responde a razones históricas. En efecto, si bien es cierto que la concepción de “soberanía popular” hunde sus raíces doctrinales en la Segunda Escolástica española y más particularmente en el humanismo novohispano de la segunda mitad del XVIII, en esta ocasión no nos adentraremos en las mismas pues rebasaría los límites de este trabajo, ahora lo que nos interesa es destacar el hecho que, desde 1808, la mencionada noción de soberanía popular representaba una especial preocupación de los criollos novohispanos, lo que nos explica la actitud de los constituyentes de Apatzingán antes señalada.

Así fue como, cuando los monarcas españoles, Carlos IV y Fernando VII, fueron retenidos en Francia por el emperador Napoleón, la tesis que sostuvieron los criollos, aquende los mares, era que, no habiendo quien ejerciera la soberanía en la Península, ésta, la soberanía, había retornado a su titular original: el pueblo; afirmación ciertamente peligrosa para los españoles peninsulares, pues ya veían venir con ello el fundamento de la independencia. Reafirmar estos asertos era cuestión fundamental en esos momentos de nuestra guerra de emancipación, como en efecto lo señaló Morelos, en el punto cinco de sus Sentimientos de la Nación: “Que la soberanía dimana inmediatamente del pueblo, el que sólo quiere depositarla en Supremo Congreso Nacional Americano compuesto de representantes, dividiendo los poderes de ella en: legislativo, ejecutivo y judicial, eligiendo las provincias sus vocales y éstos a los demás que deben ser sujetos sabios y de probidad”.

54. *Cfr. La Constitución de 1857. Catolicismo y liberalismo en México*, México, Porrúa, 2007 T. I, págs. 337-353.

Así, pues, la Constitución de Apatzingan la define como “la facultad de dictar leyes y de establecer la forma de gobierno que más convenga a los intereses de la sociedad”, “es por su naturaleza, imprescriptible, inajenable e indivisible”, “reside originalmente en el pueblo y su ejercicio en la representación nacional, compuesta por diputados elegidos por los ciudadanos”, para concluir diciendo: “tres son las atribuciones de la soberanía: la facultad de dictar leyes, la facultad de hacerlas ejecutar y la facultad de aplicarlas a los casos particulares”.

Añade algunas puntualizaciones interesantes, como cuando dice que “el gobierno no se instituye para honra o interés particular de ninguna familia, de ningún hombre ni clase de hombres, sino para la protección y seguridad general de todos los ciudadanos, unidos voluntariamente en sociedad” quienes “tienen derecho incontestable a establecer el gobierno que más les convenga, alterarlo, modificarlo y abolirlo totalmente, cuando su felicidad lo requiera”. O sea, se votaba por la forma republicana de gobierno, negando, implícitamente, el gobierno monárquico.

En cuanto a la independencia de España, a diferencia de los Elementos de Rayón, como hemos apuntado en páginas anteriores, era total y absoluta, lo cual además lo fundamentaba diciendo: “ninguna nación tiene el derecho para impedir a otra el uso libre de su soberanía” y remarca “el título de conquista no puede legitimar los actos de la fuerza”.

En su artículo primero establecía que la religión católica debería de ser la única que se profesara en el Estado. Como dice Martínez Alabesa<sup>55</sup>: “todo indica la persistencia del modelo del reino cristiano regalista”.

C) Respecto a los ciudadanos, los precisa como aquellos nacidos en “esta América”, es decir la mexicana, añadiendo además con esta misma categoría a los extranjeros, de religión católica, que no se opusieran a la libertad de la nación y hayan obtenido la “carta de naturaleza”.

La ciudadanía se perdía por herejía, apostasía y lesa nación (es decir, atentar contra la soberanía del pueblo) y se suspendía por sospecha vehemente de infidencia y los demás casos establecidos por la ley.

Establecía que los empleados públicos deberían funcionar temporalmente y el pueblo tenía el derecho para hacer que volvieran a la vida privada.

55. *Cfr. op. cit.* pág. 352.

D) La doctrina de la ley. Ésta era definida como la expresión de la voluntad general en orden a la felicidad común, la cual, además, debería ser igual para todos.

A mayor abundamiento, declara que “la sumisión de un ciudadano a una ley que no aprueba, no es un comprometimiento de su razón ni de su libertad; es un sacrificio de la inteligencia particular a la voluntad general”, lo cual se complementa con lo señalado en el artículo 41 cuando dice: “la obligaciones de los ciudadanos para con la patria son: una entera sumisión a las leyes, un obediencia absoluto a las autoridades constituidas, una pronta disposición a contribuir a los gastos públicos; un sacrificio voluntario de los bienes y de la vida cuando sus necesidades lo exijan. El ejercicio de estas virtudes forma el verdadero patriotismo”.

Como se habrá visto, el espíritu de Rousseau también campeaba en Apatzingán.

E) Los derechos fundamentales. No deja de llamar la atención la forma como el Decreto de Apatzingán aborda el tema de los derechos humanos, pues consideramos que lo hace de manera muy avanzada para su época.

Podemos empezar citando el artículo 24, que declara: “la felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad. La íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas”, o sea, parte de la base de la concepción de los cuatro derechos fundamentales, que serán desarrollados a continuación y que siguen siendo desarrollados hasta nuestros días. No queremos dejar de mencionar cómo este artículo 24 va a tener repercusiones en el artículo 1° de la Constitución federal de 1857.

Por lo que se refiere a la igualdad, ya mencionamos el artículo 4°, que implícitamente abole los títulos nobiliarios, mismo que es reiterado por el artículo 25; por otro lado, el artículo 17 señala que los transeúntes serían protegidos por la sociedad y gozarían de la misma seguridad que los demás ciudadanos con tal que reconociesen la soberanía e independencia de la nación, y respetasen la religión católica. En este mismo orden de cosas, se prohibía al gobierno dispensar el cumplimiento de las leyes.

Establecía el derecho de petición en el artículo 37, la libertad de comercio en el 38, el derecho a la educación en el 39, la inviolabilidad del domicilio en el 32 y las libertades de expresión, de pensamiento y de imprenta, salvo que ataquen al dogma, turben la tranquilidad pública u ofendan el honor de los ciudadanos; asimismo, se establecía al sufragio como un derecho.

En el artículo 27, de forma sencilla, reconoce el derecho a la seguridad de los ciudadanos, el gobierno limitado y la responsabilidad de los funcionarios públicos; en los artículos 27, 29 y 33 establecía el principio de legalidad; en los artículos 34 y 35 el derecho de propiedad, y en el 31 la garantía de audiencia.

En cuanto a las garantías penales, se adhiere a las tesis humanitarias de Beccaria<sup>56</sup>, los principios de tipicidad, presunción de inocencia y prisión preventiva de no más de 48 horas, esto último en el artículo 166.

F) La organización política. Separándose de lo expresado en los Sentimientos de la Nación, no habla de poderes sino de corporaciones, solamente al Congreso le da carácter de representante de la soberanía popular, integrado por una sola cámara, la cual se constituía por un solo diputado por cada uno de las 17 provincias en que dividía el territorio nacional, diputados electos por periodos de dos años, inviolables en sus opiniones; la Constitución de Apatzingán contiene normas electorales tan extensas y minuciosas que se parece a nuestra actual constitución vigente por su exhaustividad.

Por lo que toca el ejecutivo, se encomendaba éste a un triunvirato –ya se ve que no tenían experiencia al respecto– cuyos integrantes deberían ser electos por el Congreso. Se preveía la existencia de tres secretarías de estado: Guerra, Hacienda y Gobierno.

El judicial se depositaría en un supremo tribunal de justicia, integrado por cinco individuos electos por el Congreso; además de jueces nacionales de partido, designados por el supremo gobierno, jueces eclesiásticos nombrados por el Congreso, que conocerían las causas temporales de los clérigos (las causas espirituales serían conocidas por los tribunales propios de la Iglesia, es decir los provisoratos) “aunque el Supremo Tribunal de Justicia conocería de los recursos de fuerza”<sup>57</sup>; finalmente, también establecía un tribunal de residencia (para juzgar las causas de responsabilidad oficial de los altos funcionarios), compuesto por siete jueces nombrados por el Congreso.

56. Cfr: *Dei delitti e delle pene* (1764), Hay muchas ediciones en castellano, quizá nos atrevamos a recomendar la que apareció con *Introducción notas y traducción* de Francisco Tomás y Valiente, Madrid, Aguilar, 1969, 216 págs.

57. Era un remedio procesal para impugnar ante los tribunales civiles las resoluciones de los tribunales eclesiásticos, institución netamente regalista, que implicaba la existencia previa de un Patronato eclesiástico: Lo interesante sería saber si los constituyentes supondrían la continuación automática del Regio Patronato Indiano que rigió en la época virreinal, una vez consumada la Independencia, o preveían la necesidad de la expresa renovación por parte de la Santa Sede al nuevo Estado mexicano.

Finalizaba el Decreto de 22 de octubre 1814 estableciendo, cómo tenía que ser, la necesidad de que el mismo fuera ratificado por la “representación nacional” (o sea, el Constituyente propiamente dicho), como hemos insistido hasta la saciedad en páginas atrás, y la obligación de instalar las supremas autoridades inmediatamente después de sancionado y jurado el mismo Decreto; o sea no era solamente un “proyecto de constitución”, sino además una “constitución provisional” ya que en lo posible debería empezar a regir, como de hecho así sucedió, como lo veremos más adelante; por lo que tenía caso tuviera un procedimiento especial de reforma.

G) Los autores. Es muy difícil precisar quienes fueron los redactores del texto de Apatzingán. En la deposición del generalísimo Morelos frente a sus jueces de la Inquisición, que ya hemos citado, se dice que afirmó el caudillo: “que es cierto que la juró y mandó jurar (se refiere al Decreto de Apatzingán) no reflexionando los daños que acarrea, y antes bien creía que era en orden al bien común, tomando sus capítulos de la constitución española de las Cortes y de la constitución de los Estados Unidos, como se lo aseguraron sus principales autores, que lo fueron el Lic. Herrera Presbítero, de quien ya se habló; el Licenciado Quintana; Licenciado D. José Sotelo (debería decir Sotero) Castañeda y otros, como Verduzco y Argandar”. Alfonso Noriega Cantú<sup>58</sup>, citando a Antonio Martínez Báez, sin precisar fuente, nos informa que el propio Siervo de la Nación, en el proceso que le siguió la(s) jurisdicción(es) unida(s) –que es diferente al de la Inquisición–, afirmó que comisionó a Quintana, a Bustamante y a Herrera para que formaran el mismo texto constitucional.

Por su parte, Remolina dice que “los principales redactores de ella (por su puesto se refiere al mismo Decreto): los Lics. Quintana Roo y Sotero Castañeda; el Doctor José Sixto Verduzco y en primerísimo lugar el Lic. Aldrete y Soria”<sup>59</sup>, aunque dos páginas más adelante agrega a Herrera y Francisco Argandar; sin embargo, el autor que citamos no se tomó la molestia de probar dichas afirmaciones.

Nosotros nos fiamos más de lo que señaló don José María Liceaga, en su calidad de presidente del Congreso Constituyente, en Huetamo, el 1 de junio de 1814, en el manifiesto titulado *El Supremo Congreso Nacional, a los habitantes de estos dominios*, del cual hemos dado cuenta páginas atrás, en el que dice que los redactores del *Decreto* fueron Quintana Roo, Bustamante y Herrera.<sup>60</sup>

58. *Cfr. op. cit.*, pág. 39.

59. *Cfr. op. cit.*, pág. 203.

60. *Supra* nota 32.

## 8. Los juristas de Apatzingan

### A. Carlos María de Bustamante

*Introducción.* “Patriota, historiador y editor, don Carlos María Bustamante, no debe ser puesto en el olvido ni mirado con el desdén con que de él hablan muchos a quienes nada deben ni la patria ni las letras”<sup>61</sup>. La advertencia que nos formula don Francisco Sosa no ha sido escuchada ni puesta en práctica aún en nuestros días. Bustamante ha sido una figura vapuleada desde los inicios de la historiografía mexicana, salvo contadas excepciones, que pertenecen en su mayoría a historiadores contemporáneos.

Carlos María de Bustamante nació en 1774 en la ciudad de Oaxaca. Su padre, José Antonio Sánchez de Bustamante, español, se casó cuatro veces, siendo Carlos María el primogénito de su segundo matrimonio, con Gerónima Marecilla y Osorio.

En 1780, cuando contaba con 6 años, su madre murió. Su educación desde entonces fue rigurosa e inflexible. Durante la niñez, su salud fue quebradiza. A los doce años inició sus estudios de gramática latina. Años después cursó estudios de filosofía en el Colegio Seminario de Oaxaca bajo la dirección de don Carlos Briones. Obtuvo en México el grado de bachiller en filosofía, y regresó a Oaxaca para cursar sus estudios de teología en el convento de San Agustín, donde obtuvo hasta 1800 el grado de bachiller en esa disciplina. Inició sus estudios de jurisprudencia en México (1794) y además contó con la enseñanza de su hermano, Manuel de Bustamante. Durante su estancia en la capital, trabó amistad con don Antonio Labarrieta, colegial del Colegio Mayor de Santa María de todos los Santos. Con él inició su práctica forense, y cuando Labarrieta fue designado cura en Guanajuato, Bustamante lo acompañó a esa ciudad.

De Guanajuato pasó nuestro pensador a Guadalajara, y en 1801 se recibió de abogado en la Real Audiencia de dicha ciudad. Con motivo de la muerte del relator de ese tribunal superior, el mismo día que Carlos María presentó su examen, la Audiencia le confirió dicha plaza. Sin embargo, cuando lo mandaron redactar una sentencia de muerte, renunció a este cargo y se volvió a la capital del país. En 1805, con Jacobo de Villaurrutia, alcalde de corte de la Real Audiencia de México, fundó el *Diario de México*.

61. Cfr: Sosa, Francisco, *Biografías de mexicanos distinguidos*, México, Secretaría de Fomento, 1884, pág. 157.



En 1808, cuando los franceses invadieron España, evento que suscitó todo tipo de pasiones en México, Bustamante propuso que se grabara una medalla en honor a Fernando VII para simbolizar la unidad de los españoles, criollos, mestizos e indios. No obstante, después de meditar la situación en la Nueva España y los trágicos acontecimientos que durante este año ocurrieron en la Península, Bustamante se decantó por la causa de los de su raza, los criollos, tal como la defendieron los miembros del Ayuntamiento (Azcárate y Primo de Verdad). Esto lo llevó a protestar en público por el encarcelamiento del virrey Iturrigaray y a mostrar indignación por la prisión y muerte del Síndico del común del Cabildo Secular de la Capital del Virreinato, licenciado Francisco Primo de Verdad, su amigo, protector y una de las influencias intelectuales más importantes durante esta época de su vida. Actitudes tales lo hicieron sospechoso para la Audiencia de México, y así es como comienza la larga persecución que sufrió hasta la caída de Agustín de Iturbide, en 1823.

Durante el primer periodo en que estuvo vigente la libertad de imprenta, que concedió la Constitución de Cádiz (del 5 de octubre al 5 de diciembre de 1812), bajo el seudónimo del “Censor de Antequera”, Bustamante publicó los seis primeros números de su periódico “El Jugueteillo”, favorable a la independencia y a los insurgentes. Por el peligro que corría con motivo de esta publicación, decidió abandonar la ciudad de México en 1813 y trasladarse a Zacatlán, donde lo recibió el jefe insurgente José Francisco Osorno.

Estando en este lugar, Morelos le concedió el 3 de marzo el grado de brigadier con nombramiento de inspector de la Caballería del Sur. Con Nicolás Berazaluze, Bustamante constituyó una secretaría para la comandancia, y con el sacerdote Antonio Lozano, colaboró activamente en la organización de tropas e intercedió para que se diera un buen trato a los prisioneros. Por otra parte, don Ignacio López Rayón lo instó a que se reuniera con él en su campo o que bien permaneciera en Zacatlán como auditor de la Guerra. También en esta época dirigió una carta al Ayuntamiento de México pidiendo que interviniera ante el gobierno para que la guerra que se estaba llevando a cabo contra los insurgentes se apegara al derecho de gentes. Su petición no tuvo éxito alguno.

El 24 de mayo, Bustamante llegó a Oaxaca atendiendo las indicaciones de Morelos. Tomó a su cargo la dirección del *Correo Americano del Sur*, donde el 3 de junio de 1813 publicó una proclama dirigida a los jefes y a los soldados. Convocó una junta de autoridades civiles y eclesiásticas para que redactara un acuerdo en el que se pediría a Morelos la creación de un congreso que representara a la nación, y la ciudad idónea para tal motivo, según Bustamante, era Oaxaca. Asimismo-

mo, escribió un supuesto proyecto (que como dijimos antes, pensamos más bien que se trata de *los Sentimientos de la Nación*) de constitución que hizo llegar a Morelos, quien había decidido que el lugar para erigir el Congreso sugerido por la Junta debía ser Chilpancingo y no Oaxaca. Por este motivo, Bustamante mostró reticencia a trasladarse a ese pueblo convertido en ciudad; no obstante, cooperó con la redacción del texto del famoso discurso que Morelos pronunció con motivo de la apertura del Congreso (14 de septiembre). Será hasta fines de octubre cuando nuestro autor llega para formar parte del Congreso, en donde tomó parte de los trabajos y fue uno de los firmantes del *Manifiesto al pueblo mexicano* y del *Acta de Independencia*, ambos documentos de fecha 6 de noviembre de 1813. (Parece ser que el redactor del *Acta de Independencia* fue Bustamante).

El virrey Venegas intentó hacer que volviera a la capital, primero, ofreciéndole el indulto por medio el obispo de Puebla, y después, ante el fracaso de esta propuesta, con el arresto de su esposa, Manuela García Villaseñor, con quien había contraído matrimonio recientemente.

En nombre del Congreso, Bustamante dirigió a Morelos, el 4 de enero de 1814, el plan de campaña militar que debía adoptarse después de la derrota consumada en Valladolid (23-24 de diciembre). El 6 de enero el *Siervo de la nación* padeció de nuevo otra derrota en Puruarán. Esto obligó al Congreso a trasladarse, para ello, la ciudad que inicialmente se eligió fue Oaxaca. Los encargados de los preparativos para recibir al Congreso en esta ciudad fueron Bustamante y Manuel Sabino Crespo. Sin embargo, la opinión mudó y se decidió que la nueva sede del Congreso fuese Michoacán. En un primer momento se eligió el pueblo de Uruapan, pero la estancia ahí sólo duró 3 meses. Bustamante llegó a Oaxaca el 8 de mayo y al ver que estaba desguarnecida y que era inútil permanecer en ella, decidió partir a Tehuacán para reunirse con Ignacio López Rayón. De ahí se trasladaron a Zacatlán, con vistas a buscar la reconciliación entre Rayón y Rossains, intención que se vio frustrada.

El 10 de agosto Bustamante escribió una carta a Felix María Calleja ofreciéndole la paz, y el 17 del mismo mes le envió otra misiva instándole a que se uniera a la causa insurgente. Como era de esperarse, jamás recibió respuesta.

Después de ser perseguido por el coronel realista Luis del Águila y por Bernardo Portas, comisionado por Juan Nepomuceno Rossains para detenerlo por su supuesta alianza con Rayón para hacer caer a Morelos, regresó a Zacatlán (1815), en cuya región estuvo oculto. El 4 de noviembre llegó a Tehuacán en espera del Congreso que se dirigía a esa ciudad, escoltado por Morelos. Éste cayó en manos realistas el 6

de noviembre y el Congreso hizo su entrada en Tehuacán el 16 de noviembre. Al siguiente día el Congreso pidió clemencia para Morelos al virrey Villegas; Bustamante redactó la petición y la envió por conducto del Ayuntamiento de México.

El 14 de diciembre el general Mier y Terán disolvió el Congreso, acto al que Bustamante se opuso. Sin embargo, fue este general el que le nombró más tarde su auditor de guerra. Durante todo el año de 1816 permaneció en Tehuacán en el desempeño de ese cargo. En 1817 se fue a Nautla con la intención de ir en barco a Estados Unidos, pues eran muchas las circunstancias adversas a la causa insurgente y su vida corría peligro. Sin embargo, la caída de Nautla en manos de los realistas impidió que Bustamante llegara a ese punto y, sin otra alternativa, decidió entregarse al gobierno español el 8 de marzo de 1817. Ya en Veracruz, intentó escapar de las manos de sus captores en un bergantín inglés, mas fue capturado, se le redujo a prisión y se le formó un consejo de guerra que no llegó a dictar sentencia. Pasó trece meses en el Castillo de San Juan de Ulúa. Fue en esta época que escribió su opúsculo *Medidas para la purificación de la América Septentrional*, fechado en el lugar de su cautiverio el día 25 de febrero de 1818, y que dedicó a Fernando VII.

El 2 de febrero de 1819 Bustamante obtuvo su libertad bajo fianza. En Veracruz ejerció de nuevo como abogado. Con motivo de la nueva proclamación de la Constitución española de 1812, se le concedió el indulto en marzo de 1820. Tiempo después se le nombró parte de la Junta de Censura de Imprenta de México.

El 30 de mayo de 1821 abandonó Veracruz para ir a México. A su paso por Puebla se entrevistó con Iturbide a quien expresó con franqueza su opinión negativa sobre algunos puntos de los “Tratados de Córdoba”, sobre todo en lo que respectaba al advenimiento de un rey de la casa de los Borbones para gobernar el México independiente. El 11 de octubre llegó a la capital y al poco tiempo inició la publicación de *La Abispa de Chilpancingo*. En el número 5 de este periódico, Bustamante criticó el proyecto de convocatoria que presentó Iturbide para formar el congreso, lo que motivó su arresto, el día 20 de diciembre, aunque fue puesto en libertad a las pocas horas.

El 24 de febrero de 1822 se instaló el congreso constituyente, en el cual Bustamante participó como diputado por Oaxaca. Su actividad legislativa fue ardua. Se mostró contrario, en sus participaciones, frente al Congreso, a las ambiciones de Iturbide, y cuando se le nombró a éste emperador, Carlos María no asistió para mostrar su repulsa. Se unió al grupo de diputados que se opusieron a las pretensiones imperiales de Iturbide –entre los que estaban fray Servando Teresa

de Mier– y por tal motivo fue de nuevo encarcelado junto con varios de ellos el 26 de agosto de 1822.

Fue puesto en libertad el día 6 de marzo de 1823 y, al día siguiente, asistió a la reapertura del Congreso, el cual, al poco tiempo, sería sustituido por el segundo Congreso Constituyente que elaboró la primera constitución federal del México independiente. Frente a este nuevo Congreso, Bustamante presentó sus poderes como diputado el 30 de octubre de 1823 en representación de la provincia de México. Su actuación política fue destacada y contribuyó eficazmente a la solución de problemas que enfrentaba el país. Junto con fray Servando Teresa de Mier, se opuso frontalmente al federalismo, y propuso como alternativa una república central.

Con motivo del triunfo del federalismo y de su oposición al gobierno de Guadalupe Victoria, Bustamante quedó alejado de toda vida pública y de cualquier puesto administrativo. En esta época de su vida (1823-1827) se dedicó una vez más a la abogacía y a la redacción de sus libros de historia, (especialmente a su magna obra: *El Cuadro Histórico*). En 1828 la nación volvió a invocarlo para que fuese diputado al Congreso General por el Estado de Oaxaca, cargo que ocupó hasta 1832. Se mostró cercano a las ideas de Anastasio Bustamante en la primera fase de su gobierno, pero más tarde su postura viró por estimar que el presidente tenía fuertes tendencias por el sistema monárquico.

En 1833 termina su función como diputado, mismo año que vio la aparición de su autobiografía, la cual tituló: *Hay tiempos de hablar y tiempos de callar*, “con el objeto –dice el propio Bustamante– de defenderse de la persecución del gobierno de la época”. Su pasión por la política le hizo sustentar de nueva cuenta el cargo de diputado al Congreso General (1835). Ese mismo año fue nombrado miembro de la comisión encargada de revisar si los poderes concedidos a los diputados los autorizaba a variar la forma de gobierno. La respuesta de la comisión, que lógicamente hacía eco de la postura de Bustamante, contestó en sentido afirmativo. De esta forma, se estableció el sistema centralista por medio del decreto de 3 de octubre de 1835.

Ya desde esta fecha, Bustamante, en su calidad de diputado, cooperó activamente en la redacción de la ley suprema que le daría forma al recién instaurado régimen centralista. Los esfuerzos de él y de otros intelectuales de la misma tendencia ideológica dieron como resultado la primera constitución centralista del estado mexicano: *Las siete leyes constitucionales*. El 8 de marzo de 1837 fue designado para formar parte del Supremo Poder Conservador, creado por la segunda ley constitucional, como suplente de José Ignacio Espinosa. A la muerte de éste, formó parte activa de dicho órgano en el que permaneció hasta septiembre de 1841, fecha

del Plan de Tacubaya. Este mismo año coincide con la sentida muerte de su esposa, doña Manuela García Villaseñor, quien fue su inseparable compañera desde épocas de la Independencia. Se casó en segundas nupcias con una joven de apellido Castilla Portugal a quien él mismo había educado.

Bustamante escribió en 1842 una defensa de la constitución de 1836. Un año después, Santa Anna lo invita a formar parte del Consejo de Estado creado por las *Bases de Organización Política de la República* (ley suprema de México que sustituyó a la de 1836, también de corte conservador y centralista), sin embargo Bustamante no aceptó la invitación pues estimaba que era absolutamente vacua la creación de dicho cuerpo.

De nuevo fue diputado entre 1844-45 por el departamento de Oaxaca. La guerra de México contra Estados Unidos iniciada en 1846, motivó la última gran obra de nuestro autor: “El nuevo Bernal Díaz del Castillo”.

En los últimos años de su vida, gravemente enfermo y carente de recursos económicos, permaneció recluido en sus habitaciones, y se vio obligado a solicitar al Colegio de San Gregorio el auxilio de una ración diaria de alimentos.

Poco tiempo antes de que la muerte lo sorprendiera, envió su voluminoso manuscrito conocido con el nombre de *El Diario Histórico* al Colegio Apostólico de Guadalupe, en Zacatecas.

El 21 de diciembre de 1848 falleció don Carlos María de Bustamante a la edad de 74 años. Fue sepultado en el panteón de San Joaquín de la ciudad de México. Con posterioridad, los restos fueron trasladados a la Iglesia de San Diego, en la ciudad de México. No obstante, ésta no fue su última morada: el lugar perentorio donde descansan los restos de este prócer mexicano es en el panteón de San Fernando, según noticia de Galindo y Villa.

*El nacionalismo criollo.* No cabe duda de que la formación intelectual de Bustamante fue amplia, por lo que sus influencias intelectuales son muchas y variopintas. Lo primero que tenemos que dejar asentado es que su ideología política se inserta en el *tradicionalismo político ilustrado* de autores tales como Gaspar Melchor de Jovellanos. Dicho tradicionalismo tiene como características primordiales el anti-despotismo y, consecuentemente, el gobierno republicano. Pero Carlos María no sólo se dedicó a estudiar y suscribir posturas; junto con fray Servando Teresa de Mier, como ya lo hemos dejado asentado líneas arriba, fue uno de los padres intelectuales del patriotismo o nacionalismo criollo, que, en su caso, se

tradujo en un *indigenismo histórico*, como señala Martínez Albesa<sup>62</sup>. Basta pensar en las distintas crónicas y documentos coloniales que se dio a la tarea de publicar, los cuales reforzaban el argumento de su *Cuadro Histórico*, o en la edición que él mismo preparó de la narración de la conquista hecha por Ixtlixóchitl, aunque con el poco prometedor título de *Horribles crueldades de los conquistadores de México*. Asimismo, imprimió las dos partes de la descripción de *la Piedra del Sol y de la Coatlicue*, obra de León y Gama<sup>63</sup>. No obstante, su mayor triunfo en lo que se refiere a la causa indigenista fue, sin duda<sup>64</sup>, la publicación de una edición completa de la monumental obra histórica de las “cosas” indias, cuyo autor era Bernardino de Sahagún.

¿Era un interés arqueológico y científico (histórico) el de Carlos María? En absoluto. Su intención siempre fue la de exaltar la cultura indígena, su sistema político y sus tradiciones. Esto lo llevó a olvidar por momentos el rigor que toda investigación histórica, y en muchas de las crónicas y textos que publicó hay extrapolaciones de comentarios, añadiduras, supresiones y correcciones, todas debidas a su conveniencia ideológica. En suma: “su entusiasmo esencialmente político superó todos sus intereses académicos”, nos dice Brading<sup>65</sup>.

La finalidad que perseguía con la exaltación de lo precolombino era la de generar la idea de la existencia de una cultura independiente de lo español, de una nación no contaminada con lo peninsular, cuyos herederos eran los criollos. Ahora bien, si Bustamante era un católico apasionado, ¿cómo fue posible que negase una deuda, al menos en lo que a la religión respecta, con España? Siguiendo los pasos de su maestro Servando Teresa, zanja este inconveniente aduciendo la existencia de la fe cristiana en América antes de la venida de los españoles. “En sus diálogos populares expuso –en palabras de Brading– todos los habituales argumentos en favor de la hipótesis, desde la presencia de cruces en el México precortesiano hasta la semejanza de rituales y creencias de la religión india y del cristianismo, y por doquier afirmó con confianza, que “ya hoy está fuera de duda que el Evangelio se anunció a esta América a los antiguos indios”<sup>66</sup>.

A diferencia de Servando, que trataba de enlazar el derecho de los criollos del siglo XIX con los títulos obtenidos legítimamente por los conquistadores, Bus-

62. Cfr. *op. cit.* pág. 377.

63. Cfr. Brading, David, *El orbe indiano. De la monarquía católica a la república criolla*, 1492-1867, trad. Juan José Utrilla, 2ª. Reimp., México, FCE, 1998, pág. 688.

64. *Idem.*

65. *Idem.*

66. *Ibidem*, págs. 688-689.

tamante finca la legitimidad de la independencia en el lazo que une a los criollos con el pasado prehispánico.

Según el profesor Martínez Albesa<sup>67</sup>, las principales influencias intelectuales de nuestro autor en la primera época de su itinerario intelectual son Jovellanos, Feijoo, Martínez Marina, Álvaro Flores Estrada, el mencionado Mier, el abate Predt, Manuel de la Bodega Mollinedo y Filangieri. Aquí habría que mencionar también a nuestro ya conocido Primo de Verdad, el famoso síndico del Ayuntamiento de México, que en tiempos de la invasión napoleónica a España (1808) fue amigo y mentor de Bustamante. Es necesario indicar asimismo el conocimiento que el prohombre oaxaqueño tenía de la legislación hispana e indiana. Esto resulta de suma importancia si queremos comprender en su justa verdad su postura respecto de la Constitución de Cádiz y su visión política y jurídica que estimaba adecuada para México.

Bustamante no es un liberal, en el sentido de que conciba a la sociedad como una suma de individuos que pactan libremente para someterse a una autoridad por ellos constituida, no; antes bien, considera que existe una realidad social previa, la de una comunidad natural y orgánica que tiene sus propias dinámicas y que, por tanto, cualquier legislación tiene que apegarse a las condiciones propias de la sociedad tradicional mexicana<sup>68</sup>. Sólo así se puede comprender su frontal oposición a la tolerancia religiosa: México ha sido una nación tradicionalmente católica, por lo que esta realidad es anterior al pacto constitucional, y éste tiene consecuentemente la obligación de recoger esa realidad que lo antecede y protegerla.

Nos dice el profesor Martínez Albesa que la impronta de tradicionalismo político se vislumbra con toda claridad en el seno del mismo Congreso Constituyente, analicemos el siguiente texto:

“La religión condena los abusos del poder en los que mandan, y la rebelión en lo que obedecen; pero no se mete en las formas de gobierno, también se acomoda a una república, como a una monarquía: ni se opone a que los pueblos reclamen y recobren sus justos derechos”<sup>69</sup>.

Este texto es una buena muestra del pensamiento insurgente. Temas tales como la oposición al despotismo, la compatibilidad entre la religión católica y

67. *Cfr. op.cit.* pág. 378.

68. *Idem.*

69. *Cfr. Diario de la sesiones del Congreso Constituyente de México*, T. IV, págs. 33-34, Citado por Reyes Heróles, Jesús, *El liberalismo mexicano*, T. I “Los orígenes”, México, UNAM, 1957, pág. 284.

el régimen republicano y el tema del derecho de los pueblos, forman parte del ideario político criollo. Cabe recordar que ideas muy semejantes a las expuestas por Bustamante en el párrafo recién transcrito se pueden encontrar por doquier en la obra de Servando Teresa. Esto significa que, al igual que el exdominico, don Carlos no es un liberal a ultranza: cree, en efecto, en la república y sus valores, pero todavía lo hace desde una visión organicista de nación, es decir, no como una suma de individuos que libremente han pactado, sino como la interacción natural de los hombres, interacción que genera la instituciones y el derecho.

Para darnos cuenta fehacientemente del pensamiento político de Bustamante, vale la pena analizar el elogio que nuestro autor escribió sobre la Constitución de Cádiz<sup>70</sup>, contenido en un artículo publicado en su “Séptimo Juguetillo”, el 7 de julio de 1820, titulado *Motivos de mi afecto a la Constitución*. Pues si bien esta Constitución tiene elementos de liberalismo puro, también mantiene ciertas ideas de la nación tradicional, es decir, del reino cristiano. Carlos María no pondera los elementos liberales más avanzados de ella, sino aquellos que tiene que ver con las trabas al despotismo. Éstas, según nuestro abogado, son mejores que las contenidas en las Leyes de Indias y, por tanto, dignas de reconocimiento e imitación.

La Constitución es la única barrera fuerte en contra del despotismo: “que cada uno se persuada que debe amar la Constitución como la única tabla que debe salvarlo en la tormenta borrascosa del despotismo de tres siglos”<sup>71</sup>. “En vez de alabar el despotismo, nos dice el profesor Martínez Albesa<sup>72</sup>, el artículo quiere leer el individualismo de la constitución de 1812 a la luz de la concepción de la persona humana de las leyes de Alfonso X el Sabio: la Constitución de Cádiz estaría fundada sobre el ciudadano español considerado bajo las relaciones de un ente sociable”. En efecto, para la tradición política española (y, en general, europea) el ser humano tiene una serie de relaciones que definen sus distintos papeles en la sociedad. Los medievales llamaban a cada una de estas funciones que un hombre sustenta naturalmente en la sociedad a la que pertenece: *personas* o *personalidades*. A partir de ellas se configuraba la organización social.

Si bien es del todo discutible que los constituyentes de Cádiz hayan tenido en sus mentes, a la hora de redactar la Constitución, esta visión del hombre, no lo es que, para Bustamante, toda sociedad tenía que tener por base al hombre, considerado

70. *Cfr.* México, Imp. De Alejandro Valdés, 1820.

71. *Ibidem* pág. 3.

72. *Cfr. op. cit.* pág. 380.



como inserto en un entramado de relaciones que le daban sentido a la política y al derecho. En este sentido, su liberalismo es de primera acepción, es decir, aquel que considera que la Constitución es un documento histórico que consagra una realidad social que la antecede y que, como consecuencia, cuando las relaciones sociales varían (a lo largo de la historia), la misma Constitución tiene que adaptarse a esos cambios. Lejos de la mente de don Carlos está la idea de una constitución rígida, formal e invariable en el tiempo, que míticamente constituye a la sociedad y ésta es la que tiene que apegarse a sus designios fundamentales.

Por otra parte, don Carlos elogia el principio de igualdad ante la ley, pues considera que es el único medio para la justicia social, tema sensible para los insurgentes. No sólo aboga por la igualdad entre el criollo y el español, sino que sobre todo lo hace por la igualdad de los indios pobres, las castas y los trabajadores más humildes con el resto de la población.

Igualmente elogia de la Constitución de Cádiz, por el hecho de permitir el establecimiento de ayuntamientos en poblaciones que alcancen mil habitantes. Además de lo que esto le merece, también considera algo digno de imitación el establecimiento de juntas provinciales y diputaciones para velar por la educación, administración y necesidades locales. En este punto vemos confirmada su visión de una sociedad organicista, cuya célula originaria son las poblaciones. Los pequeños asentamientos son la base en la que debe estructurarse la república.

Otro motivo por el que pondera la nueva legislación española es el fomento de la agricultura, que recogió casi todo el *Informe de la ley agraria de Jovellanos*. Asimismo es la libertad de imprenta, pero no una que sea indiscriminada, ya que en vez de ser una virtud se puede trocar en vicio, sobre todo cuando ataca el dogma. Libertad de imprenta, sí, pero con responsabilidad; es decir, respetando a la sociedad y a sus instituciones y creencias. Motivo de alegría para Bustamante es la extinción del Tribunal de la Inquisición. Hay que decir que lo que nuestro autor aborrece no es el objeto de este tribunal, censar las publicaciones para ver que no ataquen el dogma cristiano, sino los modos en que funcionaba, concretamente, la independencia respecto de los obispos y dependencia del poder civil despótico, y sus métodos: el anonimato de los acusadores y las pésimas condiciones carcelarias que se convertían en un tipo de tortura que obligaba a los inculpados a hacer confesiones forzadas. Ahora bien, si la Inquisición estuviese sometida al poder episcopal y sus juicios fuesen públicos, no habría motivos para oponerse a ella, porque su existencia es justa, ya que los delitos contra la religión no han de quedar impunes y, para los casos que lo ameriten “sí habrá un buen garrote para

estrangular al insolente atea, que ose convertirnos en bestias con sus pestilentes opiniones y diatribas”<sup>73</sup>.

Por último, Bustamante se congratula en un apartado titulado “Del Rey” de la separación de poderes, como garantía contra el despotismo; de los regalistas recursos de fuerza, porque representan un amparo para los sacerdotes que han sido tratados injustamente por los tribunales eclesiásticos; y, finalmente, la administración de la justicia civil y criminal conforme al Reglamento de 9 de octubre de 1812, cuyas virtudes eran: la presunción de inocencia, la no exigencia de juramento a los acusados de crímenes, la inviolabilidad de los bienes del acusado, el acceso del inculpado a los documentos del caso, la prohibición de la tortura y la mejora de las condiciones carcelarias, entre otras del mismo juez.

De este rápido análisis de las causas por las que la Constitución de Cádiz mereció el elogio de Bustamante, podemos concluir que no se debió a los puntos del liberalismo de Nuevo Régimen, sino a los que fomentaban la nación tradicional, el antidespotismo, la justicia social y el debido proceso.

Con la instauración del liberalismo del Nuevo Régimen, que según el profesor Martínez Albesa podemos datar en la firma de la Constitución mexicana del 4 de octubre de 1824, cuya característica principal es el individualismo como punto de partida de la sociedad y el derecho, Bustamante, fiel a su ideología política que, como hemos dicho, se inserta en el tradicionalismo político cristiano, terminará por asimilarse al ala conservadora, sin por ello –y esto es de suma importancia– dejar de ser hasta su muerte un pensador anti-hispánico y radicalmente antidespótico.

## B. Andrés Quintana Roo

*Nota Biográfica*<sup>74</sup>. Andrés Eligio Quintana Roo nació en la ciudad de San Bernabé de Mérida, Yucatán, el 30 de noviembre de 1787. Sus padres fueron don José Matías Quintana, también oriundo de Yucatán, y doña María Ana Roo, nacida en la villa y puerto de San Francisco de Campeche, quienes habían contraído nupcias el 20 de junio de 1786.

73. Cfr: “Motivos de mi ...” pág. 21.

74. Para este esbozo biográfico nos basamos principalmente en los siguientes libros: Rubio Mañe, Jorge Ignacio, *Andrés Quintana Roo. Ilustre insurgente yucateco. 1787-1851*, Editorial Libros de México, México, 1987; Miranda Marrón, Manuel, *Vida y escritos del héroe insurgente Licenciado Don Andrés Quintana Roo*, Secretaría de Fomento, México, 1910; Ibarra, Ana Carolina, *Andrés Quintana Roo*, Senado de la República (53 legislatura), México, 1987.

Hizo sus estudios en el Colegio Real y Pontificio Conciliar de San Ildefonso de Mérida. Terminó sus cursos de humanidades con quince años de edad, a principios de 1802. Al año siguiente, el día 26 de abril, se graduó de Lógica y Metafísica. El 14 de mayo 1805 presentó el examen del curso íntegro de Artes, haciendo gala de una gran inteligencia. Después estudió Teología y Cánones, terminando ambas materias en 1808.

Terminados sus estudios en el Seminario de San Ildefonso, presentó Andrés su solicitud para que fuese recibida la información acerca de su legitimidad, limpieza de sangre y noble origen, a fin de poder ingresar a la Universidad. A finales noviembre o a principios de diciembre se trasladó a la capital del virreinato, portando consigo la licencia del obispo de Yucatán y Tabasco, Pedro Agustín Esteves y Ugarte.

El 11 de enero de 1809 recibió de manos del doctor Zambrano el grado de Bachiller en Artes, y el 21 del mismo mes obtuvo el Bachiller en Cánones del rector de la Universidad, el doctor Agustín Pomposo Fernández.

A fin de graduarse de licenciado y posteriormente de abogado, conforme a lo que prevenían sus estatutos, obtuvo la autorización de ser pasante en el afamado bufete del doctor Fernández, donde practicó dos años Jurisprudencia. Contaba con 22 años.

Al tiempo del Grito de Independencia dado por el padre don Miguel Hidalgo y Costilla en el pueblo de Dolores, don Andrés había quedado prendado de Leona Martín y Vicario, mejor conocida como Leona Vicario, la cual, decían, lamentablemente estaba comprometida con otro hombre del que no estaba enamorada. Pero si bien en un primer momento se separaron debido a la intención de él para ir formar parte de las filas insurgentes, el destino los uniría tiempo después: doña Leonora decidiría asimilarse a la causa independentista –con todos los riesgos y privaciones que esto implicaba– y comprometerse en matrimonio con don Andrés.

En el año de 1812, una vez que los primeros líderes de la Independencia habían sido capturados y muertos (Hidalgo, Aldama, Allende y Jiménez) quedando como las nuevas columnas del movimiento revolucionario don José María Morelos y Pavón y el licenciado Ignacio López Rayón. Don Andrés se presentó en Tlalpujahuá, lugar donde Rayón había fijado su cuartel general, a mediados de este mismo año.

Fundó allí un periódico llamado “El Semanario Patriótico”, en donde publicó inteligentes y encendidos textos a favor de la independencia.

Después de la capitulación del castillo de San Diego, en Acapulco, como hemos venido señalando a lo largo de este trabajo, Morelos comprendió que era necesario crear un Congreso en el que residiera la soberanía nacional, así, el 14 de septiembre de 1813 quedó instalado dicho Congreso, siendo electo presidente del mismo don José María Murguía y vicepresidente don Andrés Quintana Roo.

Morelos depositó su poder en el Congreso, haciendo gala de su profundo patriotismo. Su primer presidente no pudo seguir ejerciendo su cargo, por lo que nuestro autor tuvo que asumir este cargo.

Andrés Quintana Roo y su esposa habían seguido todo el viacrucis del Congreso hasta su marcha a Tehuacán; entonces decidieron quedarse en Michoacán. Después de declinar varias ofertas de indultos ofrecidas por las autoridades realistas, la pareja insurgente se refugió con su hija recién nacida en una barranca de la Sierra Tlatlaya, jurisdicción de Sultepec (1818); pero al poco tiempo fueron descubiertos y don Andrés se vio obligado a firmar, por la dificultad de escapar con su esposa e hija recién nacida, una solicitud de indulto con fecha atrasada, y se internó él solo en la Sierra, confiando en que los realistas tratarían con decoro a su esposa. En efecto, Leonora fue capturada con su hija y trasladada a San Pedro Tejupilco, donde el teniente de Temascaltepec, Miguel Torres, les concedió el indulto y mandó que fuese llamado Quintana Roo. Éste, ante la posibilidad de que algo malo le sucediera a su familia, acató el llamamiento y se presentó en San Pedro, quedando en custodia hasta que el indulto fue concedido por el virrey, el 27 de marzo de 1818.

La pareja se trasladó a Toluca, lugar en el que tuvieron que pasar duras penurias económicas, debido a que los bienes de su esposa habían sido confiscados con motivo de su adhesión al movimiento revolucionario. Al año de residir en esta ciudad, y viendo que sus gestiones para conseguir la devolución de patrimonio de su esposa habían fracasado, pidió, por medio de su apoderado, don José María Yerena, ser matriculado en el Ilustre y Real colegio de Abogados. Antes de formar parte de las filas insurgentes había obtenido la licenciatura. El día 22 de agosto de 1820 don Andrés ingresó de manera oficial en dicho colegio.

El 27 de septiembre de 1821 hizo su solemne entrada a la capital el Ejército Trigarante consumando, de esta forma, la Independencia de México. Los méritos de Quintana Roo no pasaron desapercibidos para Iturbide, quien decidió nombrarlo Subsecretario de Relaciones Interiores y Exteriores, en mayo de 1822. Sin

embargo, nuestro prócer no estaba de acuerdo con la figura de un emperador para gobernar la recién independizada nación, actitud que a la larga la acarreó ser destituido por Iturbide y tener, por tanto, que refugiarse de nuevo en Toluca.

Semejante destitución honró, más que ofendió a Quintana Roo, quien con fecha 28 de febrero de 1823 escribió una carta al Emperador, manifestándole su repudio a dicha forma de gobierno. Como ya hemos visto, Iturbide se vio al fin obligado a abdicar el 19 de marzo siguiente. Sin embargo, tal abdicación no fue aceptada por el Congreso, pues la entronización había sido obra de la violencia y, por tanto, nula de todo derecho. Se decretó el destierro de Agustín de Iturbide y se instituyó un gobierno provisional, en forma de triunvirato, el cual quedó integrado por Pedro Celestino Negrete, Nicolás Bravo y Guadalupe Victoria.

Es durante el mando de este gobierno provisional que doña Leona Vicario pide al *Soberano Congreso* la devolución de su peculio, pero como éste ya no existía, el Gobierno, reconociendo los indiscutibles méritos de ella y su esposo, le donó la hacienda de Ocotepéc, ubicada en los Llanos de Apam (hoy propiedad del licenciado Saúl Uribe), y de la casa número 2 de la calle de los Sepulcros de Santo Domingo, lugar donde asentaron su domicilio.

Es importante destacar el hecho que nuestro personaje fue uno de los primeros liberales, auténticamente liberales, en el México de estos primeros años de vida independiente, lo cual no era extraño viniendo de Yucatán, auténtica cuna del liberalismo mexicano, como lo demuestra el texto del *Memorándum* que el 23 de febrero de 1823<sup>75</sup> dirigió a Francisco de Paula Álvarez, secretario general del Gobierno, el cual decía:

La intolerancia religiosa, esta implacable enemiga de la muchedumbre (man-sedumbre) evangélica esta proscripta en todos los países, en que los progresos del cristianismo se han combinado con los de la civilización y las luces, para fijar la felicidad de los hombres. ¿Por qué privar al Congreso de la facultad laudable de destruir esta arma la más poderosa, que el fanatismo ha puesto en manos de la tiranía para embrutecer y subyugar los pueblos?

No excusamos el señalar el escándalo que se armó cuando se conoció dicho texto en la capital de país, tanto así que se obligó a su autor a salir de la ciudad de México.

El 4 de octubre de 1824 el Congreso promulgó la Constitución Federal, y

75. Cfr: Martínez Albesa, Emilio, *op. cit.* pág. 693.

realizadas las elecciones designó a Guadalupe Victoria (Manuel Félix Fernández) para ocupar el puesto de Presidente de la nueva República y a Nicolás Bravo para el de Vicepresidente.

Dos años después don Andrés fue nombrado Vicepresidente del Instituto de Ciencias, Literatura y Arte, cuya presidencia ocupaba Lucas Alamán. Le correspondió a nuestro licenciado Quintana Roo el honor de escribir el discurso de inauguración de esa Sociedad, la cual marcó –nos dice Manuel Miranda Marrón– un renacimiento científico y literario en el México independiente. En esta época también fue electo diputado federal.

El primero de enero de 1830, producto de un golpe de Estado contra José Bocanegra –presidente interino que suplía a Vicente Guerrero–, entró en la capital para asumir la presidencia de la República don Anastasio Bustamante. Quintana Roo reprobó este hecho convirtiéndose desde entonces en su enemigo más acérrimo. Basta con ver los textos publicados en *El Federalista Mexicano*, periódico opositor al gobierno de Bustamante fundado por don Andrés, cuyo segundo número –redactado por él mismo– causó gran interés en el público y un profundo enojo en el presidente, cuya reacción no se hizo esperar: mando que capturara a los colaboradores del periódico y que se confiscara la prensa. Sin embargo, *El Federalista Mexicano* siguió publicándose.

El día primero de diciembre de este mismo año Quintana fue electo presidente de la Cámara de Diputados. Dos años después (2 de enero de 1832) estalló una revuelta en Veracruz que terminó con la derrota de Bustamante a manos de Antonio López de Santa Anna, firmándose el 23 de diciembre los *Convenios de Zavaleta*, por los que se reconoció la usurpación de Anastasio Bustamante y se nombró a Manuel Gómez Pedraza, el Presidente legítimo, para concluir el poquísimos tiempo que restaba a ese periodo de gobierno. Santa Anna sucedió en este cargo a Gómez Pedraza, pero casi de manera inmediata traslado este honor a su Vicepresidente, Valentín Gómez Farías, el primero de abril de 1833.

Como reconocimiento de la labor patriótica que don Andrés había hecho por la nación, el presidente Santa Anna le confió la Cartera de Justicia y Negocios Eclesiástico. Una de sus primeras acciones como ministro de Justicia fue prohibir al clero que hablara de temas políticos en los púlpitos, ni a favor ni en contra el gobierno. Esta circular de 31 de octubre de 1833 causó, como era de imaginar, grandes revuelos entre el clero y los conservadores, cosa que le valió la enemistad de los que estaban por el clero.

No obstante, el presidente Santa Anna, en una de sus consabidos virajes de ideología, tiró por tierra toda legislación liberal, entregándose al ala conservadora, en donde en ese momento veía alguna conveniencia. Con motivo de esto, Quintana Roo renunció el 21 de julio de 1834 a su Ministerio, puesto que ocupó el posterior obispo de Michoacán, don Juan Cayetano Gómez de Portugal. A principio de 1835, Quintana Roo fue electo magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Duro golpe sufrió don Andrés el 21 de agosto de 1842, en que su querida esposa murió. A su funeral asistió el mismo Presidente de la República, Antonio López de Santa Anna. Quintana Roo siguió trabajando incansablemente hasta que una pulmonía puso fin a su existencia el 15 de julio de 1851.

Un resumen de lo que fue su vida lo encontramos en la inscripción de su lápida, que se encuentra en la Rotonda de los Hombres Ilustres: “Para perpetua memoria del sabio jurisconsulto, esclarecido literato y eminente patriota, licenciado don Andrés Quintana Roo, presidente del Congreso de Chilpancingo”.

*Quintana Roo y el Decreto Constitucional de Apatzingán.* Como hemos visto páginas atrás, la influencia intelectual de don Andrés fue sumamente importante para la configuración jurídica del Estado mexicano. No sólo en Apatzingán, sino en la Constitución Federal de 1824 y en el ideario liberal que concluyó con la Constitución de 1857. Sin embargo, nosotros nos restringiremos a la impronta que tuvo nuestro pensador en el Decreto Constitucional de 1814.

Como ya lo hemos dicho: no se puede saber con certeza hasta qué punto cada uno de los personajes que integraron el constituyente de 1813-1814 influyeron con sus ideas en el Decreto Constitucional. Sabemos quiénes eran y cuáles eran sus tendencias políticas, pero no podemos saber con plena exactitud si alguno en particular llevó la voz cantante frente a los demás. Lo que sí se puede decir, y ya lo hemos dicho, es que todos ellos estaban familiarizados con la Constitución Española de 1812 y con el pensamiento ilustrado francés. Eso sí, cada uno de una manera distinta. Así, Carlos María de Bustamante –como ya hemos tenido oportunidad de exponer– justiprecia la Ley suprema que habían dado a luz las Cortes de Cádiz en aquellos puntos que exaltan el concepto tradicional de nación o que ofrecen una protección mayor que las antiguas leyes castellanas. En cambio, don Andrés es de una línea más liberal, que si bien no estaba aún delineada del todo en esta época, en tiempos del presidente Valentín Gómez Farías ya había madurado del todo.

Ya desde 1812 don Andrés estaba preocupado por los debates que se realizaban en Cádiz. Basta con ver algunos números de periódico el *Semanario Patrió-*

*tico* donde publicó, entre otros documentos del mismo jaez, textos de denuncia contra la Península de fray Servando Teresa de Mier, denunció la Regencia como instrumento del nuevo “soberano mercantil” y resucitó “la tradicional queja de los criollos contra los inmigrantes peninsulares, los advenedizos, que monopolizaban el comercio y los alto cargos, que frecuentemente se casaban con ricas herederas y hacían que los criollos se avergonzaran de ser los ‘hijos del país’”<sup>76</sup>.

Dice Luis González y González<sup>77</sup> que, para liberar a las masas y maniatar a sus dirigentes, la nueva generación criolla siguió dos rutas: la de la insurrección y la del debate parlamentario. Los que optaron por la primera, hundieron a México en guerra al finalizar 1810; los que lo hicieron por la segunda opción, en cambio, mandaron representantes a las Cortes españolas y seguían muy de cerca los debates que en ellas se dieron. Don Andrés tomó la segunda ruta, aunque también es verdad que estuvo en el día a día del conflicto armado.

El 11 de septiembre de 1813, como ya hemos apuntado, Morelos expidió en Chilpancingo el Reglamento que prefijaba las facultades del Congreso y el modo en como había de proceder. Su autor fue don Andrés Quintana Roo. En esencia, el texto afirmaba que la asamblea constituyente tendría de manera exclusiva el poder legislativo, mientras que el ejecutivo lo tendría un general y el judicial, por su parte, permanecería en los tribunales entonces existentes.

Además, nuestro pensador fue nombrado diputado por Puebla. De esta forma, José Manuel Herrera, José María Cos, Carlos María de Bustamante y Quintana Roo, a pesar de su juventud, fueron las figuras máximas del Congreso<sup>78</sup>.

En la sesión del 6 de noviembre Quintana Roo presentó el *Manifiesto al pueblo mexicano* para que fuera aprobado por el Congreso, del cual ya hemos hablado. En él se declaraba contra todo “régimen despótico” porque “no hay y no puede haber paz con los tiranos”. Nuestro autor no se conforma con la separación de España; antes bien, quiere reformas sociales de índole liberal; busca conseguir “la felicidad de los pueblos” con el ejercicio de la libertad individual sólo limitada por la emanada de “las voluntades de todos los ciudadanos”. Y concluía dando un voto de confianza a Morelos: “el héroe que procura con sus victorias la quieta posesión de nuestros derechos”<sup>79</sup>.

76. Cfr: Bradind, David, *El Orbe Indiano...*, cit., pág. 620.

77. Cfr. *Obras 2. La Nueva España. Atraídos por la Nueva España. La magia de la Nueva España*, El Colegio Nacional, México, 2002, pág. 337.

78. *Ibidem*, p'g. 343.

79. Vid. *Manifiesto que hacen al pueblo mexicano los representantes de las provincias de la América Septentrional*, texto recopilado por Ernesto Lemoine Villacaña en el libro: *Zitácuaro, Chilpancingo y*



De este manifiesto caben destacar las siguientes ideas: la época colonial toda, representó “una extraña dominación que tenía hollados nuestros derechos”; la Legislación de Indias, “se había convertido en norma y rutina del despotismo”; las Cortes de Cádiz, que inicialmente habían sido convocadas “para tratar de las felicidad de los dos mundos”, se convirtió en una forma legal de “sancionar la esclavitud y decretar solemnemente” la inferioridad de Nueva España “respecto de la metrópoli”; por último, se atribuye al ejecutivo el deber de buscar “la felicidad de los pueblos”, desterrar “los abusos en que han estado sepultados”, abolir “las opresivas contribuciones con que los han extorsionado las manos ávidas del fisco, precaver “sus hogares de la invasión de los enemigos” y anteponer “la dicha del último americano a los intereses personales de los individuos que lo constituyen”<sup>80</sup>.

Como hemos reiterado en varias ocasiones a lo largo de este trabajo, don Andrés formó parte del grupo encargado de redactar la Carta Magna, cuya tarea concluyó a comienzos de octubre de 1814. El pueblo que se eligió para jurarla, como lo sabemos bien, fue Chilpancingo (22 de octubre).

### C. José Manuel Herrera

Dentro de los tres constituyentes que hemos escogido como prototipo de jurista de Apatzingán: Carlos María de Bustamante, Andrés Quintana Roo y José Manuel de Herrera, en razón de que, al parecer, fueron los redactores del texto fundamental, como hemos apuntado párrafos atrás, el más difícil de exponer de los tres es el último, por dos razones principales: prácticamente no conocemos su obra escrita y los trabajos, los pocos trabajos que se han publicado del doctor Herrera, dejan mucho que desear; con estas limitaciones, trataremos de presentarlo, aunque sea brevemente.

Don José Manuel de Herrera Sánchez Durán de Huerta y Guerrero, nació en Huamantla, en el actual estado de Tlaxcala, entonces intendencia de Puebla, al parecer en 1776, aunque no tenemos certeza de ello<sup>81</sup>, hijo de don José Ignacio de

*Apatzingán*, op. cit., págs. 542-546.

80. *Ibidem*.

81. El *Diccionario Porrúa de historia, biografía y geografía de México* (5ª. Ed. México, Porrúa, 1986, pág. 1392) señala, con signo de interrogación, ese año; Héctor Silva Andraca (“Primer diputado de la Nación Mexicana” en *Memoria del Symposium Nacional de Historia sobre el Primer Congreso de Anáhuac*, México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, 1964, pág. 332) señala el mismo año diciendo que es un dato impreciso; Jesús Castañón (“Los constituyentes. Don José Manuel de Herrera” en *El Estudios sobre el Decreto Constitucional de Apatzingán*, México, UNAM, 1964, p. 72) no aventura

Herrera y Doña Gertrudis Sánchez Guerrero. Realizó sus primeros estudios en el Colegio de San Jerónimo, en la ciudad Puebla de los Ángeles, al cual se le agregó el título de Real Colegio Carolino en 1790, y se le fusionaron los colegios de San Ignacio y del Espíritu Santo, de tal suerte que nuestro biografiado permaneció en el mismo como estudiante entre 1785 y 1793<sup>82</sup>, y como docente entre 1796 y 1798, habiendo obtenido los grados de licenciado y doctor en sagrada teología, en la Real y Pontificia Universidad de México, el primero de ellos en 1 de abril de 1803 y el segundo no tenemos constancia documental de la fecha<sup>83</sup>. Hay quien afirma<sup>84</sup>, sin acreditarlo, que también estudio derecho. Entre 1817 y 1821, después de acogerse al indulto, volvió al Colegio Carolino, nuevamente, en calidad de catedrático.

Por supuesto que don José Manuel fue ordenado sacerdote, sobre el particular, Bertha González Cosío<sup>85</sup>, llega a sostener una afirmación temeraria cuando dice: “Abraza la carrera eclesiástica, no tanto por seguir una vocación, sino más bien con el afán de ilustrarse y contar con una profesión, pues sólo se conoce su servicio sacerdotal en... recién egresado de la Real y Pontificia Universidad”. No vamos a perder el tiempo rebatiendo tal afirmación, sólo diremos que la autora no demuestra tal falta de vocación, ni toma en cuenta que cuando se unió a Morelos desempeñó el oficio de vicario castrense. Asegura la autora aludida que su servicio sacerdotal lo ejerció recién egresado de la universidad, siendo que él estudió en el Real Colegio Carolino, no en la Real y Pontificia Universidad de México, en donde únicamente obtuvo el o los grados académicos, a la usanza de la época con los estudiantes del interior del virreinato; siendo que, además, al egresar del Carolino, se dedicó a la docencia en el propio Real Colegio.

Por otro lado, Héctor Silva Andraca<sup>86</sup> asegura que Herrera obtuvo los grados académicos en el Real Colegio Carolino, ya que desde 1792, esa institución tenía la capacidad de otorgar dichos grados. Nosotros nos inclinamos más por lo afirmado por Fernández de Recas, toda vez que demuestra documentalmente que tal o tales títulos los obtuvo en la Universidad de México.

ningún año; Bertha González Cosío (“José Manuel de Herrera” en *Cancilleres de México*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1992, T. I pág. 11) afirma simplemente que fue en 1776; y Moisés González Pérez (*Impresores y editores de la Independencia de México*, México, Porrúa-Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México, 2010, pág. 121) dice que nació entre 1770 y 1775.

82. Cfr: Silva Andraca, *op.cit.* págs. 333-334.

83. Cfr: Fernández de Recas, Guillermo S., *Grados de licenciados, maestros y doctores en artes, leyes, teología y todas facultades de la Real y Pontificia Universidad de México*, México, UNAM, 1963, pág. 187. Por eso a veces se le llamó doctor y a veces sólo licenciado.

84. Cfr: Silva Andraca, *op. cit.* pág. 334.

85. Cfr: *Op. Cit.* pág. 11.

86. Cfr: *Op. Cit.* pág. 333.

Con la documentación con la que contamos en la actualidad no nos es posible señalar con precisión los oficios eclesiásticos desarrollados por el doctor Herrera antes de sumarse a la guerra de Independencia; sólo podemos señalar que desempeñó el cargo de cura en las parroquias de Santa Ana Acatlán y Huamuxtitlán entre 1804 y 1811. Héctor Silva Andraca nos apunta que el padre Herrera, en 1811, se desempeñaba como capellán de las tropas realistas al mando de Mateo Musitu, en Chautla<sup>87</sup>. Mientras que Castañón asegura que desempeñaba el oficio de cura párroco en esa misma población, aunque también dice, en el mismo párrafo, líneas atrás, que solo era capellán (¿?;!).

El mismo Castañón nos relata que Morelos, después de sitiar Chautla, logró derrotar a Musitu y se encontró con el cura Herrera oculto en una iglesia “presa del terror” cuando fue llevado a la presencia del generalísimo, quien lo tranquilizó, y posteriormente, lo incorporó a sus tropas dándole el nombramiento de vicario castrense. Más adelante le encargó la edición de los periódicos insurgentes: SUD, pero sobre todo el *Correo Americano del Sur*, en donde escribió con el pseudónimo de *Juan del Desierto*.

Así, nos tenemos que trasladar al Congreso de Chilpancingo, la víspera de la solemne inauguración, o sea el 13 de septiembre de 1813, cuando resultó electo diputado, por la recién creada, por el propio Morelos, provincia de Tecpan, correspondiente al actual estado de Guerrero, el doctor José Manuel de Herrera, quien participó activamente en la realización de dicho Constituyente. En el cargo de vicario general castrense fue sustituido por el canónigo doctor José de San Martín, de quien ya hablaremos más adelante cuando tratemos lo de la Junta de Jaujilla.

Todos los autores que hemos leído para este ensayo concuerdan que son muy pocos datos, objetivos y documentados, con que contamos para conocer a fondo el Congreso de Chilpancingo y los textos fundamentales que ahí se produjeron, quizá por eso, algunos de esos autores, se han dejado llevar por una retórica, más bien pobrecita, en vez de producir estudios sólidos sobre el particular. Por ello, todos concluyen que el trabajo definitivo de la Constitución de Apatzingán está por hacerse y todos formulamos votos por que eso se logre en un futuro no muy lejano. En síntesis, pensamos realmente, que el problema mayor está en que carecemos de documentación, y si no la tenemos, pues no la tenemos, lo que no podemos hacer es inventarnos cosas.

En vista de todo ello nos preguntamos: ¿cuál fue la aportación de don José Manuel de Herrera al constitucionalismo apatzinguense? No lo sabemos, tene-

87. Cfr. *Íbidem* pág. 336.

mos algunos datos sueltos y poco más. Presumimos, por las razones antes expresadas, que fue uno de los autores efectivos del *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana* de 22 de octubre, la *carta sagrada de la libertad* como fue denominada por los insurgentes, pero ignoramos cuales fueron sus aportaciones, por carecer de papeles que lo consignen; mal haríamos en echar a andar nuestra imaginación, preferimos hacer votos, una vez más, porque plumas más cualificadas, logren desentrañarlo en un futuro no muy lejano. Por lo pronto, en el momento actual y con el estado que guarda la cuestión, no es posible.

El otro momento estelar del doctor Herrera con el Congreso de Anáhuac, fue el presidir la misión diplomática de la naciente nación ante nuestros vecinos del norte, los Estados Unidos de América. En efecto, el Congreso, cuando se hallaba en Puruarán, en el verano de 1815, decidió nombrar una misión diplomática ante el Gobierno estadounidense, presidida por Herrera, con el objeto de buscar su reconocimiento y ayuda, pues como hemos visto con anterioridad, desde un principio, los insurgentes pensaron que habría muchos motivos de empatía con esa nación y no dudaban en que conseguirían su auxilio político y material. Dicha misión diplomática se integraba, además, por Cornelio Ortiz de Zárate, como secretario, Melchor Múzquiz, Antonio Peredo y 28 oficiales más. Don José María Morelos aprovechó para mandar también a su hijo, Juan Nepomuceno Almonte, de 13 años, encomendándolo al padre Herrera, para que lo matriculase como alumno interno en alguna escuela de Nueva Orleans (cosa por la que después fue criticado el epónimo Morelos, en sus procesos, como un intento de formar al chamaco con ideologías contrarias al dogma católico).

Don José Manuel salió de Puruarán el 16 de julio de 1815, con 28.000 pesos que le habían dado para sus gastos, y que no le sirvieron ni para pasar de Nueva Orleans, llegando a esa ciudad el 1 de noviembre de 1815, después de un viaje muy difícil. Carentes de mayores recursos, unido a la trágica noticia de la muerte del “Siervo de la Nación”, lo que los llenó de desánimo, no pudieron llegar a Washington. Quien se mostró muy crítico con esa misión diplomática fue don Carlos María de Bustamante, tal vez por la envidia de no ser él quien la presidiera<sup>88</sup>. Hizo buenas relaciones personales, incluso de algunos aventureros que luego lo acompañaron a su regreso a la patria, pero nada de eso le sirvió mayormente, incluso los elogios del periódico *El amigo de las leyes*. Quizá lo único interesante fue la edición, tanto en fascículos como en periódicos del *Decreto Constitucional* y algún otro documento de la revolución

88. Cfr: González Cosío, *op. Cit.* pág. 18.

de Independencia, el Manifiesto de Puruarán, que traducidos al francés y al inglés, permitieron se conociesen en ambientes políticos de ese país, causando buena impresión, incluso llegaron a alarmar al embajador español, Luis de Onís, quien avisó al virrey de la Nueva España, José María Calleja, quien también se preocupó por ello, como era natural.

Ante ese negro panorama, el doctor Herrera optó por regresar al solar patrio, a mediados de noviembre de 1816, después de andar por varias zonas del país, donde habían tenido grandes éxitos militares las tropas del generalísimo Morelos y darse cuenta del lamentable estado, prácticamente agónico, del movimiento de Independencia. Así, protegido por el obispo de Puebla, monseñor Antonio Joaquín Pérez<sup>89</sup>, se acogió al indulto del virrey Ruiz de Apodaca y se retiró a la Angelópolis a reincorporarse a su cátedra en el Real Colegio Carolino, en donde permaneció desde finales de 1817 hasta 1820, en que tuvo que dejarla, debido al regreso de los jesuitas, para encargarse interinamente de la parroquia de San Pedro en Cholula.

Encontrándose desempeñado su encargo sacerdotal, se enteró, en 1821, del levantamiento del Plan de Iguala, y decidió sumarse al mismo, para lo cual, antes de encontrarse con Iturbide, se trasladó a Chilapa, a recoger la imprenta que había comprado en Nueva Orleans y había escondido con unas amistades en esa población; éste lo recibió muy bien en Iguala, lo nombró Capellán Mayor de sus tropas, su consejero —hay quien dice que como su secretario— y le encargó la edición del periódico *El mexicano independiente*. A partir de entonces se volverá persona de gran valimiento para Iturbide, como lo demuestra el hecho de que lo nombró al frente de una de las cuatro secretarías de Estado, concretamente la de Relaciones Interiores y Exteriores, cargo que desempeñó desde el 4 de octubre de 1821 al 23 de febrero de 1823, prácticamente todo el período iturbidista.

Fue entonces cuando Herrera, traicionando su noble ejecutoria de diputado constituyente al Congreso de Chilpancingo, se manifestó a favor de una monarquía constitucional, postura que le valió muy duras críticas en lo personal, tanto por Carlos María de Bustamante, que de tiempo atrás le guardaba esa malquerencia combinada con envidia, como por Lorenzo de Zavala. Éste último lo acusó de

89. El famoso obispo poblano don José Antonio Joaquín Pérez Martínez Robles (nació en Puebla de los Ángeles en 1763 y murió en la misma capital angelopolitana en 1829, fue diputado a las Cortes de Cádiz, en donde fue presidente tres veces y se destacó por sus ideas liberales, como la supresión de la Inquisición y la libertad de imprenta, además fue acusado de pertenecer al grupo clandestino proindependentista de Los Guadalupe, lo que explica la protección a Herrera; en 1814 fue nombrado obispo de su natal Puebla, cargo que tomó posesión al año siguiente, en la cual permaneció hasta su muerte en 1829.

“adular baja y servilmente a don Agustín de Iturbide y de otros defectos mas” así como de “inerte, inactivo, fatalista”<sup>90</sup>, a lo que habría que agregar lo escrito por el doctor Mora, quien lo definió como “hombre culto, de finas maneras, de sencillez de alma, fiel a su vocación sacerdotal y fiel a la causa de la libertad patria”<sup>91</sup> (quizá contribuyó a estos calificativos el hecho que Herrera perteneciera a la Logia Yorkina, a la cual se afilió durante su estancia en Nueva Orleans).

Tal vez lo más criticable de Herrera no haya sido su reciente inclinación monárquica (pasó toda una noche tratando de convencer a Vicente Guerrero que se sumara a la causa imperial, sin conseguir nada, obviamente), sino más bien los consejos que dio a Iturbide de encarcelar a varios diputados constituyentes, cerrar el Congreso y formar la Junta de Notables. Y así lo pagó. Cuando cayó el emperador, su secretario de Relaciones corrió con la misma suerte: tuvo que huir a Guadalajara, en donde el canónigo Toribio González lo ocultó; no se sabe a ciencia cierta que fue de él los siguientes meses, hasta que el 16 de agosto de 1825 fue arrestado en esa misma ciudad, por atacar a Pedro Celestino Negrete<sup>92</sup>, trasladado a México, a disposición de las cámaras, alojándose en el Colegio de Tepotztlán, de donde lo liberó el presidente Guadalupe Victoria; según dice Bustamante<sup>93</sup>, por encabezar la Logia Yorkina, fue electo diputado por Tlaxcala en 1826, para el segundo congreso constitucional que duró del 1º de enero de 1827 al 27 de diciembre de 1828, y reelecto por la misma entidad al tercer congreso, que abarcaría del 1º de enero de 1829 al 30 de diciembre de 1830, correspondiéndole el honor de presidir la Cámara de Diputados durante la parte inicial del período<sup>94</sup>. Regresó a la administración pública con el presidente Vicente Guerrero, con quien desempeñó el cargo de secretario de Justicia y Negocios Eclesiásticos del 8 de abril al 18 de diciembre de 1829. Finalmente volvió a ser diputado por Tlaxcala para concluir el tercer congreso 1829-1830. Por último, diremos que nuevamente fue secretario de Relaciones cinco días en el interinato de Bocanegra, en el mismo mes de diciembre.

Los autores consultados no tienen mucha precisión acerca de la función legislativa de nuestro biografiado. Por ejemplo, Castañón dice que fue diputado

90. Cfr: Silva Andraca, *op. cit.* págs. 350 y 353.

91. *Ibidem* pág. 349.

92. Según nos informa Castañón (*op. Cit.* p. 81) con este motivo, publicó el folleto titulado *Breve indicación que dirige a sus compatriotas, el C. José Manuel Herrera, arrestado por orden del excelentísimo señor Gobernador del Estado de Jalisco.*

93. Cfr. *Continuación del cuadro histórico de la revolución mexicana*, México, INAH, 1974, pág. 246.

94. Su enemigo Zavala afirmó que Herrera llegó a adquirir tan gran influencia en la Cámara, que se oía como un oráculo. También se le atribuyó la redacción de un folleto contra el mismo Zavala, que llevó por título *Oigan todos los Estados el voto de la nación.* Cfr. Castañón, *op. cit.* pág. 81 .

en 1826, cuando la primera legislatura comprendió 1825-1826, o sea la primera parte del cuatrienio del presidente Victoria, y Bertha González Cosío, con las “exactitudes” a las que nos tiene acostumbrados, dice que fue diputado por Veracruz; seguramente confundió a nuestro José Manuel con José Joaquín, también Herrera, que precisamente fue representante de éste estado en la legislatura que corrió de 1827 a 1828. Para resolver el entuerto, recurrimos a Manuel González Oropeza<sup>95</sup>, quien nos da los datos antes citados. Jesús Castañón dice que se supone murió el 17 de diciembre de 1831 “sin que, pese a nuestras cuidadosas búsquedas hayamos podido comprobar este dato”<sup>96</sup>; Bertha González Cosío da por bueno este dato e inclusive afirma que el óbito se produjo en Puebla<sup>97</sup>. Sin embargo, Moisés Guzmán Pérez, tuvo el cuidado de buscar la correspondiente acta de entierro, en el archivo del Sagrario Metropolitano de la Catedral de México, en donde se consigna que falleció en la ciudad de México el 17 de septiembre de 1831<sup>98</sup>.

Don José Manuel de Herrera debió contar con una personalidad extraordinaria, como lo demuestra el hecho de que los caudillos con los que trató quedaron prendados de ella y de sus virtudes; así, por ejemplo, el generalísimo don José María Morelos y Pavón, de quien nadie dudaría de su enorme estatura épica, es evidente que quedó encantado con don José Manuel, cura párroco igual que él, pero unos diez años más joven, cuando lo encontró en Chautla, ciertamente derrotado, y lo invitó a unirse a su causa, lo nombró vicario general castrense (o sea la máxima autoridad eclesiástica del Ejército Insurgente), cosa nada menor tratándose de un sacerdote mucho más joven, junto con el hecho de que varios presbíteros andaban alzados al lado de Morelos; así como el que le haya encargado la edición del periódico insurgente *Correo Americano del Sur*; de igual manera, no olvidemos cómo fue uno de los dos únicos diputados constituyentes electos para el Congreso de Anáhuac (circunstancia que no fue precisamente producto de la casualidad), cómo fue uno de los tres redactores del *Decreto Constitucional*, cómo se le encomendó buscar la relación con los Estados Unidos, e, inclusive, cómo el Siervo de la Nación le tuvo la confianza de encomendarle a su hijo Juan Nepomuceno para que se lo llevase a educar al vecino país del norte.

Y qué decir del impacto que causó en Iturbide, su antiguo adversario, quien cuando se le presentó en Iguala, de la misma forma que hizo el gran Morelos, lo

95. Cfr: *Los diputados de la nación*, México, Cámara de Diputados-Secretaría de Gobernación, 1994, pág. 579.

96. Cfr: *Op. Cit.* pág. 82.

97. Cfr: *Op. Cit.* pág. 33.

98. Cfr: *Op. Cit.* pág. 124.

nombró capellán mayor de sus tropas, su consejero-secretario, editor del periódico *El mexicano independiente*, luego lo nombró su primer secretario de Relaciones Interiores y Exteriores, cómo se vuelve la eminencia gris del gobierno iturbidista, cómo después de caer Iturbide tiene que esconderse en Guadalajara, como un verdadero apestado, en donde fue apresado y remitido a la ciudad de México, cómo el presidente Victoria lo liberó, cómo logró ser electo dos veces diputado por Tlaxcala, cómo don Vicente Guerrero lo volvió a nombrar secretario de Estado, todo ello a pesar de sus traspiés monárquico-imperialistas. Y así como Herrera logró despertar esa fascinación de los prohombres de nuestra Independencia, también logró despertar odios insanos, en Carlos María de Bustamante y en Lorenzo de Zavala.

Como a tantos y tantos perínclitos personajes de nuestro devenir patrio, a don José Manuel de Herrera no se la ha hecho justicia, por parte, sobretodo, de la llamada “historia oficial”, que se ha movido más por visiones facciosas, cargadas de dogmatismos pueriles, que por encontrar la historia real. Los personajes de nuestro acontecer nacional son hombres de carne y hueso, con sus vicios y sus virtudes, con sus grandezas y sus miserias, no son ángeles y ni sujetos fuera de este mundo; pero sin lugar a dudas son importantes pues han logrado dejar huella y marcar rumbo en el acaecer patrio, más aún cuando supieron renunciar a todo para entregar lo mejor de ellos mismos en favor de la patria, ese fue el caso del doctor Herrera, a quien la nación mucho le debe y muy poco se le ha reconocido, ojalá que en un futuro no lejano se la haga justicia.

Una última reflexión: a lo largo de los párrafos de este modesto trabajo hemos encontrado una gran cantidad de eclesiásticos metidos a guerrilleros insurgentes, particularmente en el primer periodo que corre del levantamiento de Hidalgo, el 16 de septiembre de 1810, hasta la disolución de la Junta de Jaujilla en 1818, lo cual no deja de caer en pandorga a los hombres del siglo XXI, tan partidarios del “Estado laico”, aunque no entiendan lo que verdaderamente ello significa. Por eso nos hemos puesto a reflexionar en el porqué de esta situación, tan contradictoria, de ver cómo unos curas dejan el altar para coger las armas, independientemente de cualquier interpretación demagógica y gerundiana.

No olvidemos, en primer lugar, la participación activa de sacerdotes católicos en todas las etapas de la Revolución Francesa, y qué decir de los diputados electos a las Cortes de Cádiz, en donde tantos eclesiásticos brillaron por sus luces, particularmente los novohispanos que de quince representantes al Constituyente gaditano, diez eran sacerdotes; pero independientemente de estos datos que pueden sonar más bien anecdóticos, tenemos que ir el fondo, al porque. En nuestra modesta opinión tenemos que retrotraernos a la renovación del pensamiento humanístico en la universidad novohispana de la segunda mitad del siglo XVIII.



Los historiadores de la filosofía en México<sup>99</sup> han descrito con mucha claridad ese brillante momento de la intelectualidad mexicana que representó la recepción, en nuestros claustros académicos, del Pensamiento Moderno. En efecto, dos circunstancias concurren en la Nueva España a principios del siglo XVIII: el impulso a las ciencias experimentales, principalmente gracias al genio de Carlos de Sigüenza y Góngora (1645-1700) y la crisis del pensamiento escolástico en las aulas universitarias, lo que va a suscitar un campo fértil para la recepción de la filosofía moderna que se estaba construyendo en Europa durante la segunda mitad del siglo XVII y primera del XVIII, que dio origen a lo que conocemos como la Ilustración; esto último centrado fundamentalmente en el núcleo de los pensadores jesuitas expulsados de la Nueva España en 1767, lo que Bernabé Navarro<sup>100</sup> denomina “la joven generación del 50”, los que finalmente fueron refugiados en Italia, entre los que encontramos a Rafael Campoy, Francisco Javier Clavijero, Francisco Javier Alegre, Diego José Abad y Agustín Castro<sup>101</sup>; hasta llegar al más importantes filósofo novohispano de esta época, el sacerdote oratoriano<sup>102</sup> Juan Benito Díaz de Gamarra y Dávalos (Zamora, Michoacán, 1745-México, 1783) y su obra clásica *Elementa recentioris philosophiae*<sup>103</sup>. Nos dice Rafael Moreno: “Tres eran los principios fundamentales de la nueva actitud: la fe, la experiencia y la razón”, a lo que agrega más adelante<sup>104</sup>:

Los jesuitas tienen otro mérito igualmente grande. Además de introductores de la filosofía moderna, además de mexicanos, son humanistas, como dice Gabriel Méndez Plancarte, lo mismo afirman los derechos y los valores perdurables del

99. Quien esto escribe no es filósofo ni historiador de la filosofía, sólo tiene los rudimentos necesarios para tratar de entender la evolución del derecho y de la ciencia del derecho, ya que el objeto propio de sus saberes es la historia jurídica. Existe una buena bibliografía que trata esta sexena de años del pensamiento mexicano que va de 1750 a 1810, que representó lo que pudiéramos denominar la Ilustración Novohispana, sin embargo sólo hemos querido citar tres trabajos que pudieran resultar de más fácil acceso al público en general en nuestros días: Maneiro, Juan Luis, *Vidas de algunos mexicanos ilustres*, trad. Alberto Valenzuela R., Estudio introductorio y apéndice de Ignacio Osorio R., México, UNAM, 1988, T. I 614 págs. ; Moreno, Rafael, “la filosofía moderna en la Nueva España” en De la Cueva, Mario, *et. al., Estudios de historia de la filosofía en México*, 4ª ed., México, UNAM, 1985, págs. 121-167; y, Navarro B., Bernabé, *Cultura mexicana moderna en el siglo XVIII*, 1ª. Reimp., México, UNAM, 1983, 231 págs.

100. *Cfr. Op. Cit.* pág. 190.

101. Bernabé Navarro nos dice (*op.cit.* pág. 23) que ellos tuvieron oportunidad de leer directamente a pensadores modernos como Descartes, Leibniz, Malebranche, Gassendi, Duhamel, Newton, Franklin y otros menores, “admitiendo muchos asertos de la ciencia moderna”.

102. Señala Saranyana (*op. cit.* pág. 130) refiriéndose a Gamarra: “los oratorianos fueron los avanzados del progreso y los sembradores de ideales patrios”. Con ellos estudió el insurgente Juan Aldama.

103. Título traducido como *Elementos de filosofía moderna* (vol. I trad. B Navarro, México, UNAM, 1963 y vol. II trad. Alarcón y López, México, UNAM-UAEM, 1998/ incompleto)

104. *Cfr. Op. Cit.* págs. 146 y 166.

hombre que descienden al estudio y remedio de sus necesidades concretas... establecen la libertad como derecho inviolable y piensan que el pueblo es el sujeto originario de la autoridad.

Al respecto, nos dice Bernabé Navarro<sup>105</sup>: “Por dos caminos puede decirse que llegaron las ideas de los jesuitas hasta la realización de la Independencia: uno, el objetivo, de las doctrinas, conocidas y estudiadas y tenidas presentes por los partidarios de la emancipación; y otro, el personal, de la línea de discípulos... que tuvieron aquellos educadores, y que desembocaron en la crisis política y bélica”.

No olvidemos que la mayoría de esos curas metidos a guerrilleros insurgentes eran sacerdotes seculares, formados en las aulas universitarias, en donde pudieron nutrirse de esa Filosofía Moderna, pero sobre todo empaparse del entusiasmo de esa incipiente Ilustración Mexicana, una de cuyas características era fomentar un estado de ánimo muy positivo: sacerdotes, curas y canónigos no tuvieron ningún rebozo en sumarse al movimiento armado a favor de la emancipación y morir por ella, desde los insignes Hidalgo y Morelos, hasta tantos modestos eclesiásticos cuyos nombres no consigna la historia, así como la de aquellos que no perdieron la vida, pero sí muchas otras cosas, verdaderos pozos de sabiduría como Cos y Herrera.

Con estos últimos párrafos no hemos querido abordar la influencia de esa Ilustración dieciochesca mexicana en nuestro movimiento independentista de la segunda década del siglo XIX, plumas más calificadas ya se han ocupado de ello, solamente hemos querido ensayar alguna respuesta a la pregunta que nos hacíamos: ¿por qué tantos sacerdotes católicos metidos a guerrilleros insurgentes, desde Hidalgo y Morelos obviamente?, ojalá lo hayamos logrado.

### ***9. Y después ¿qué pasó?***

Aunque la Constitución de Apatzingán tenía carácter de interina, el propio texto, en su artículo 241, disponía que después de la sanción de la misma, el Congreso, que seguía integrado por los mismos individuos, ahora como Poder Legislativo ordinario, procedería, “con la posible brevedad”, a la instalación de las supremas autoridades, por ello hemos insistido que además de interina era una ley fundamental provisional.

105. *Cfr. Op. Cit.* pág. 199.

Una breve reflexión. Los hombres de Apatzingán estaban muy conscientes de lo que hacían y del momento histórico que estaban viviendo, no se trataba de una guerra civil o una simple revuelta; no, era una revolución que pretendía esencialmente dos cosas: lograr la emancipación de España e integrarnos como un Estado liberal y democrático de derecho, adoptar un régimen constitucional y asumir todas sus consecuencias. No estaban jugando, ni mucho menos: estaban asumiendo el destino de la nueva nación, de ahí la importancia y trascendencia de esos momentos y de los enormes sacrificios que ofrendaron por México y por ello la patria estará siempre en deuda con ellos

Pero no estaban en un lecho de rosas, como hemos visto a lo largo de este trabajo, sufrieron situaciones verdaderamente dramáticas, que a muchos de ellos les costó la vida, el patrimonio y aún la honra; por ello, nos impresiona vivamente el esfuerzo que realizaban Morelos –su inteligencia natural y su fina intuición– y sus compañeros, aunado a la perseverancia en la lucha armada, que día con día se les complicaba más, adquiriendo tintes épicos, con el firme ahínco de constituir la nueva nación que pretendían sacar adelante, edificar sus instituciones y legar un conjunto de derechos a la futuras generaciones de mexicanos.

Por todo ello, y por lo que ellos representan para nuestra patria, no tenemos más palabras que de asombro, gratitud y admiración, para esa generación, pléyade de patriotas, que hemos venido trayendo a la memoria en estas sencillas líneas.

Pero, regresemos a nuestro relato. El día anterior a la promulgación del *Decreto Constitucional*, o sea el 21 de octubre de 1814, el Congreso nombró el Triunvirato que se encargaría del Poder Ejecutivo, integrado por el generalísimo don José María Morelos y Pavón, don José María Liceaga y el doctor Cos, quien fuera sustituido, éste último, por don Antonio Cumplido, el 30 de agosto de 1815, después de que Cos se había confrontado fuertemente con sus compañeros constituyente, lo que incluso le había valido una condena a muerte, que después de las súplicas del cura Herrera se la conmutaron por cadena perpetua.

En febrero de 1815, esos dos poderes se trasladaron a Ario, y en esa población, el 7 de marzo del mismo año, quedó instalado el Supremo Tribunal de Justicia, integrado por Mariano Sánchez Arreola, como presidente, José María Ponce de León, Antonio Castro y Mariano Tercero, como ministros, y Juan N. Marroquín como secretario.

Sigamos adelante. Nos cuenta Alamán<sup>106</sup>: “Deseoso siempre Iturbide de grandes empresas, intentó entónces apoderarse por un golpe de mano del congreso y gobierno” el 6 de abril de 1815 por la madrugada, en Ario; sin embargo, la víspera, cuando “El congreso iba a entrar a sesion cuando recibió la noticia de la aproximacion de Iturbide por el camino de Cuemeo, y el terror aumentó ... ya no se trato entónces mas que de ponerse a salvo, como lo hicieron el congreso y tribunal de justicia, cada uno por donde pudo: los individuos del poder ejecutivo... permanecieron hasta mas tarde” (el 29 de septiembre) “el congreso, gobierno y tribunal de justicia volvieron a reunirse en Uruapan”, después de pasar por Puruarán.

Posteriormente se tomó la decisión de que los tres poderes se movilizaran a Tehuacán, a donde arribaron el 16 de noviembre de 1815 y permanecieron hasta el 15 de diciembre del mismo año, cuando fueron disueltos por el coronel Manuel Mier y Terán. Para esto, Morelos ya había caído en manos del ejercito realista, por lo que fue sustituido por Ignacio Alas, y el Congreso se componía sólo de cuatro diputados: José Sotero Castañeda, Ruiz de Castañeda, Sesma y González, por lo mismo se nombraron tres nuevos suplentes: Corral, Rocha y Gutiérrez de Terán; así como ministros del Tribunal Supremo, don Nicolás Bravo y don Carlos María de Bustamante. Finalmente, cuando se disolvió el Congreso, se formó una “comisión ejecutiva” integrada por Mier y Terán, Alas y Cumplido, la cual terminó por autodisolverse.

Previo a todo esto, y dadas las circunstancias ocurridas en Ario, antes descritas, el Congreso, por Decreto dado en Uruapan el 6 de septiembre de 1815, había creado la Junta Subalterna Gubernativa, integrada por cinco individuos, electos el día 21 del mismo mes, los cuales eran: José Ayala, Manuel Muñiz, Felipe Carvajal, José Pagola y Domingo Rojas, habiéndose establecido en el pueblo de Taretan, con el objeto que gobernasen desde Michoacán el occidente del país, otorgándole, por el mismo Decreto, facultades ejecutivas y judiciales.

Nos relata Lucas Alamán<sup>107</sup> que Juan Pablo Anaya, habiendo regresado de los Estados Unidos sin haber hecho cosa de provecho, “sorprendió á la junta –es decir la Subalterna– en la hacienda de Santa Efigenia á principios del año de 1816, y llevó a los individuos que la componían presos a Ario. Varios comandantes de los pueblos y partidas inmediatas a cuya cabeza estaba D. José María Vargas, indignados de tal procedimiento, reunidos en Uruapan formaron otra junta compuesta por el mismo Vargas, D. Remigio Yarza, D. Víctor Rosales... el P. Torres,

106. *Cfr. op. cit.* T. IV págs. 183-187.

107. *Cfr. op. cit.* T. IV págs. 232-233.

D. Manuel Amador, el Lic. Isasaga, y el Dr. D. José de S. Martín, que hizo de secretario. Esta junta se llamó después de Jaujilla por haber fijado su residencia en aquel fuerte, construido en la laguna de Zacapu”.

Después de la derrota de los insurgentes en Cópore, las tropas realistas arremetieron contra Jaujilla para terminar con la Junta ahí establecida, entonces integrada por Ayala, Tercero y Villaseñor, estos dos últimos fueron sustituidos por Cumplido y San Martín (quien había sustituido a Herrera como vicario general castrense y sido nombrado diputado al Congreso de Anáhuac “por ningún lugar”), Junta que era reconocida por los jefes insurgentes de las provincias de Guanajuato y Michoacán. Así, pues, el 20 de Diciembre de 1817, los realistas sitiaron el fuerte de Jaujilla, logrando escapar los integrantes de la misma Junta, los que posteriormente lograron reunirse en las rancherías de Zárate, en donde fueron atacados, el 21 de febrero de 1818, por el capitán Vargas, quien logró aprehender al canónigo San Martín y conducirlo preso a Guadalajara. Los que quedaron no se dieron por vencidos, se trasladaron cerca de Huetamo, integrándose entonces por Pagola, Sánchez Arriola y Villaseñor; el primero de los cuales, quien fungía como presidente, en unión con el secretario Bermeo, fueron aprehendidos y fusilados el 9 de junio de 1818, con lo cual se considera el fin la mencionada Junta.

Estos hechos, efectivamente, tuvieron poca relevancia histórica, sin embargo los hemos querido traer a colación por el significado que los mismos representan: la tenacidad, el patriotismo y la entrega de lo que constituía las últimas reliquias del Congreso de Chilpancingo y la Constitución de Apatzingán, cuando muchos insurgentes ya vivían cómodamente acogidos al indulto de las autoridades virreinales.

### *10. ¿Y las autoridades virreinales?*

Ya hemos visto alguna reacción de las autoridades metropolitanas respecto al Congreso de Chilpancingo, en febrero de 1814; ahora nos corresponde revisar las reacciones de las autoridades superiores novohispanas en relación con el texto de Apatzingán.

El jefe realista Agustín de Iturbide, había entregado al virrey siete impresos de los insurgentes, los cuales fueron turnados al Real Acuerdo<sup>108</sup> el 9 de mayo de

108. Recordemos que en la legislación indiana, el real acuerdo era un órgano consultivo del virrey o del presidente gobernador, quienes forzosamente le tenían que tomar su parecer en aquellos asuntos arduos o trascendentes. Se integraba con los oidores y los fiscales y ocasionalmente se sumaban los alcaldes de casa y corte, también llamados del crimen.

1815, habiendo resuelto citar para otra reunión posterior, ocho días después, para llevar a cabo un análisis más detenido de dichos documentos, habiendo resuelto entonces<sup>109</sup> lo siguiente:

Primero.- mandar quemar por mano de verdugo los siete impresos de referencia, tanto en la ciudad de México como en las capitales de provincia.

Segundo.- que quien tuviera alguna de estas copias, bajo amenaza de pena de muerte y confiscación de todos sus bienes, las debería entregar a la autoridad competente, absteniéndose de informar a cualquier particular sobre su contenido.

Tercero.- que los insurgentes nos sean dignos de consideración y se les castigue sin misericordia; ni siquiera denominándoles con ese apelativo, sino como rebeldes o traidores; y a los que han defendido la causa del rey, se les designe como “realistas fieles” de la localidad a que pertenezcan.

Cuarto.- se solicitaría a la autoridad eclesiástica tomar medidas similares en el ámbito de su competencia.

Dándose a conocer dichas disposiciones a la población, por bando, debiéndose notificar a las supremas autoridades de la península. Así, pues, en *Bando* de 24 de mayo de 1815 el virrey Félix María Calleja procedió a dar cumplimiento a ese mandato.

Vale la pena revisar, aunque sea brevemente, lo que pudiéramos considerar la “exposición de motivos” del mencionado Bando.

Comienza señalando que por fin los rebeldes se habían quitado la máscara, mostrándose como unos traidores descarados, negando la obediencia al rey, declarando la independencia de la Nueva España y atacando las prácticas y derechos de la iglesia “?”.

Enlista los documentos anatematizados:

-“Una ridícula Constitución, que aparece firmada por once rebeldes que se nombran diputados”, en Apatzingán, a 22 de octubre del año último;

-“Una proclama con la que dieron a luz, en 23 del mismo mes y año; un decreto para la publicación de aquella”;

109. Pág.. 622.

-“Dos proclamas de la apóstata Cos”;

-“Otra de la junta insurreccional”; y

-“Un calendario para el presente año”.

A continuación viene la calificación legal que hizo el Real Acuerdo:

Los rebeldes, destruyendo enteramente nuestro justo y racional gobierno, y estableciendo solemnemente la independencia de estos dominios y su separación de la madre patria, se han forjado una especie de sistema republicano, bárbaramente confuso y despótico en substancia, respecto de los hombres que se han arrogado el derecho de mandar en estos países, haciendo una ridícula algarabía, y un compuesto de retazos de la Constitución anglo-americana, y de la que formarían las llamadas Cortes Extraordinarias de España.

Y más adelante añade:

Esta criminal resolución, la osadía de haber formado y publicado su Constitución en tiempo en que todos los españoles han recibido con el mayor entusiasmo los justos y sabios decretos y resoluciones del Rey nuestro señor, dirigidos a anular las innovaciones democráticas de las aludidas Cortes de España.

(Recordemos que el Decreto de abrogación de la Constitución de Cádiz y demás legislación liberal fue expedido el 4 de mayo de 1814, mientras que la Constitución de Apatzingán es del 22 de octubre siguiente).

Por lo que se refiere a la cuestión eclesiástica, se les acusa de desconocer la autoridad de los obispos, avocarse el derecho de nombrar curas y jueces eclesiásticos, apropiando esta facultad a los legos, dando por tierra la inmunidad de la Iglesia, dejando en manos de jueces seculares las causas civiles y penales de los eclesiásticos, borrando del calendario todos los santos cuyos días no son festivos, sin distinguir las solemnidades de descanso obligatorio con las que no lo son, imitando en esto a los luteranos, destruyendo el culto a los santos y las jerarquías y cerrando las puertas al mérito; abriendo la entrada a extranjeros de cualquier secta o religión que sea.

Para cerrar este tema apuntaban: “han señalado el día 16 de septiembre como el primero en que dieron el Grito de Independencia, probando de este modo que nunca hicieron la guerra sino contra el altar y el trono; y, finalmente, han promulgado que ella debe hacerse a nuestro agosto y piadoso soberano con bandera negra”.

Bando que fue aprobado por el rey, según carta del ministro de guerra, Marqués de Campo Sagrado, fechada en Madrid el 18 de febrero de 1816.

### *11. Y para despedirnos*

Quizá la persona que más y mejor ha trabajado la vida y obra de don José María Morelos y Pavón, hasta el día de hoy, sea Ernesto Lemoine Villicaña, y dentro de sus varios trabajos, destaca su espléndido libro *Morelos, su vida revolucionaria a través de sus escritos y de otros testimonios de la época*, de cuya segunda edición (1991) hemos echado mano frecuentemente para la redacción de este trabajo, pues realmente este libro representa el corolario de todos sus trabajos respecto a nuestra Guerra de Independencia, particularmente por el rico acervo documental con que lo engalana. Pues bien, para concluir este modesto trabajo, queremos reproducir un párrafo del “Estudio Preliminar” de esa obra de Lemoine y entender mejor la primera Constitución mexicana:

Un grueso volumen sería insuficiente para encerrar en él la historia completa del Congreso de 1813. Todavía nos faltan testimonios indispensables, elementos de juicio, depuración de las fuentes conocidas. Muchas de las personalidades, primarias y secundarias, que participaron en el gran evento permanecen casi inéditas. Las incidencias diarias, los escritos presentados, los debates, las disputas, las minucias reveladoras de caracteres, las pasiones ideológicas, la vida social, la conducta del populacho, las revelaciones de amanuenses y secretarios, etcétera, ¿Cuánto ha escapado a nuestra curiosidad?.

Pensamos que hoy día, después de haberse publicado el mencionado libro de Lemoine, estas palabras siguen vigentes, y representan no solamente un reproche, sino además un plan de trabajo, por lo que con las mismas hemos querido concluir.



### **Resumen**

La guerra de Independencia de México tiene dos etapas: la primera que se inicia el 16 de septiembre de 1810, con el levantamiento del cura don Miguel Hidalgo y Costilla y termina el 22 de diciembre de 1815 con el fusilamiento del cura don José María Morelos y Pavón (aunque formalmente la púdiéramos llevar al 9 de junio de 1818 con la disolución de la Junta de Jaujilla). Esta primera etapa se caracteriza por ser un movimiento verdaderamente popular, anti-español y tradicionalista. A la muerte del Hidalgo, queda como cabeza indiscutible del movimiento emancipador el Padre don José María Morelos y Pavón, quien tenía una visión muy clara de lo que pretendía: fundar una nueva nación, por lo que, y de acuerdo con los aires revolucionarios que soplaban en esos momentos en el mundo hispánico, se imponía la redacción de una constitución, como ley fundamental y suprema que diera lugar a un Estado Liberal y Democrático de Derecho, independiente de la Contitución de Cádiz, a la cual no se le reconocía validez. Eso fue lo que hizo Morelos, primero convocar a un congreso constituyente, el Congreso de Chilpancingo, el 13 de septiembre de 1813, y que de éste saliera la anhelada constitución, o sea el Decreto para la Libertad de la América Mexicana, de 22 de octubre de 1814, que aunque realmente nunca entro en vigor, se le considera la primera Constitución de México. De eso trata el presente trabajo.

LAS MAYORÍAS REFORZADAS Y LA FORMACIÓN  
DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES  
(COMENTARIOS SOBRE LA ACTUALIDAD)

**Pablo Lucas Murillo de la Cueva**  
*Magistrado del Tribunal Supremo*

**SUMARIO**

- 1. Algunos datos recientes.*
- 2. Las mayorías reforzadas en la designación de los miembros de los órganos de garantía atribuida a las asambleas legislativas.*
- 3. La perversión del sistema.*
- 4. En torno a posibles soluciones.*

### *1. Algunos datos recientes*

El 10 de enero de 2011 el Boletín Oficial del Estado publicó los Reales Decretos que disponían el cese de cuatro magistrados del Tribunal Constitucional por expiración del plazo de nombramiento y los Reales Decretos por los que se nombra a quienes les sustitúan. El día 12 se constituyó el Tribunal Constitucional ya con sus nuevos miembros. Sin embargo, tal como hizo constar el magistrado que por razón de edad lo presidía, don Javier Delgado Barrio, esa constitución se produjo en una situación anómala.

Se refería a que no eran doce los magistrados que estaban componiendo el Tribunal en ese momento, sino solamente once, pues uno de los nombrados a propuesta del Congreso de los Diputados por Real Decreto 1219/2001, de 6 de noviembre (BOE del 7), don Roberto García-Calvo Montiel, falleció el 17 de mayo de 2008 sin que la cámara hubiera procedido a proponer a otro para sustituirle, conforme a lo previsto por el artículo 16.5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Además, se daba la circunstancia de que el plazo del nombramiento de los otros tres magistrados nombrados a propuesta del Congreso de los Diputados, entre los cuales se hallaba el propio presidente de edad, había expirado el 8 de noviembre de 2010, por cumplirse en esa fecha los nueve años desde su toma de posesión. Cabe añadir, si bien a esto no se refería don Javier Delgado Barrio, que la situación cobraba unos caracteres todavía más llamativos a la vista de que los cuatro magistrados recién cesados vieron finalizado el plazo de nueve años para el que fueron nombrados en diciembre de 2007<sup>1</sup>, pues fueron nombrados por Reales Decretos de 9 de diciembre de 1998, publicados en el Boletín Oficial del Estado del 10.

Todavía es posible apuntar otro rasgo que completa el conjunto de elementos significativos: la Ley Orgánica 8/2010, de 4 de noviembre, ha modificado el artículo 16.5 de la del Tribunal Constitucional para introducir en él esta previsión:

“Si hubiese retraso en la renovación por tercios de los Magistrados, a los nuevos que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación”.

1. Con la salvedad de que uno de ellos, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, fue nombrado por Real Decreto 1372/2002, de 19 de diciembre, en sustitución de don Fernando Garrido Falla y, conforme al artículo 16.5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por el tiempo restante del mandato de éste, uno de los nombrados a propuesta del Senado en diciembre de 1998, que renunció al cargo por motivos de salud.

De este modo, por vez primera desde que se constituyó el Tribunal Constitucional en 1980, cuatro magistrados designados, no para sustituir por el tiempo que le quedaba a otro que hubiera cesado anticipadamente, sino en virtud de una renovación ordinaria en su composición, han visto reducido el período para el que han sido nombrados: menos de seis años, frente a los nueve que según el artículo 159.3 de la Constitución debe durar. No es mi propósito detenerme en el análisis de la conformidad con el texto fundamental de esta reforma legal<sup>2</sup> realizada, según la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2010, “para facilitar la elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional en los supuestos de cobertura de vacantes o renovación”. Me interesa solamente dejar constancia de la modificación por su directa relación con algunos de los problemas originados por la exigencia de mayorías cualificadas para la designación por las cámaras de quienes han de componer los órganos constitucionales.

Desde luego, se han producido con anterioridad retrasos en la renovación por tercios de los miembros del Tribunal Constitucional pero nunca por tanto tiempo como el que ha tardado el Senado en esta ocasión. No obstante, tampoco se puede decir que se trate de una situación nueva, pues la elección del sexto Consejo General del Poder Judicial se produjo también con notable retraso: casi de dos años. En efecto, constituido el quinto Consejo el 8 de noviembre de 2001, su mandato expiró cinco años después pero el actual no se constituyó hasta el 27 de septiembre de 2008.

El Defensor del Pueblo, aunque no sea como los anteriores un órgano colegiado, es otra institución que no se ha librado de períodos de interinidad a causa

2. El debate sobre la constitucionalidad de esta reforma se ha planteado, sin embargo, con toda viveza. Es particularmente significativo el título del artículo publicado en el diario *El Mundo* de 22 de octubre de 2010, por Enrique Gimbernat Ordeig: “Un crimen perfecto”. Crimen porque considera inconstitucional una norma legal que reduce el mandato de nueve años que la Constitución atribuye a los magistrados del Tribunal Constitucional. Perfecto, por no ser atacable ya que descarta que ninguno de los sujetos legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad lo haga, debido al consenso de las fuerzas políticas mayoritarias que permitió la aprobación de esta modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: eso excluye al Presidente del Gobierno y a los cincuenta diputados o cincuenta senadores. El Defensor del Pueblo no lo hará porque, dice, nunca ha cuestionado una ley aprobada por los dos grandes partidos. Los gobiernos y parlamentos autonómicos, prosigue, tampoco lo harán porque no pueden. No es imaginable, continúa, que un juez tenga que plantear cuestión de inconstitucionalidad al respecto y/o cabe el recurso de amparo porque el artículo 159.3 de la Constitución no está comprendido entre los preceptos que pueden fundamentarlo. Sin entrar en el fundamento de las apreciaciones del artículo, lo cierto es que han transcurrido ya, en el momento de escribir estas líneas, más de tres meses desde la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Ley Orgánica 8/2010, sin que haya sido impugnada.

del retraso de las Cortes Generales en designarlo. En la actualidad, el cargo está vacante desde que cesó don Enrique Múgica Herzog el 20 de junio de 2010<sup>3</sup>. Pero ya conoció otros interregnos semejantes. Por ejemplo, cuando cesó don Álvaro Gil-Robles Gil Delgado en marzo de 1993 y no fue sustituido hasta diciembre de 1994 por don Fernando Álvarez de Miranda y Torres.

Estos datos, no exhaustivos pues pueden completarse con los relativos al Tribunal de Cuentas y a otros órganos previstos en diversas leyes, ponen de manifiesto la tendencia aparentemente creciente a que se atrase la designación de sus miembros cuando se encomienda a las Cortes Generales. En cambio, tal demora no se produce o es irrelevante por su brevedad cuando corresponde al Gobierno y al Consejo General del Poder Judicial: es lo que sucede con los dos magistrados del Tribunal Constitucional cuyo nombramiento ha de proponer cada uno. Tendencia que lo es a retrasos cada vez mayores.

Son diversos los problemas que desde la perspectiva constitucional suscitan estos hechos. No pretendo afrontarlos sino, solamente, esbozar algunas ideas a propósito de esta realidad. En particular, sobre la desnaturalización que supone de la opción del constituyente de atribuir al Congreso de los Diputados y al Senado un papel esencial en la integración de órganos constitucionales como el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial<sup>4</sup> mediante mayorías cualificadas y del efecto pernicioso al que ha conducido la previsión por las correspondientes leyes orgánicas de la continuidad en sus funciones de los miembros de esos órganos tras la expiración del período para el que fueron nombrados.

3. A diferencia de lo que prevén las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional para sus magistrados y del Poder Judicial para los miembros del Consejo General del Poder Judicial, la del Defensor del Pueblo no dispone la continuación en sus funciones del Defensor del Pueblo, una vez expirado el período para el que es nombrado hasta la toma de posesión del nuevo, sino su cese, pasando a ejercer interinamente el cargo el Adjunto Primero (artículo 5.4 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril).

4. Sabido es que el artículo 122.3 de la Constitución no encomienda a las Cortes la designación de todos los miembros del Consejo General del Poder Judicial, sino solamente de los ocho que han de ser designados entre juristas de reconocida competencia. No obstante, a los efectos de las consideraciones expuestas en el texto, no es necesario recordar la inacabable polémica sobre si los doce vocales que han de ser escogidos entre jueces y magistrados han de ser designados también por las Cámaras o si deben ser elegidos por los integrantes de la Carrera Judicial. Sobre el particular me remito a mis artículos “El gobierno del Poder Judicial: los modelos y el caso español”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 35/1995, págs. 167 y ss. y “A vueltas con el Consejo General del Poder Judicial”, *Nuevas Políticas Públicas. Anuario Multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, nº 5/2009. Instituto Andaluz de Administración Pública, págs. 77 y ss. ([www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/home.jsp](http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/home.jsp)).

## ***2. Las mayorías reforzadas en la designación de los miembros de los órganos de garantía atribuida a las asambleas legislativas***

Las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial optaron por encomendar a las asambleas legislativas la designación de todos o de parte de los miembros de los órganos de garantía que contemplaban, particularmente de los Tribunales Constitucionales y de los órganos encargados de gobernar el Poder Judicial. Las que surgieron en los años setenta del siglo pasado tras las transiciones democráticas en el sur de Europa y las que nacieron en el este tras los acontecimientos que llevaron a la desaparición de la Unión Soviética en los años noventa recogieron esa solución también practicada en diversas repúblicas americanas. La idea de Justicia Constitucional prevista en la Constitución italiana de 1947 y en la Ley Fundamental de Bonn, aun con sus diferencias, y el modelo de gobierno de la judicatura diseñado en las Constituciones francesa de 1946 y 1958 y, sobre todo, en la italiana de 1947, tuvieron éxito. Tanto por su sentido y funcionalidad en el seno del Estado social de Derecho que entonces se construyó, como por descansar las normas que regulaban la composición y la formación de esos órganos en la colaboración de los demás que culminaban la estructura del Estado y, en especial, en el protagonismo de los Parlamentos a los que, además, se les encomendó en diversas experiencias constitucionales que adoptaran sus decisiones sobre estas designaciones por mayorías cualificadas.

Puede decirse que, en general, hasta ahora, la valoración de la actuación de esos órganos constitucionales ha sido dispar. Mientras que los Tribunales Constitucionales han merecido un juicio, en general, favorable no ha sucedido lo mismo con los órganos de gobierno del Poder Judicial, de ordinario objeto de polémicas sobre la politización de sus miembros, sobre el corporativismo expresado por las asociaciones judiciales y sobre sus facultades de gobierno sobre los jueces, todo ello en estrecha relación con el método de designación de sus miembros, ya sea parlamentario o de otro tipo. No obstante, en el caso de los Tribunales Constitucionales, la tacha de contaminación política, mejor dicho partidista, de sus magistrados no se ha expresado con la intensidad con que se ha esgrimido respecto de los integrantes de los Consejos de la Magistratura y, como acabo de decir, predomina el reconocimiento de la tarea que han hecho así como de la valía de quienes han sido nombrados para formar parte de ellos.

Se ha producido, así, la paradoja de que lo que parece haber sido bueno para el Tribunal Constitucional, no lo ha sido o no se ha creído que debiera serlo para los Consejos de la Magistratura. Aunque fenómenos parecidos se han dado también en Italia y Portugal, la experiencia española es bien ilustrativa de lo

que digo. En efecto, si dejamos aparte los episodios producidos en torno a los recursos de inconstitucionalidad contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña, que son la excepción y que guardan más relación con factores externos al propio Tribunal que con su actuación, no se ha cuestionado sistemáticamente la labor realizada por el intérprete supremo de la Constitución. Por el contrario, insisto, es, en general, apreciada.

Por fuerza, la valoración favorable de la forma en que ha garantizado la supremacía del texto fundamental se extiende a sus miembros, aunque algunos de ellos en determinados momentos, como sucede a quienes desempeñan cargos públicos relevantes, hayan sido objeto de dura crítica en distintas esferas de la opinión pública.

Pues bien, como es sabido, ocho de los doce magistrados del Tribunal Constitucional son designados por las Cortes Generales: cuatro por el Congreso de los Diputados y cuatro por el Senado, en ambos casos por mayoría de tres quintos, la misma que se exige para la reforma constitucional ordinaria. También es conocido que, cuando en 1985 se modificó el procedimiento de designación de los vocales del Consejo General del Poder Judicial, al prever la Ley Orgánica del Poder Judicial que la hicieran en su totalidad las Cortes Generales, se extendió la regla de mayoría de tres quintos impuesta por el artículo 122.3 para la elección de los ocho que han de ser escogidos entre juristas de reconocida competencia también a la elección de los doce que han de proceder de la Carrera Judicial. Y es notorio que ese cambio recibió acerbas críticas. Y resulta llamativo que, al resolver el recurso de inconstitucionalidad que, entre otros extremos, cuestionaba ese cambio, el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 108/1986 advirtiera que la aplicación del mismo procedimiento seguido para designar a dos tercios de sus componentes a la selección de los vocales del Consejo General del Poder Judicial podía llevar a este órgano las divisiones políticas existentes en la sociedad<sup>5</sup>. Es verdad que, también,

5. “Que esta finalidad se alcanza más fácilmente atribuyendo a los propios Jueces y Magistrados la facultad de elegir a 12 de los miembros del Consejo General del Poder Judicial es cosa que ofrece poca duda; pero ni cabe ignorar el riesgo, también expresado por algunos miembros de las Cortes que aprobaron la Constitución, de que el procedimiento electoral traspase al seno de la Carrera Judicial las divisiones ideológicas existentes en la sociedad (con lo que el efecto conseguido sería distinto del perseguido) ni, sobre todo, puede afirmarse que tal finalidad se vea absolutamente negada al adoptarse otro procedimiento y, en especial, el de atribuir también a las Cortes la facultad de propuesta de los miembros del Consejo procedentes del Cuerpo de Jueces y Magistrados, máxime cuando la Ley adopta ciertas cautelas, como es la de exigir una mayoría calificada de tres quintos en cada Cámara (art. 112.3 LOPJ). Ciertamente, se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada de la Norma constitucional si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con

reconoció que la extensión de la mayoría reforzada a todas las designaciones era una cautela frente a ese riesgo, pero no lo dijo con demasiada convicción pues, aunque no consideró que el nuevo método contradijera la Constitución, sí aconsejó enfáticamente su sustitución.

Ciertamente, esos *obiter dicta* iban acompañados de otros que descartaban que la Constitución exigiera el autogobierno judicial o atribuyera carácter representativo<sup>6</sup> al Consejo General del Poder Judicial<sup>7</sup>. No obstante, la primera advertencia ha suministrado abundante munición a quienes se oponían al cambio introducido por el legislador, mientras que la segunda ha quedado en segundo plano. Sin perjuicio, de reconocer que la experiencia del Consejo General del Poder Judicial no ha sido especialmente satisfactoria en ninguna de las tres

critérios admisibles en otros terrenos, pero no en éste, atiendan sólo a la división de fuerzas existente en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos. La lógica del Estado de partidos empuja a actuaciones de este género, pero esa misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, y señaladamente, el Poder Judicial” (fundamento 13°).

6. “Tampoco cabe admitir el carácter representativo que los recurrentes atribuyen al Consejo y sobre el cual ya tuvo ocasión de pronunciarse este Tribunal en su S 47/1986 de 17 abril, por lo que aquí es suficiente recordar que ese carácter ni se reconoce en el Texto constitucional, ni se desprende de forma necesaria de la naturaleza del Consejo, al no ser éste, como se ha dicho, órgano de una supuesta autoorganización de los Jueces” (fundamento 9°).

7. “Las consideraciones anteriores permiten entrar en lo que es realmente en este punto el meollo de las alegaciones de los recurrentes, y que consiste en sostener que la independencia judicial y la existencia constitucional del Consejo comportan el reconocimiento por la Constitución de una autonomía de la Judicatura, entendida como conjunto de todos los Magistrados y Jueces de carrera, y, en consecuencia, la facultad de autogobierno de ese conjunto de Magistrados y Jueces cuyo órgano sería precisamente el Consejo. Pero ni tal autonomía y facultad de autogobierno se reconocen en la Constitución ni se derivan lógicamente de la existencia, composición y funciones del Consejo. Para llegar a la primera conclusión basta la simple lectura del Texto constitucional, en el que, como se ha dicho, lo que se consagra es la independencia de cada Juez a la hora de impartir justicia, sin que la calidad de “integrantes o miembros” del Poder Judicial que se les atribuye en preceptos ya citados tenga otro alcance que el de señalar que sólo los Jueces, individualmente o agrupados en órganos colegiados, pueden ejercer jurisdicción “juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado”. Tampoco se impone la existencia de un autogobierno de los Jueces de una deducción lógica de la regulación constitucional del Consejo. Como se ha dicho, lo único que resulta de esa regulación es que ha querido crear un órgano autónomo que desempeñe determinadas funciones, cuya asunción por el Gobierno podría enturbiar la imagen de la independencia judicial, pero sin que de ello se derive que ese órgano sea expresión del autogobierno de los Jueces. La Constitución obliga, ciertamente, a que 12 de sus Vocales sean elegidos “entre” Jueces y Magistrados de todas las categorías, mas esta condición tiene como principal finalidad que un número mayoritario de Vocales del Consejo tengan criterio propio por experiencia directa sobre los problemas que los titulares de los órganos judiciales afrontan en su quehacer diario, de la misma forma que, al asignar los restantes 8 puestos a Abogados y otros juristas de reconocida competencia con más de 15 años de ejercicio en su profesión, se busca que aporten su experiencia personas conocedoras del funcionamiento de la justicia desde otros puntos de vista distintos del de quienes la administran” (fundamento 8°).



alternativas hasta ahora ensayadas<sup>8</sup>, puede parecer sorprendente que el Tribunal Constitucional llamara la atención sobre el peligro derivado del uso para formar el Consejo del mismo procedimiento que sirve para designar a los dos tercios de sus componentes.

El Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional son bien diferentes en su composición y funciones. No obstante, uno y otro se cuentan entre las principales novedades que el texto de 1978 trajo a la configuración de los órganos constitucionales conocida en nuestro Derecho histórico. Novedades que, como decía antes, son características del constitucionalismo posterior a 1945. Y tienen en común ser instituciones de garantía: de cometido más específico el Consejo General del Poder Judicial, ya que su razón de ser es la más plena realización de la independencia de los jueces y magistrados, mientras que el Tribunal Constitucional es la clave de bóveda de todo el sistema trazado por los constituyentes. Pero ambos se dirigen a brindar la mayor garantía que es posible ofrecer en Derecho a los ciudadanos, bien asegurando la posición de independencia de quienes están llamados a tutelar sus derechos e intereses legítimos, bien a preservar la supremacía de la Constitución, la fuerza vinculante que es propia de los derechos fundamentales y la distribución del poder hecha por los constituyentes. Por tanto, tratándose de órganos de garantía de contenidos tan esenciales, no parece, en principio, desacertado que sean las Cortes Generales, que representan al pueblo del que emana la justicia, las que se encarguen, dentro de un marco objetivo, de escoger a las personas que han de encargarse de prestarla.

Al menos eso es lo que hay que deducir del texto de la propia Constitución. Marco objetivo que comprende, en primer lugar, la exigencia de unos requisitos mínimos de capacidad en quienes deban ser designados y de un amplio consenso parlamentario para efectuar esa designación. Así, el artículo 122.3 limita la posibilidad de ser designado vocal del Consejo General del Poder Judicial a los abogados y otros juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional y a los jueces y magistrados de todas las categorías judiciales, a los cuales, por haber adquirido su condición de miembros de Carrera Judicial se les reconoce también esa competencia jurídica. Otro tanto hace el artículo 159.2, aunque sea más explícito sobre la condición técnica que han de poseer los magistrados del Tribunal Constitucional. En efecto, dice que han de ser

8. La prevista en la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial, la establecida en la Ley Orgánica del Poder Judicial y la modificación operada en ésta por la Ley Orgánica 2/2001, de 28 de junio. Me remito al respecto a mi trabajo "A vueltas con el Consejo General del Poder Judicial", cit. págs. 80 y ss.

nombrados entre magistrados, fiscales, profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional.

Así, pues, en ambos casos, la Constitución impone unos requisitos de aptitud o capacidad que descansan en cuatro elementos reglados aunque uno de ellos, el cuarto, tenga una naturaleza indeterminada: (a) la licenciatura en Derecho sin la cual no puede darse la condición de jurista; (b) el ejercicio de cualquiera de las profesiones jurídicas; (c) una experiencia profesional mínima suficientemente dilatada para asegurar la madurez necesaria<sup>9</sup>, (d) la excelencia que implica la reconocida competencia<sup>10</sup>. A ellos se les ha de añadir un quinto elemento de naturaleza discrecional: (e) la idoneidad que les ha de reconocer libremente la cámara de las Cortes Generales a la que corresponda la elección.

Delimitado de este modo el universo dentro del que las cámaras han de efectuar su elección, la Constitución completa ese marco al que me refería imponiéndoles la obligación de decidir por mayoría de tres quintos: así lo disponen el artículo 122.3 y el artículo 159.1. Insisto en que es la misma que requiere para la reforma constitucional ordinaria el artículo 167.1, lo que confirma la importancia que atribuye a la elección de los vocales del Consejo General del Poder Judicial y de los magistrados del Tribunal Constitucional. Importancia que enlaza con la posición que ha asignado a esos órganos en la arquitectura del Estado de Derecho construido por los constituyentes.

No cuesta, tampoco ningún esfuerzo, advertir que la imposición de esta mayoría cualificada, al igual que en todos los casos en que se recurre a las de este tipo, obedece al propósito de sustraer a la mayoría gobernante la elección de quienes van a desempeñar cargos tan relevantes. Y, si se le sustrae es porque no se quiere que sea una elección de parte, sino compartida porque la tarea que corresponde al Consejo General del Poder Judicial y al Tribunal Constitucional es distinta de la que es propia de las Cortes Generales. No tiene que ver con la orientación política de la mayoría parlamentaria surgida del sufragio de los ciudadanos que sostiene y controla al Gobierno y traduce en leyes sus directrices políticas sino con el ejercicio autónomo de las funciones constitucionales propias de estos órganos. Y ni la garantía de la

9. Obviamente, este requisito no rige para los doce vocales que han de ser nombrados entre jueces y magistrados de todas las categorías judiciales. No obstante, esta diferencia puntual no es relevante a los efectos de las ideas que se desarrollan en el texto.

10. En el caso de los vocales de procedencia judicial, la superación de las pruebas selectivas para el ingreso en la Carrera Judicial cubre este flanco.

independencia del Poder Judicial ni la defensa de la supremacía de la Constitución exigen que los vocales y los magistrados sean expresión de esa mayoría que basta para gobernar. La exigencia de consenso suprapartidario que implica la regla de los tres quintos queda bien de manifiesto si se tiene en cuenta que, ni siquiera en la II Legislatura, cuando el Partido Socialista Obrero Español logró 202 escaños en el Congreso de los Diputados en las elecciones del 28 de octubre de 1982, llegó a hacerse con esa mayoría, situada en los 210.

La necesaria, para la Constitución, cuando de nombrar a vocales del Consejo General del Poder Judicial y a magistrados del Tribunal Constitucional se trata es la que comprende a quienes sostienen al gobierno y a quienes forman la parte principal de la oposición. La que expresa el amplio consenso parlamentario que implican los tres quintos sobre un doble aspecto: de un lado, la cualidad profesional de los elegidos, de otro, su idoneidad personal para el cargo. Es decir, la última de las condiciones antes señaladas que han de reunir quienes vayan a ser nombrados para estos cargos. Tal idoneidad hace referencia, no a la militancia en las filas ideológicas de uno u otro grupo parlamentario y, mucho menos, a su disposición a subordinarse a directrices o instrucciones excluidas expresamente por las leyes: artículos 119.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Es, por el contrario, la relacionada con la coincidencia de tan amplia y heterogénea mayoría parlamentaria sobre la elección de un candidato. Dicho de otro modo, es la que resulta de su aceptación por todos. Aceptación, a su vez, determinada no sólo –y puede que no tanto– por su excelencia profesional sino por la aptitud que le reconocen unos y otros para integrarse en tan relevantes colegios y actuar dentro de ellos con lealtad institucional y con espíritu constructivo sin perjuicio de las diferencias que resulten de la distinta procedencia profesional de los nombrados ni de sus preferencias políticas o afinidades ideológicas que, naturalmente, no están proscritas, pero que no pueden ser el factor determinante de la elección.

En realidad, la mutua aceptación de los elegidos impuesta por la regla de los tres quintos debe servir para conjurar la tentación de llevar a partidarios a las instituciones. Al fin y al cabo, tiene la doble virtualidad de servir para apoyar a los que, además de reunir los requisitos reglados, son reconocidos como idóneos por sus caracteres personales, para desempeñar el cargo de vocal del Consejo General del Poder Judicial o de magistrado del Tribunal Constitucional. Y para excluir a quienes puedan ser propuestos pero carezcan de los requisitos o no merezcan esa confianza de todos los llamados a hacer la designación.

Seguramente, expresa bien de qué estamos hablando el siguiente ejemplo aunque se produjera en un ordenamiento que descansa sobre una interpretación del principio de la separación de poderes distinta a la del nuestro. Me refiero al proceso de nombramiento –frustrado por no obtener el consentimiento del Senado el 23 de octubre de 1987– como juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Robert H. Bork, propuesto por el presidente Ronald Reagan. Entonces, el senador Edward Kennedy dijo, entre otras cosas, al expresar la oposición de los senadores demócratas, que Sr. Bork debería ser rechazado por el Senado “porque mantiene un punto de vista extremista sobre la Constitución y sobre el papel del Tribunal Supremo que le sitúa fuera de la corriente de la jurisprudencia americana” y porque “en el delicado equilibrio actual del Tribunal Supremo su rígida ideología inclinaría la balanza de la justicia contra la clase de país que es América y que debería ser”<sup>11</sup>.

Pues bien, dejando al margen el fundamento real de las imputaciones que se hicieron en aquella ocasión al designado por el presidente de los Estados Unidos, creo que vale la idea expresada entonces: se trata, precisamente, de evitar que lleguen a instituciones como las que nos ocupan quienes mantienen unas posiciones tan extremas o excesivas sobre los fundamentos sobre los que descansa el ordenamiento constitucional que les alejan, ya de antemano, de la objetividad exigida para el desempeño de estos cargos. O quienes, en lugar de distinguirse por sus méritos profesionales se han acreditado como exponentes o defensores de una determinada línea de actuación política ya que, también entonces, se vería comprometida la apariencia de independencia e imparcialidad que deben distinguir a los que ejercen como vocales o magistrados constitucionales.

El consenso de los adversarios debería neutralizar la confrontación partidista en estos casos, creando, así, a la vez que permite el nombramiento de vocales y magistrados, un clima de reconocimiento y confianza adecuado para fortalecer la autoridad que necesitan mantener el Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Y si este objetivo se está alcanzando en los nombramientos para este último, de igual modo debe poder alcanzarse en los correspondientes al primero. En definitiva, el procedimiento no sólo es susceptible de funcionar bien, sino que lo ha hecho efectivamente. Por tanto, no cuesta trabajo concluir que se ha de poner el mismo cuidado en todos los casos, para que mediante buenas elecciones, mediante la elección de buenos candidatos, no sólo se asegure el buen funcionamiento de estos órganos constitucionales sino también se evite la descalificación de sus integrantes.

11. Se trata del discurso que pronunció en la sesión del Senado del 23 de octubre de 1987.

### 3. *La perversión del sistema*

El buen funcionamiento de este mecanismo requiere de importantes dosis de lealtad y de sentido de la responsabilidad y del Estado, en definitiva de sentimiento constitucional<sup>12</sup>, en los diputados y senadores y, en especial, de quienes dirigen los grupos parlamentarios. Es decir, en último término, de quienes están al frente de los partidos políticos que conforman esa mayoría de tres quintos que ha de concurrir para que puedan efectuarse los nombramientos. Lamentablemente, no siempre está entre sus prioridades proceder en tiempo a las designaciones correspondientes de quienes han de ser nombrados vocales del Consejo General del Poder Judicial o magistrados del Tribunal Constitucional, tal como demuestra la experiencia. O procurar que se alcance dentro de plazo el acuerdo que franquea las designaciones a partir de las premisas indicadas con la propuesta de candidatos indiscutidos.

En efecto, las demoras han venido acompañadas de otro fenómeno: la exigencia de mayorías reforzadas ha dado lugar a que, en vez de esforzarse los grupos parlamentarios concernidos en seleccionar candidatos susceptibles de recibir por sus cualidades profesionales e idoneidad personal el apoyo de todos los miembros o, al menos, de los tres quintos de la cámara llamada a realizar la designación, se ha extendido la práctica de las llamadas cuotas. Es decir, de la distribución de los puestos a cubrir de tal modo que, en función de la relación de fuerza, o sea del número de diputados o de senadores de cada uno de los principales grupos, se reservan la elección de un número determinado de vocales o magistrados.

A esta práctica –que, por sí sola, no sería decisiva para desnaturalizar el sistema– se le añaden, sin embargo, unos rasgos que sí producen ese efecto. Me refiero a que, a menudo, esas cuotas son ciegas o incondicionadas porque los grupos concernidos no discuten las propuestas de sus adversarios sino que se limitan a aceptarlas a condición de que sean aceptadas las suyas. En este caso, sin perjuicio de que los elegidos deban ser juristas de reconocida competencia con los años de ejercicio requeridos o miembros de la Carrera Judicial, el procedimiento de selección les marca con una señal de proximidad a la formación que les propone, con lo cual se abre un flanco a la crítica que denuncia la politización del nombramiento y a sus actuaciones futuras en el seno del órgano constitucional que, inevitablemente, serán presentadas y valoradas no en función de los argumentos

12. O sea de ese vínculo moral que une a los ciudadanos con las instituciones, según decía Pellegrino Rossi Cfr. Pablo Lucas Verdú, *El sentimiento constitucional*. Reus, Madrid, 1985.

jurídicos que las sustenten, sino desde la perspectiva ofrecida por ese sesgo de partida.

El otro elemento que completa la desnaturalización del sistema es el del bloqueo que se produce cuando queda pospuesta *sine die* la designación por falta de acuerdo parlamentario, circunstancia que puede deberse a que uno de los grupos cuyo apoyo es imprescindible considere inaceptables uno o varios de los candidatos propuestos por el otro o, simplemente, no le interese que cambie la composición existente del órgano constitucional. Esto sucederá si tiene a la actual por más favorable a sus puntos de vista que la que haya de venir bien porque, por ejemplo, es ahora distinta la mayoría de la cámara y le corresponde proponer a menos que los que tocan al otro grupo, bien porque, sencillamente, entienda que, en todo caso, perjudica al adversario el mantenimiento de la situación.

En los supuestos de falta de acuerdo parlamentario y de subsiguiente incumplimiento de los plazos constitucionalmente impuestos para la renovación del órgano, no hay, en principio, problemas desde el punto de vista de las funciones que le corresponden porque tanto la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 115.2) como la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (artículo 17.2) prevén expresamente que continúen desempeñando sus funciones hasta la toma de posesión de quienes han de sustituirles los miembros del Consejo General del Poder Judicial saliente y los magistrados cuyo período de nombramiento haya expirado. Precisamente, por esto, los grupos parlamentarios no han manifestado especial preocupación por cumplir los plazos: saben que está asegurado el funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial y el del Tribunal Constitucional, en el cual, además, al ser las renovaciones parciales, por terceras partes cada tres años, las dificultades son menores que en el caso del órgano de gobierno del Poder Judicial, que se renueva en su totalidad.

Recientemente se ha visto en esta prórroga un factor decisivo para la perpetuación de las anomalías que se describen y, por eso, y por entender que no hay en nuestro ordenamiento constitucional un principio general que imponga la *prorrogatio* de estos y otros órganos, ya que ha sido establecida por el legislador, se ha propuesto su supresión a través de las oportunas modificaciones legales<sup>13</sup>. La desaparición de esa especie de seguro en que consiste la permanencia en sus puestos de quienes debieron ser sustituidos forzaría, según esta tesis, a los grupos parlamentarios a

13. Juan Alfonso Santamaría Pastor, “La *prorrogatio* de los órganos constitucionales. Apuntes mínimos sobre un tema que no lo es”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 84/2008, págs. 11 y ss.

efectuar las designaciones en tiempo para evitar la parálisis de estos órganos. Otras opiniones surgidas a propósito de la anterior, coincidiendo con ella en lo sustancial, han matizado la propuesta en el sentido de que debería acompañarse de medidas complementarias que distingan entre el Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, dada la diferente naturaleza de sus cometidos. Así, para el primero, sugieren que se limite la prórroga a los miembros de la Comisión Permanente para que quede garantizada la imprescindible continuidad de su labor de gobierno de la judicatura y, para el segundo, que se le vede, mientras siga incompleto, tomar decisiones en orden a resolver recursos de inconstitucionalidad para sentar nueva doctrina o conflictos de competencia<sup>14</sup>.

Me parece dudoso que, aún suprimida la previsión legislativa que dispone la prórroga del mandato de vocales y magistrados, los grupos parlamentarios necesarios para formar la mayoría de tres quintos exigida constitucionalmente se sintieran compelidos a cumplir con el deber que les impone el texto fundamental. O, al menos, que sirviera para que lo hicieran de inmediato.

Contribuyen a esa duda, de un lado, el hecho de que se ha abierto hace tiempo un frente judicial en la confrontación política partidista. Hoy en día los partidos se sirven, además de las que podemos llamar armas tradicionales o típicas de la contienda política democrática (debates, reuniones, manifestaciones, expresión de la crítica política, presentación de alternativas, actividad en las asambleas legislativas, dirección política cuando gobiernan), de las propiamente judiciales: las denuncias, querrelas y recursos de toda clase, tanto en la jurisdicción ordinaria como en la constitucional, se cuentan entre los instrumentos de que se sirven en su competencia por el poder político. Y, por consiguiente, quieren tener la presencia que la Constitución les permite en esos ámbitos. No es mucha, desde luego, pero sí creen que les sirve, a tal efecto, que la composición del Consejo General del Poder Judicial sea una y no otra y que en el Tribunal Constitucional haya unos y no otros magistrados.

La independencia que la Constitución predica para jueces y magistrados y les asegura y el estatuto que la garantiza a los vocales y a los magistrados del Tribunal Constitucional, además de la integridad de las personas, que no debe descartarse, limitan mucho esa pretensión partidista de influir en los órganos constitucionales. No obstante, lo decisivo es que consideran que batallar por su

14. Luis Aguiar de Luque, Una nueva reflexión sobre la *prorrogatio* de los órganos constitucionales. Una discrepancia y algunas puntualizaciones a J.A: Santamaría”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 85/2009, págs. 83 y ss.

composición les da posibilidades de incidir en su actividad y esa creencia es suficiente para que persistan en su actitud que se ve, en todo caso, impulsada por la propensión de los partidos a hacerse presentes en todos los ámbitos en los que se dirimen cuestiones de poder.

Junto a estas apreciaciones, están algunos datos de la experiencia habida en relación con el Consejo General del Poder Judicial. Me refiero a la producida con su tercera composición (1990-1996). De sus veintiún miembros, entre 1992 y 1994, bien por renunciaciones para ser nombrados para otros cargos, bien por fallecimiento, quedó reducido a quince miembros. La Ley Orgánica del Poder Judicial exigía entonces<sup>15</sup> un *quórum* de presencia de catorce miembros para que pudiera tomar decisiones. Sucedió, sin embargo, que en el mes de julio de 1994 el viaje oficial de uno de ellos y la enfermedad inesperada de otro impidió que se reuniera el Pleno y debieron pasar todavía varios meses hasta que en octubre de 1994 se cubrieran las seis vacantes. Es decir que esa situación casi límite no incitó a las Cortes Generales a proveer a la designación de vocales y, ya verificada la imposibilidad de reunir al Pleno por la simple conjunción de dos circunstancias menores, se tomaron su tiempo para efectuarla. Aún durante ese Consejo, en 1995 falleció otro vocal y renunciaron dos más, uno para ser nombrado magistrado del Tribunal Constitucional y otro magistrado del Tribunal Supremo. Sólo uno fue sustituido por un vocal que terminó siendo suspendido en sus funciones y condenado por prevaricación. Mientras tanto, una vez celebradas las elecciones generales de 1996 y constituidas las cámaras surgidas de ellas, el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial aceptó la renuncia de otros seis vocales, con lo que ya no se pudo reunir más el Pleno. Sin embargo, producidas estas renunciaciones el 30 de marzo de 1996, el nuevo Consejo General del Poder Judicial no fue elegido hasta el 21 de julio siguiente.

A todo ello, se puede añadir que en el quinto Consejo General del Poder Judicial (2001-2008) no fueron sustituidos sus vocales, don Fernando Fernández Martín, fallecido, y don José Antonio Alonso Suárez, que renunció para ser nombrado para otro cargo. Y que don Roberto García-Calvo Montiel no ha sido sustituido en el Tribunal Constitucional.

15. Artículo 129. En la actualidad y desde la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, que modificó la del Poder Judicial, el artículo 137.1 establece que, a falta de ese número legal, en segunda convocatoria bastará para constituir el órgano el establecido para los órganos colegiados por la legislación común de régimen jurídico de las Administraciones Públicas. O sea, más de la mitad de sus miembros, según el artículo 26.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.



Todo esto no ayuda a alcanzar conclusiones diferentes de la expresada. Ni lo hace la solución seguida en la reciente modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de reducir el plazo de nombramiento de sus magistrados que, en vez de por nueve años, lo serán, al menos, en plenitud por el tiempo que reste, una vez descontado el consumido por las cámaras en efectuar la designación.

Mucho me temo que, de suprimirse la prórroga actualmente prevista, se correría el riesgo de una progresiva disminución del número de los componentes de estos órganos hasta llegar a su inoperancia, según fueran renunciando o la enfermedad u otras circunstancias les impidieran ejercer sus funciones. Situación que terminaría siendo mucho más perjudicial para las instituciones que la actual ya bastante mala, porque vendría a ser como una suerte de paulatina extinción de los órganos constitucionales.

#### ***4. En torno a posibles soluciones***

Es cierto que escenarios como el que se ha descrito no son exclusivos de la vida política española. Los retrasos en la renovación, especialmente, de los miembros de los Tribunales Constitucionales no son desconocidos en otras experiencias. Tampoco es privativa de España la propensión a que las propuestas parlamentarias para los nombramientos de los integrantes de los Consejos de la Magistratura y de los órganos que ejercen la Justicia Constitucional respondan a cuotas preestablecidas entre las formaciones políticas que contribuyen a la composición de las mayorías cualificadas necesarias.

Es igualmente cierto que no hay soluciones normativas comunes, ni siquiera extendidas. Más bien la pauta que prevalece es la contraria, la ausencia de reglas para poner fin a los retrasos<sup>16</sup>. En fin, es asimismo verdad que la extensión de una enfermedad no es razón para no buscar la forma de tratarla y superarla.

Desde el punto de vista teórico es relativamente fácil enunciar algunas ideas en torno a las que podría resolverse el problema. Debería bastar la apelación al cumplimiento de la Constitución y de las leyes, al que quienes componen las Cortes Generales deberían ser especialmente sensibles. Sin embargo, está claro

16. En el documento elaborado por el Servicio de Estudios, Biblioteca y Documentación del Tribunal Constitucional, “Modelos de renovación personal de Tribunales Constitucionales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 61/2001, págs. 209 y ss., se da cuenta de las diversas soluciones ensayadas al respecto. De la mencionada en el texto da cuenta en las págs. 223 y 224.

que no es suficiente. Por la misma razón, tampoco cabe esperar que se establezca un pacto o convención constitucional que asegure la pronta renovación de los órganos constitucionales porque falta el presupuesto para ello: una relación de confianza básica entre los actores principales de la vida política en el marco de la cual puedan afrontarse y resolverse las que han venido en llamarse cuestiones de Estado, entre las que se cuenta, sin duda, la puntual renovación de los órganos constitucionales.

Están, ciertamente, lejos los días del consenso constituyente y de su prolongación durante los primeros años de vigencia del texto de 1978 para aprobar los estatutos de autonomía y las principales leyes orgánicas. El título de un reciente libro expresa con acierto el cambio que hemos experimentado: el paso del consenso constituyente al conflicto permanente<sup>17</sup> expresado, entre otros ámbitos, en la provisión de las vacantes en el Tribunal Constitucional y en el Consejo General del Poder Judicial<sup>18</sup>.

Excluidas esas dos posibilidades, a la luz de la experiencia habida y dadas las limitaciones que a la intervención legislativa en esta materia impone la Constitución, está claro que la única forma de superar definitivamente el problema sería la de introducir en el texto fundamental previsiones expresas al respecto. Me refiero a normas que regulasen directamente –o autorizaran expresamente al legislador a hacerlo– la provisión de esos cargos si, en un plazo prudente por ellas predeterminado, las cámaras no hubieran procedido a cubrirlos. Y el método tendría que ser de tal naturaleza que no permitiera hacer cálculos anticipados sobre posibles beneficiados de la operación. Seguramente, a través del sorteo entre una relación amplia de sujetos (magistrados eméritos del Tribunal Constitucional, ex vocales del Consejo General del Poder Judicial, según se trate de uno u otro órgano, magistrados y fiscales de Sala del Tribunal Supremo, abogados, catedráticos de Universidad, funcionarios de determinados cuerpos, etc.) se lograría el objetivo.

Naturalmente, no creo que haya ninguna posibilidad de que se modifique la Constitución para introducir reglas como éstas o, simplemente, la habilitación a las Cortes Generales para establecerlas, visto que hasta ahora no se ha conseguido más acuerdo para reformarla que el exigido en 1992 para ratificar el Tratado de Maastricht mediante una mínima modificación de su artículo 13.2. La posibilidad

17. Oscar Alzaga, *Del consenso constituyente al conflicto permanente*. Editorial Trotta, Madrid, 2011.

18. *Ibidem*, págs 82 y ss.

de incluirlas, a falta de esa autorización constitucional, en las correspondientes leyes orgánicas, aun suponiendo que alguna mayoría parlamentaria quisiera dar pasos como el mencionado, encontraría el obstáculo de los artículos 122.3 –para los vocales juristas– y 159.1. La pregunta a responder entonces es si esos preceptos impiden desapoderar al Congreso y al Senado de las facultades que les atribuyen o, si la falta de ejercicio de las mismas en los plazos establecidos, justifica la utilización de un procedimiento alternativo de carácter objetivo, aprobado por las propias Cortes Generales.

Creo que convendría reflexionar sobre esta idea que, ciertamente, va más allá de la ensayada en Alemania. En este país la Ley Fundamental de Bonn encomienda al *Bundestag* y al *Bundesrat* la designación de los miembros del Tribunal de Karlsruhe y el artículo 7 bis de la Ley que lo regula ha previsto que, de haber más de dos meses de retraso en la renovación, la cámara a la que corresponda podrá pedir al Tribunal Constitucional la sugerencia, no vinculante, de tres candidatos, expediente, por lo demás, no siempre utilizado y que, cuando se ha seguido, no en todas las ocasiones ha supuesto que se atendiera esa sugerencia<sup>19</sup>.

No debemos descartar que, gracias al debate sobre propuestas concretas dirigidas a asegurar el cumplimiento de los plazos en el nombramiento de los titulares de los órganos constitucionales que han de ser designados por las Cortes Generales, termine generándose un estado de opinión que conduzca a los resultados deseados, bien porque prosperen los argumentos que las sustentan y se instaure la práctica de hacer las cosas cuando deben ser hechas, bien porque se opte por aprobar normas específicas al respecto.

A la postre, todo se reduce a que los partidos políticos mayoritarios, los únicos capaces de formar las mayorías reforzadas necesarias, perciban que no les compensa mantener comportamientos que, además de no respetar los tiempos exigidos por la Constitución, tampoco se ajustan a la finalidad para la que fueron establecidas esas mayorías. Y puede suceder que, gracias a debates como el que está planteado, acaben comprobando que, cumpliendo los plazos aun cuando se distribuyan la formulación de propuestas, y colaborando lealmente en encontrar candidatos aceptables para todos, la eventual pérdida de poder que crean experimentar, quedará compensada por la evitación del deterioro que les causan, también a ellos, hechos como los que han dado pie a estas líneas.

19. “Modelos de renovación personal de Tribunales Constitucionales”, cit. págs. 223 y 224.

De otro modo, seguiremos contemplando situaciones como la vivida recientemente y asistiremos a procesos que, aunque no se busque ese resultado, contribuirán a erosionar la imagen de unos órganos creados por la Constitución para perfeccionar y culminar el Estado de Derecho por ella establecido.

### **Resumen**

En la designación de los miembros de los órganos constitucionales encomendada a las asambleas legislativas mediante mayorías cualificadas se producen habitualmente disfunciones. Las más comunes son, en primer lugar, la distribución entre los principales grupos parlamentarios de cuotas de manera que cada uno elige a sus candidatos y el otro los acepta a cambio de que sean aceptados los suyos y, en segundo término, el incumplimiento de los plazos establecidos para proceder a la sustitución de los miembros de esos órganos cuyo período de nombramiento haya expirado. La conjunción de ambas prácticas es causa de deterioro institucional. No obstante, pese a ser un problema extendido en los ordenamientos constitucionales contemporáneos, no se han encontrado remedios eficaces para superarlo. Se ha sugerido que podría servir la supresión de la *pro-rrogatio* prevista legislativamente pero no es seguro que sea útil al efecto. Otra solución sería establecer un sistema alternativo, de carácter objetivo, para el caso de que transcurra el tiempo previsto sin que se hayan realizado las designaciones aunque es muy difícil que prospere esta propuesta. En todo caso, el debate sobre la cuestión ayudará a crear un clima tendente a persuadir a los grupos políticos de que les conviene respetar las previsiones constitucionales sobre el momento de la designación y la cualidad que han de tener los nombrados.

# EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA

**Marina Gascón Abellán**  
*Catedrática de Filosofía del Derecho  
de la Universidad de Castilla-La Mancha*

## SUMARIO

1. *Caracterización de la objeción de conciencia.*
  - 1.1. *La objeción como una forma de desobediencia.*
  - 1.2. *Concepto (jurídico) de objeción: manifestación de la libertad de conciencia.*
2. *Fundamento jurídico de la objeción*
  - 2.1. *¿Derecho general (constitucional) o reconocimiento (legal) de cada modalidad de objeción? Concepciones de la libertad y de los derechos.*
  - 2.2. *La objeción como derecho general.*
3. *Los problemas*
  - 3.1. *La conveniencia de regulación.*
  - 3.2. *Los motivos.*
  - 3.3. *El problema de la extensión y alcance de la objeción.*

## *1. Caracterización de la objeción de conciencia*

### **1.1. La objeción como una forma de desobediencia**

Las relaciones entre ética y derecho constituyen una de las reflexiones más recurrentes de la filosofía política y la exteriorización más clara de esa reflexión seguramente sea la pregunta por la existencia de una obligación moral de obedecer al derecho. La respuesta a esta pregunta se mueve entre dos posiciones extremas: la de quienes afirman la existencia de una obligación *absoluta* de obedecer, como con distintas argumentaciones sostuvieron Hobbes, Rousseau y Kant; y la de quienes afirman que no sólo no existe una obligación moral de obedecer al derecho sino que, más aún, lo que existe es una obligación moral absoluta de desobedecerlo cuando entra en conflicto con la propia conciencia, como desde postulados estrictamente positivistas sostuvo entre nosotros Felipe González Vicén. Sin embargo la mayoría de las respuestas a esta pregunta se ubican en una posición intermedia, en la medida en que mantienen que existe obligación moral de obedecer al derecho siempre que éste cumpla determinados requisitos. Esos requisitos son de muy variado orden, pero en general hoy se acepta de manera generalizada que un derecho de base democrática comprometido con la defensa de los derechos exige moralmente ser obedecido.

Ahora bien, ¿significa lo anterior que en ningún caso está justificada la desobediencia? Y en particular, ¿significa que no está justificada cuando viene movida por consideraciones morales? Si la pregunta es relevante es porque levanta acta del fenómeno de la objeción de conciencia, un fenómeno que, precisamente porque constituye la expresión más clara de las complicadas relaciones entre ley y conciencia, ha estado siempre presente pero que quizás hoy, cuando la diversidad cultural de la sociedad se acentúa, se exhibe con más intensidad.

La objeción de conciencia forma parte de la amplia fenomenología que presenta la desobediencia al Derecho. Quizás el rasgo principal de la objeción frente a otras formas de desobediencia, singularmente de desobediencia criminal, es que el objetor desobedece la norma porque considera que lo que ésta ordena o prohíbe es injusto, inmoral o, en general, gravemente lesivo para su dictamen de conciencia. Ahora bien, este es un rasgo que la *objeción de conciencia* comparte con la *desobediencia civil*. La diferencia entre ambas estriba en la finalidad perseguida. El desobediente civil incumple una norma con el propósito de *lograr su modificación* o la de alguna institución o decisión política que considera injustas. Por eso es frecuente que se desobedezcan normas que en sí mismas se consideran irreprochables con la finalidad de modificar otras (desobediencia civil indirecta), pues lo que se pretende es “protestar”, participar en la política aunque sea de un

modo informal. El objetor, por el contrario, es tan sólo un individuo que solicita que no sea violentada su conciencia imponiéndole un deber legal incompatible con la misma; es decir, sólo pretende *que se le exima del cumplimiento* del deber objetado (o de la sanción prevista para su incumplimiento, cuando ya se ha producido éste). Así pues, mientras que el desobediente es un “luchador por la justicia” cuya finalidad es lograr algún cambio jurídico o político, la finalidad del objetor se agota en la defensa de la moralidad individual<sup>1</sup>. Obviamente esto no significa que la objeción de conciencia y la desobediencia civil sean dos modalidades de desobediencia excluyentes. Más bien al contrario, pues si uno objeta una norma porque la considera injusta, lo normal es que también quiera que esa norma desaparezca del sistema. Pero no tiene por qué ser necesariamente así, y es muy posible que el objetor sea sólo eso, un objetor, y no un “luchador por la justicia” o alguien que “protesta” contra el sistema. Por eso, por objeción de conciencia cabe entender el *incumplimiento de un deber jurídico motivado por la existencia de un dictamen de conciencia contrario al comportamiento prescrito y cuya finalidad se agota en la defensa de la moralidad individual*, renunciando o al menos no persiguiendo de forma inmediata una estrategia de cambio político o jurídico, ni tampoco siquiera la búsqueda de adhesiones.

### **1.2. Concepto (jurídico) de objeción: manifestación de la libertad de conciencia**

Por cuanto expresión de un dictamen moral, la objeción de conciencia es una *manifestación de la libertad de conciencia*. Esto es así porque la libertad de conciencia no sólo supone el derecho a formar libremente la propia conciencia sino también a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma, aun cuando ello suponga la infracción de alguna norma jurídica. Esta segunda dimensión práctica de la libertad de conciencia es casi unánimemente aceptada<sup>2</sup> y ha hecho de ella una de las libertades fundamentales en el proyecto emancipador humano. Y por otro lado es también esta dimensión práctica de la libertad de conciencia la única que tiene relevancia jurídica, pues la dimensión interna, psicológica o no práctica de la misma resulta inasequible para el ordenamiento. En suma, la objeción sería *un corolario de la libertad de conciencia*, pues no es sino el nombre que recibe la misma libertad de

1. Para un análisis reciente de la objeción de conciencia y de sus diferencias con otras formas de desobediencia al derecho véase Prieto, Luis, “Desobediencia civil y objeción de conciencia”, en *Objeción de conciencia y función pública* (Ignacio Sancho, dir.), Estudios de Derecho Judicial, 89, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, págs. 11-42.

2. La propia jurisprudencia constitucional reconoce este hecho: “Tanto la doctrina como el derecho comparado afirman la conexión entre la objeción de conciencia y la libertad de conciencia. Para la doctrina, la objeción de conciencia constituye una especificación de la libertad de conciencia, la cual supone no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma” (STC 15/82).



conciencia en situaciones de conflicto. En consecuencia la objeción de conciencia sería una noción lógicamente más restringida que la de libertad de conciencia, pero estaría plenamente integrada en ella. Por lo demás, algunas constituciones parecen hacer incluso un reconocimiento explícito de esta integración. Señaladamente la Ley Fundamental de Bonn, donde el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar se reconoce en el mismo artículo (art.4) que la libertad de conciencia. E incluso la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa afirmaba de manera expresa hace ya más de cuarenta años<sup>3</sup> que el reconocimiento de la objeción deriva lógicamente de los derechos fundamentales del individuo garantizados en el artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos (RCL 1979\2421), que obliga a los Estados miembros a respetar las libertades individuales de conciencia y religión.

Sin embargo, aunque la objeción hunde sus raíces en la libertad de conciencia, lo que resulta discutible es si existe en el ordenamiento un derecho a ejercerla, es decir un derecho a no recibir sanción cuando se incumple un deber jurídico por motivos de conciencia. Lo que se debate, en suma, es si cabe aceptar la existencia de un derecho a actuar conforme a la propia conciencia *también* cuando ello implique la violación de algún deber jurídico y no exista un reconocimiento específico de esa forma de objeción. Resolver esta cuestión exige por lo tanto discernir si el derecho a actuar libremente en virtud de nuestros dictados de conciencia se detiene ante cualquier obligación legal o, por el contrario, hay una presunción de que quien actúa conforme a su conciencia actúa bien, al menos “*prima facie*”. En otras palabras, cuando en el ejercicio de la libertad de conciencia los individuos incumplen una obligación jurídica, ¿significa esto que a partir de ese momento *dejan de estar amparados por el derecho fundamental*, que su conducta ya no forma parte del contenido del derecho? ¿O, por el contrario, hemos de concebir *la obligación jurídica como un límite al derecho fundamental* y, en consecuencia, evaluar su justificación? Mi posición en este punto –como enseguida señalaré– es que nos hallamos ante un problema de derechos fundamentales cuya solución depende de la concepción que se tenga acerca de los mismos.

## ***2. Fundamento jurídico de la objeción***

### **2.1. ¿Derecho general (constitucional) o reconocimiento (legal) de cada modalidad de objeción? Concepciones de la libertad y de los derechos**

Las tesis posibles para afirmar el reconocimiento jurídico de la objeción de conciencia son dos. La primera consiste en sostener que sólo puede hablarse de un derecho a la objeción cuando la Constitución o las leyes así lo reconozcan (y

3. En la Resolución 337, de 1967.

eventualmente lo regulen) para una modalidad concreta. La segunda consiste en considerar que en el sistema jurídico existe una suerte de derecho general a la objeción de conciencia, un derecho que brindaría tutela, siquiera *prima facie*, a cualquier modalidad de objeción que pudiera presentarse.

Cada una de estas tesis se vincula a una cierta manera de concebir la posición de los derechos fundamentales en el ordenamiento. La primera de ellas (el reconocimiento caso por caso de cada concreta modalidad de objeción) se vincula a una concepción de la libertad y de los derechos que podríamos llamar “hobbesiana”. Según esta concepción *la libertad es una excepción* y yace sólo en las parcelas no reguladas por el legislador; lo que significa que cuando el ejercicio de la libertad de conciencia entra en conflicto con algún deber legal, la esfera de libertad queda suprimida. Es verdad que al hallarse hoy constitucionalizados esos espacios de libertad el legislador se halla constreñido a no invadir su contenido estricto. Pero a nada más. Fuera de las áreas de inmunidad rigurosamente delimitadas el legislador puede moverse sin temor a vulnerar derechos. En suma, la libertad de conciencia sólo daría derecho a actuar en el marco de la legalidad, sin violar deberes jurídicos. No cabría hablar, pues, de un derecho general a la objeción de conciencia, sino sólo de *concretas modalidades específicamente reconocidas y reguladas*.

La segunda tesis (la que afirma la existencia de un derecho general a la objeción) se vincula a una concepción de la libertad y de los derechos en el ordenamiento que podríamos llamar “lockeana” o “liberal”. Para esta segunda concepción la libertad es la regla y consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás. El legislador no sólo ha de respetar las concretas inmunidades constitucionalmente reconocidas sino que, además, siempre que restrinja la libertad de los individuos ha de justificar que su imposición resulta necesaria para proteger otros derechos o bienes constitucionales: no cabe la limitación gratuita o desproporcionada. En suma, *la libertad es la regla general del sistema*, limitada excepcionalmente por mandatos y prohibiciones debidamente justificados. Por eso desde esta concepción puede hablarse de un *derecho general a la objeción de conciencia con base en la libertad de conciencia*, en el sentido de que hay una presunción de legitimidad constitucional para quien actúe de acuerdo con su conciencia, y, por lo tanto, las obligaciones jurídicas operarían como *límites* a la libertad cuya existencia podría ser discutida. Se trata naturalmente de una presunción de legitimidad *iuris tantum*, pero sólo destruable mediante buenas razones, las razones que eventualmente asisten a la medida limitadora de la libertad.

Pues bien, teniendo en cuenta que cada una de las tesis señaladas se vincula a una concepción de la libertad y de los derechos diferente, para ver cuál es la suerte de la objeción de conciencia en el sistema (derecho general o regulación modalidad por modalidad) lo que interesa saber es si en un ordenamiento constitucional de base liberal la concepción apropiada de los derechos es la primera (hobbesiana) o la segunda (lockeana).

Mi posición en este punto es que en un sistema liberal democrático la concepción de los derechos fundamentales es la que se desprende de entender la libertad como regla y las obligaciones y deberes jurídicos como límites a la libertad que, por consiguiente, han de justificarse. Desde luego no es este el espacio apropiado para desarrollar las variadas y buenas razones para sostener esto<sup>4</sup>, pero

4. He desarrollado ampliamente esta tesis en mi *Obediencia al Derecho y Objeción de Conciencia*, Madrid, CEC, 1990. Este ha sido también uno de los núcleos argumentativos del *Amicus Curiae* que presenté, junto con Luis Prieto Sanchís, en la demanda de inconstitucionalidad parcial contra el artículo 27 de la Ley 48 de 1993 de Colombia, por la que se regula el servicio de reclutamiento y movilización. Reproduzco a continuación algunas de estas razones, tal y como fueron expuestas en el documento que acaba de citarse:

1ª. “No hay en las Constituciones de la democracia liberal ningún fin trascendente más allá de la protección de la dignidad y de los derechos de las personas. En otras palabras, la Constitución, en cuanto esquema de gobierno mediante el cual son los propios individuos quienes deciden establecer las instituciones y ponerlas al servicio de sus derechos, lleva implícita la existencia de una regla general de libertad, y no al contrario (...) Las instituciones son artificios que sólo se justifican en la medida en que estén al servicio de los individuos, de su dignidad y de sus derechos”.

2ª. “La tesis de la limitación/delimitación de los derechos fundamentales (que es la que avala la idea de que, fuera del contenido constitucionalmente “delimitado” de los derechos, el legislador puede imponer restricciones a la libertad individual sin mayor justificación) no sirve a efectos prácticos. Es cierto que desde una perspectiva *abstracta* tal vez no todos los mandatos y prohibiciones sean un límite a la libertad jurídica, sino que algunos de ellos parecen no afectar al derecho porque el contenido de éste no comprende las conductas prohibidas o limitadas por la intervención legislativa. Sin embargo, cuando nos enfrentamos a los casos *concretos* no resulta tan fácil establecer esta distinción, porque (...) la delimitación del contenido normativo de los derechos y libertades dista mucho de ser evidente, y en consecuencia el enjuiciamiento de una determinada conducta contraria a un deber legislativo reabre el problema de si tal deber se ajusta o no a la prescripción constitucional. Por lo demás, la cláusula del libre desarrollo de la personalidad, que por ejemplo recogen las Constituciones alemana (art. 2) y española (art. 10), permite de hecho considerar cualquier conducta como una expresión de la autonomía y, por lo tanto, como el ejercicio de un derecho. Naturalmente de un derecho *prima facie*”.

“Pero si esto es así para la generalidad de derechos y libertades, cuando el problema se plantea en relación con la libertad de conciencia se hace casi imposible discernir entre las actividades que constituyen un mal ejercicio del derecho, pero ejercicio al fin y al cabo, de aquellas otras que nada tienen que ver con el mismo. Y ello fundamentalmente porque las exigencias que derivan de la conciencia son potencialmente ilimitadas; como potencialmente ilimitadas e imposibles de catalogar son las doctrinas y cosmovisiones sobre el bien y la virtud en que las convicciones individuales suelen apoyarse.(...) La conciencia, en otras palabras, puede ser fuente de los más heterogéneos imperativos, y de ahí que todo deber jurídico pueda ser considerado en hipótesis como un límite a la libertad de conciencia (...) En suma, *los imperativos legales funcionan como límites a la regla general de libertad, y no las libertades como excepciones a una regla general de obligación*”.

sí conviene decir que por lo general los tribunales constitucionales, y desde luego también el español, acogen de hecho la tesis (que aquí he llamado lockeana) de la libertad como regla. Así hay que entenderlo cuando, ante la confrontación existente entre normas de libertad y normas limitadoras de la libertad, dichos tribunales reprochan a los jueces el no haber planteado el problema en términos de conflicto entre el derecho de libertad y los bienes o derechos constitucionales protegidos por la norma limitadora<sup>5</sup>. Más exactamente, lo que se sostiene es que, en virtud de la posición constitucional de los derechos, cualquier medida limitadora ha de ser escrutada como lo que es, como una lesión del contenido de un derecho, lesión cuya legitimidad se condiciona a su justificación. No basta, pues, con constatar el respaldo formal o legal del deber jurídico, sino que ha de valorarse esa justificación sustantiva para determinar si el sacrificio del derecho resulta o no constitucionalmente aceptable. De ahí que cuando el ejercicio de la libertad de conciencia en forma de conducta práctica colisiona con un deber jurídico resulte una exigencia constitucional enjuiciar el propio deber como un supuesto de límites a la libertad de conciencia<sup>6</sup>. Pero esta práctica argumentativa no es sino un corolario de la posición de los derechos y libertades en el marco constitucional: precisamente porque encarnan la regla, sus excepciones (los deberes) han de contar con justificación suficiente, y no a la inversa<sup>7</sup>.

## 2.2. La objeción como derecho general

La tesis de que existe un derecho general a la objeción de conciencia con base en la libertad de conciencia ha sido expresamente acogida por el Tribunal Constitucional español en algunas ocasiones. Así, en la STC 15/1982, de 23 de abril (dictada en un procedimiento de amparo a propósito de la objeción de conciencia al servicio militar no fundada en motivos religiosos y, sobre todo, formulado cuando aún no se había dictado la correspondiente ley reguladora), el Tribunal reconoció que la objeción de conciencia es un derecho general de

5. El juez, en estos casos –dice el Tribunal Constitucional español– “no estaba obligado a otorgar preferencia a uno u otro de los derechos en juego, pero sí... a tomar en consideración la eventual concurrencia en el caso de una libertad fundamental” (STS 159/85 de 12 de diciembre, FJ 8). Conviene insistir en este punto porque resulta decisivo: el reproche del Tribunal Constitucional no se dirige en principio contra la resolución adoptada sobre el fondo de la cuestión, sino contra su insuficiencia argumentativa.

6. Vid. *Amicus Curiae* cit. en nota 4.

7. Llama por eso la atención que muchas de las posiciones contrarias o resistentes a admitir una interpretación favorable a la objeción de conciencia con base en la libertad de conciencia, lo hagan con el argumento de la *legitimidad democrática de la ley*, olvidando así que el valor de esa legitimidad reposa principalmente en la presuposición (y desde luego en la protección) de la libertad (de conciencia o no) de los individuos.

naturaleza constitucional. Más exactamente, que es una manifestación de la libertad de conciencia y en consecuencia está implícitamente contemplada en la Constitución, por lo que no es preciso reconocer cada concreta modalidad de objeción<sup>8</sup>. Es verdad –puntualiza el Tribunal– que el contenido del derecho a la objeción no garantiza la abstención del objetor sino sólo su derecho a ser declarado exento de un deber (el del servicio militar en este caso), y para ello es necesario que el legislador establezca un procedimiento conforme al cual pueda eventualmente declararse esa exención. Pero en todo caso –sigue argumentando el Tribunal– la ausencia de regulación legislativa no puede dejar sin eficacia el derecho a objetar, pues los derechos constitucionales son directamente aplicables<sup>9</sup>.

Tres años después, en la Sentencia núm. 53/1985 de 11 abril, dictada a propósito del recurso previo de Inconstitucionalidad núm. 800/1983 contra el proyecto de ley orgánica de despenalización del aborto, el Tribunal Constitucional se muestra aún más rotundo en su proclamación de la objeción de conciencia como *derecho general de naturaleza constitucional*, pues es –dice– “parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa”. Precisamente en consonancia con ello establece que el derecho a la objeción de conciencia (al aborto en este caso) “existe y puede ser ejercido” con independencia de que el legislador lo haya reconocido o no, pues “la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales”. Y cabe pensar que si el silencio del legislador no fue obstáculo para el reconocimiento de una modalidad de objeción (la que se ejerce frente al aborto) es justamente porque todas las modalidades de objeción forman parte del contenido de la libertad de conciencia.

Es verdad, no obstante, que en 1987 el Tribunal tiene ocasión de pronunciarse sobre la objeción de conciencia al servicio militar en dos sentencias (las SSTC 160 y 161/1987, de 27 de octubre) en las que se aparta de su línea anterior y ofrece una jurisprudencia más restrictiva. Por una parte niega que exista un derecho general a la objeción de conciencia anclado en el derecho fundamental a la libertad de conciencia: sólo existen las objeciones expresamente reconocidas por la Constitución o por la Ley. Por otra parte, y en la medida en que el derecho a la objeción no garantiza directamente la abstención sino sólo el derecho a ser

8. “Y puesto que la libertad de conciencia –dice el Tribunal– es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el artículo 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en la ordenación constitucional española” (STC 15/82).

9. De hecho, el Tribunal Constitucional dice que debe aplazarse la incorporación a filas mientras no se regule el procedimiento para declarar la condición de objetor.

declarado exento del deber general objetado, afirma la necesidad de establecer un procedimiento para evaluar y declarar en cada caso el estatus de objetor. Ahora bien, merece la pena recordar que esta “vuelta atrás” en la jurisprudencia sobre la objeción de conciencia sólo parece haber afectado a la objeción frente al servicio militar, pero no a la objeción al aborto, la cual –pese a no estar legalmente reconocida y mucho menos regulado el procedimiento para su ejercicio– ha seguido gozando de respaldo jurisprudencial y doctrinal. En otras palabras, la doctrina que sostiene y explica la objeción de conciencia al aborto es la que entiende que existe un derecho general a la objeción de conciencia de naturaleza constitucional con base en la libertad de conciencia.

En conclusión, por las razones señaladas en el punto anterior –que las constituciones liberales reflejan sistemas jurídicos en los que la libertad es la regla general y las obligaciones jurídicas han de ser interpretadas como límites al ejercicio de la libertad– y a la vista también de la jurisprudencia constitucional en materia de objeción al aborto, cabe afirmar que hay en nuestro ordenamiento un derecho general –*prima facie*– a comportarse de acuerdo con los dictados de la propia conciencia incluso si con ello se vulnera algún deber jurídico. Si existe dicho deber el caso habrá de ser considerado como un problema de límites al ejercicio de derechos fundamentales, esto es, como un problema de colisión entre el derecho individual y los valores protegidos por el deber jurídico en cuestión. Y al respecto dos observaciones.

La primera es que la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia no significa, naturalmente, que los deberes que operan como límites a la libertad de conciencia (o sea, los deberes objetados) sean siempre ilegítimos o deban ser eliminados, pues tales deberes pueden proteger otros derechos ante los cuales la libertad de conciencia del objetor haya de doblegarse. Lo que significa ese derecho general –repetámoslo– es que existe una presunción *iuris tantum* de legitimidad constitucional para quien actúa por motivos de conciencia, pero también hay que tener en cuenta que en un sistema constitucional liberal no existe ningún derecho ilimitado. En pocas palabras, tan injustificado resulta sacrificar desproporcionada e innecesariamente la conciencia de los individuos objetores como desatender, en aras de dicha objeción, los bienes, derechos e intereses protegidos por las normas objetadas. La objeción no puede triunfar a toda costa sobre el resto de los derechos y bienes implicados<sup>10</sup>.

10. Por eso, como acertadamente se ha dicho en relación con la objeción de los profesionales de las oficinas de farmacia a la dispensación de la llamada “píldora del día después”, “el reconocimiento de la objeción de conciencia del farmacéutico a no expedir un fármaco con efecto abortivo merecerá un juicio diverso dependiendo de que pueda encontrarse con facilidad otro profesional que pueda hacerlo”, Del

Por eso, frente a interpretaciones deformadoras de la tesis aquí sostenida que parecen asimilarla a “la negación misma de la idea de Estado”<sup>11</sup>, conviene insistir en una idea clave: residenciar las objeciones en la libertad de conciencia y concebirlas como derechos *prima facie* no significa en modo alguno que el sistema haya de brindar una tutela definitiva a todas ellas. “Nadie, en efecto, puede pretender el amparo del Derecho meramente porque su conducta resulte conforme a sus propias convicciones morales, pero la presencia de esas convicciones que son expresión de la libertad de conciencia sí obliga a tratar la cuestión como un problema de límites al ejercicio de los derechos o, más exactamente, como un conflicto entre la libertad de conciencia y las razones que proporcionan las normas incumplidas u objetadas”<sup>12</sup>. El objetor, por consiguiente, no tiene derecho a que el ordenamiento le tolere su comportamiento objetor en cualquier supuesto, pero sí tiene derecho a que tal comportamiento sea considerado como un ejercicio de la libertad de conciencia en conflicto con los bienes o derechos protegidos por la norma objetada, y por lo tanto a que ese conflicto se resuelva argumentativamente mediante el test de la proporcionalidad. En suma, tener un derecho (general) a la objeción equivale a tener un derecho a que el conflicto sea tratado mediante una argumentación racional. Ante el prolongado silencio del legislador, este es el único camino para la justificación jurídica de algunas (no de todas, desde luego) modalidades de objeción.

La segunda observación es más bien una insistencia y pretende responder a quienes entienden que caracterizar el derecho general a la objeción en los términos que aquí se ha hecho es una “obviedad” y “no añade nada” al debate sobre la justificación jurídica de la objeción. En realidad hay poco que objetar a esta observación. Si la tesis del derecho general a la objeción puede parecer una obviedad es porque así es, pues desde el momento en que se acepta que la objeción no es sino el ejercicio de la libertad de conciencia resulta evidente que cuando dicha libertad entra en conflicto con algún deber jurídico el asunto ha de tratarse como un problema de límites al ejercicio de la libertad. Pero se trata de una *obviedad que merece ser recordada*; como poco para salir al paso de quienes,

Moral, Antonio, “La objeción de conciencia de los miembros del Ministerio Fiscal”, en *Objeción de conciencia y función pública*, cit., pág. 257.

11. Uso intencionadamente la misma expresión que utilizada en la (a mi juicio desafortunada argumentación de la) Sentencia 161/1987, fundamento jurídico tercero: “La objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto”.

12. Prieto, Luis, “Desobediencia civil y objeción de conciencia”, cit., pág. 39.

desde posiciones radicalmente contrarias, entienden que en el ordenamiento sólo están jurídicamente justificadas aquellas modalidades de objeción expresamente reconocidas por la Constitución o las leyes<sup>13</sup>. Frente a estas posiciones, la tesis del derecho general a la objeción de conciencia no hace, en efecto, sino recalcar en lo obvio: que el tratamiento jurídico de este fenómeno en el Estado constitucional de Derecho reclama el mismo tipo de razonamiento que procede para abordar el problema de los límites al ejercicio de los derechos fundamentales; esto es, el juicio de proporcionalidad que ha sido elaborado y depurado por la doctrina y la jurisprudencia de todos los países democráticos que presumen de una protección *efectiva* de los derechos individuales.

### **3. Los problemas**

#### **3.1. La conveniencia de regulación**

Aunque la tesis que he defendido aquí es la que considera que en el sistema jurídico existe una suerte de derecho general a la objeción residenciado en la libertad de conciencia, o sea un derecho que brindaría tutela, siquiera *prima facie*, a cualquier modalidad de objeción que pudiera presentarse, justo es reconocer que la tesis alternativa (o sea la que sostiene que sólo son admisibles las modalidades de objeción expresa y legalmente reconocidas y reguladas) presenta, frente a ésta, alguna ventaja.

En efecto, la tesis de la existencia de un derecho general a objetar por motivos de conciencia presenta la indudable ventaja de no cerrar el catálogo de objeciones posibles, por lo que en principio cualquiera podría presentar objeción frente a un deber jurídico serio o relevante con independencia de su reconocimiento legal; pero a cambio esta opción carece de la seguridad jurídica que proporciona el reconocimiento y regulación expresa de las concretas modalidades de objeción. Por su parte, la tesis de que sólo son admisibles las modalidades de objeción expresamente reguladas y en los términos en que son reguladas tiene el defecto de que, en virtud de la misma, las objeciones no previstas por el legislador son contempladas como simples infracciones jurídicas y no (también) como un ejer-

13. Como la posición, sin ir más lejos, de Francisco Caamaño, Ministro de Justicia español, quien en una entrevista concedida a *Europa Press* en agosto de 2009 fue así de contundente: “En nuestro país no hay más objeción de conciencia que aquella que está expresamente establecida en la Constitución o por el legislador en las Cortes Generales. Todos estamos sometidos a la ley. Las ideas personales no pueden excusarnos del cumplimiento de la ley, si no (...) nos llevaría a la desobediencia civil. Allí donde no hay una ley que lo permita, no cabe la objeción de conciencia”.



cicio de la libertad de conciencia; pero a cambio presenta la ventaja de que, al venir regulado el ejercicio de una modalidad concreta, proporciona seguridad tanto para los propios objetores como para quienes eventualmente puedan resultar beneficiados con el cumplimiento de los deberes objetados; en el caso de las objeciones sanitarias, por ejemplo, los pacientes y usuarios de los servicios.

Ahora bien, no existe ninguna contradicción en sostener la existencia de un derecho general a la objeción y reclamar al propio tiempo la regulación del ejercicio de las modalidades más frecuentes. Cabe recurrir aquí al ejemplo de la objeción al servicio militar, que fue expresamente reconocida por el artículo 30.2 de la Constitución y desarrollada posteriormente por ley. Y nada impediría que las leyes hicieran lo propio con la objeción del personal sanitario a la práctica del aborto, a la participación en ciertas técnicas de reproducción asistida, o a otras que eventualmente pudieran ser relevantes y significativas por el número de objetores y/o por las controversias morales que susciten<sup>14</sup>.

### 3.2 Los motivos

El primer problema al que se enfrenta el ejercicio de una determinada modalidad de objeción de conciencia cuando no existe expreso reconocimiento (ni obviamente regulación) de la misma es el de la seriedad o atendibilidad de esa objeción. Para decirlo con más claridad, ¿son válidos todos los motivos de conciencia?; ¿es atendible, como un caso de objeción, cualquier oposición al cumplimiento de un deber jurídico por moralmente intrascendente que este parezca? ¿Debe ser considerada como un supuesto de objeción la negativa al cumplimiento de un deber jurídico sólo con que formalmente se formule como tal? ¿O, por el contrario, sólo debe considerarse como objeción la oposición al cumplimiento de deberes moralmente relevantes?

La pregunta desde luego no es baladí, pues en línea de principio parece que algún control es necesario. De hecho, nuestras intuiciones morales nos dicen que no es lo mismo formular objeción a la práctica de un aborto que formularla al pago de impuestos o, más aún, a alguna norma de circulación. En este aspecto, sin embargo, es necesario extremar las precauciones, a fin de no terminar instaurando un control ideológico que discrimine entre unos motivos u otros según lo relevantes o razonables que nos parezcan. A este respecto conviene observar dos cosas.

14. Por ejemplo, la *Ley de Muerte con Dignidad* (*Death with Dignity Act*, de 1997) del Estado de Oregón, que autoriza y regula la práctica del suicidio asistido en ese territorio, reconoce también expresamente un derecho a la objeción de conciencia, de manera que ningún profesional de la salud podrá ser obligado a proveer medicación a un enfermo que lo solicite para poner fin a su vida.

a) De si son relevantes o atendibles todos los motivos.

La primera es que en línea de principio *casi cualquier deber jurídico puede ser objetado*, pues los conflictos de conciencia son por definición impredecibles. Esto es así porque los contenidos de la conciencia pueden ser de lo más variado y por consiguiente sus conflictos con deberes jurídicos también. Lo que esto significa es que, en los supuestos de objeción carentes de regulación legal, la objeción no debería ser rechazada sin más por el hecho de que los motivos de conciencia esgrimidos nos parezcan irrelevantes o incluso estafalorios. Nos asombraría ver lo insólitas que aparecen a los ojos de otras personas y culturas algunas de nuestras creencias más firmemente asentadas. Lo que debe hacerse, llegado el caso, es plantear el asunto como un conflicto entre la libertad de conciencia y los bienes y derechos protegidos por la norma objetada. Es verdad que puede haber planteamientos *frívolos* (porque no haya seriedad alguna en el reproche moral planteado) o en todo caso clara y rotundamente *injustificables* (porque comporten un daño claramente injustificable para los bienes o derechos ajenos protegidos por la norma objetada). Pero si no es este el caso, el asunto debe ser planteado como un supuesto de objeción, es decir –insistamos en ello– de ejercicio de la libertad de conciencia en conflicto con un deber jurídico.

Un error sobre este punto es el que, por ejemplo, se produce con frecuencia en relación con la objeción de los profesionales de las oficinas de farmacia a la dispensación de la píldora postcoital. Tal objeción es considerada en la mayoría de los planteamientos como una variante de la objeción de al aborto, y precisamente por eso en el debate generado en torno a su justificación suele jugar un papel central la determinación del carácter abortivo o simplemente anticonceptivo de dicha píldora. A mi juicio, sin embargo, este es un aspecto secundario: sea una cosa o la otra, el farmacéutico puede mostrar objeción, pues la dispensación de la píldora puede generarle un conflicto de conciencia. *No tiene ninguna justificación discriminar entre unas objeciones u otras según lo razonables que nos parezcan*. Cosa distinta será la admisibilidad de los supuestos concretos de objeción, que habrá de depender en todo caso de que queden suficientemente protegidos los derechos de los usuarios<sup>15</sup>.

En suma, la conciencia puede ser fuente de los más heterogeneos imperativos, razón por la cual cualquier deber jurídico puede, en hipótesis,

15. Junto con Pablo de Lora, he argumentado sobre el particular en nuestro *Bioética. Principios, desafíos, debates*, Madrid, Alianza Editorial, 2008, págs.152-153.

plantear rechazo de conciencia. Es evidente que hay ciertos deberes donde las cuestiones de carácter ideológico y religioso juegan con mayor intensidad, y por lo tanto son más proclives a despertar un rechazo moral<sup>16</sup>. Y naturalmente también es evidente que la mayoría de los deberes jurídicos nunca le plantearán a nadie un escrúpulo moral. Sin embargo hay que insistir en ello: los contenidos de la conciencia pueden ser de lo más variado, especialmente en el marco de sociedades pluralistas, por lo que no resulta muy útil intentar circunscribir a priori el número de posibles deberes objetables.

b) De cuándo concurren.

La segunda observación está directamente vinculada a la anterior y puede formularse como sigue: si en línea de principio no cabe discriminar entre unos motivos u otros (o, lo que es lo mismo, entre unas objeciones u otras) según lo moralmente relevantes que nos parezcan, en las modalidades de objeción reguladas para las que se prevea algún trámite de control de los motivos de conciencia, *el único control posible es el que se endereza a acreditar la sinceridad del obje-tor*. Siguiendo de nuevo con el ejemplo de la objeción de conciencia al aborto: lo único que el Estado puede y debe hacer frente a un médico u otro profesional sanitario que formula esta objeción es valorar su sinceridad y la coherencia entre el ideario que afirma mantener y su conducta. Intentar ir más allá, es decir discriminar entre creencias buenas y malas, sería, aparte de *inútil*, una manifestación de *totalitarismo ideológico*, pues significaría que no estamos dispuestos a aceptar como válidos más códigos morales que los propios<sup>17</sup>.

### 3.3. La regulación de la objeción al aborto

Sin duda la modalidad de objeción de conciencia más frecuente en nuestro ámbito es, hoy por hoy, la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios a participar en la realización de un aborto. Precisamente buscando esa anhelada

16. Esto es lo que sucede en el ámbito biosanitario, en particular con aquellas prácticas clínicas que guardan relación directa con el inicio y el final de la vida (fecundación asistida, esterilización, contracepción y, sobre todo, interrupción del embarazo). De hecho, como hemos visto, el caso hasta ahora más frecuente de objeción es el que presentan muchos profesionales sanitarios frente al aborto. Pero, es más, el avance de las posibilidades técnicas y terapéuticas en medicina hace esperar que en el futuro se acreciente el número de deberes médicos objetables. Por ejemplo, si se legalizara y regulara la eutanasia o el suicidio asistido por un médico, es evidente que se presentarían objeciones a esta práctica.

17. Por eso el *Documento sobre la Objeción de Conciencia en Sanidad* elaborado por el Observatori de Bioètica i Dret, del Parc Científic de Barcelona en noviembre de 2007 desenfoca a mi juicio el problema, al sugerir *in fine* la necesidad de escrutar los contenidos de la conciencia para evitar que baste “la invocación de una creencia por insólita que esta pueda resultar” (pág.26).

seguridad jurídica de la que hablaba más arriba, a lo largo de los últimos 30 años se produjeron varios intentos de regulación legal de la misma<sup>18</sup>, aunque ninguno de ellos logró prosperar<sup>19</sup>. Esta ausencia de regulación legal ha resultado, además, especialmente sorprendente. Primero porque la objeción al aborto es, al fin y al cabo, la modalidad de objeción ante la que el Tribunal Constitucional siempre se ha mostrado más sensible: no en vano ha sido a propósito de la objeción al aborto cuando el Tribunal más claramente ha adoptado la tesis del derecho general a la objeción. Y segundo, y sobre todo, porque al no regular su ejercicio durante tantos años el legislador ha estado haciendo oídos sordos a la doctrina del Tribunal Constitucional, mencionada también más arriba, según la cual es necesaria la regulación de los procedimientos de objeción para poder ejercerla<sup>20</sup>. Lo que es indudable, en todo caso, es que al faltar la regulación de su ejercicio han sido varias las cuestiones polémicas o dudosas que surgieron con respecto a ella. Las principales tenían que ver con el alcance del derecho a objetar y con el ámbito de sujetos potencialmente objetores. En relación con la primera cuestión (*el alcance o extensión del derecho*) eran dos las cuestiones que debían ser despejadas. La primera es si, más allá del acto central objetado, la objeción se extiende también a los *actos antecedentes o preparatorios* del mismo. La segunda es si, más allá del acto central objetado, la objeción se extiende también a cualquier otra *atención médica subsiguiente* derivada de la práctica del aborto. Existen algunos pronunciamientos jurisprudenciales sobre el particular que sentaron una regla jurisprudencial más o menos homogénea<sup>21</sup> que se resume en

18. En concreto cabe mencionar los tres siguientes: art.6 de la “Proposición de ley de interrupción voluntaria del embarazo”, presentada por el Grupo Parlamentario Comunista (26/06/1981) y reiterada por el Grupo Mixto (17/04/1985); “Proposición de ley de reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia de los médicos y personal sanitario en relación con los supuestos de despenalización del aborto”, presentada por el grupo Popular (3/05/1985); y el art.12 de la “Proposición de ley de regulación de la interrupción voluntaria del embarazo”, presentada por Izquierda Unida (17/04/1990) y reiterada por el Grupo Mixto (18/03/1998 y 9/07/2002).

19. La única regulación (o más bien mención) existente era la que tiene lugar en los Códigos Deontológicos de las diferentes profesiones sanitarias. En concreto en el *Código de Ética y Deontología Médica* (artículo 26), el *Código Deontológico de la Enfermería Española* (artículo 22) y el *Código de Ética y Deontología de la profesión farmacéutica* (artículos 28 y 33).

20. Me refiero, claro está, a la jurisprudencia constitucional más restrictiva que entiende que *el ejercicio de la objeción ha de estar sometido a un procedimiento legalmente establecido a fin de lograr la exoneración caso por caso*. Así se había manifestado ya el Tribunal Constitucional –recordémoslo– en la STC 15/1982, pero lo hará más claramente en las SSTC 160 y 161/1987.

21. Cabe destacar entre ellos la sentencia de 29 de junio de 1988 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la entonces Audiencia Territorial de Oviedo, que llega a dos conclusiones básicas: a) De una parte estima que no se podrá obligar a los facultativos y personal sanitario que sean objetores a realizar «actos médicos», cualquiera que sea su naturaleza, que «directa o indirectamente» estén encaminados a provocar el aborto «tanto cuando éste vaya a realizarse, como cuando se esté realizando».

lo siguiente: no cabe objetar los cuidados posteriores requeridos por las pacientes por las incidencias que se produzcan a raíz de un aborto, como tampoco cabe objetar el aborto si la situación es de urgencia (piénsese por ejemplo en el médico de guardia objetor al que se le presenta un aborto urgente porque corra peligro la vida de la embarazada)<sup>22</sup>; y sí cabe objetar, en cambio, la realización de cualquier acto preparatorio que directa o indirectamente esté encaminado a producir el aborto. Por otra parte –ahora en lo referente al *ámbito de sujetos potencialmente objetores*– la objeción puede plantearla en principio no sólo el médico que deba dirigir o practicar directamente el aborto sino también el resto de profesionales sanitarios que presten su asistencia y colaboración en el proceso (personal de enfermería, auxiliares de clínica, anestelistas, etc.).

Ahora bien, con ser trascendentes estas sentencias, el pronunciamiento que contienen es demasiado abstracto y en la práctica se presentan situaciones concretas para las que no ofrecen una respuesta clara. Particularmente surgen dudas en relación con el ámbito de sujetos objetores. ¿Puede atenderse, por ejemplo, la objeción del personal que colabora en la realización de las técnicas y pruebas diagnósticas necesarias para la práctica del aborto? Obviamente puede responderse

b) De otro lado establece que estos mismos profesionales sanitarios deberán prestar asistencia, cuando la requieran las pacientes internadas por el aborto, «en todas las otras incidencias o estados patológicos que se produzcan, aunque tengan su origen en las prácticas abortivas realizadas». En sentido parecido se pronuncia también la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 13 de febrero de 1998, que estimó contraria al derecho a la libertad ideológica y religiosa, y por tanto anuló, la circular remitida por la dirección de un Hospital a los profesionales sanitarios objetores de conciencia por la que se les imponía, no llevar a cabo directa y materialmente el aborto, pero sí participar en la intervención mediante la instauración de vía venosa y analgésica, control y dosis de oxitocina, control de dilatación de cuello de útero y control de constantes vitales durante todo el proceso. El Tribunal recuerda que todos los actos que directa o indirectamente se enderecen a producir el resultado objetado (en este caso que la gestación se interrumpa) caen bajo el ámbito de la objeción. Los actos objetados –dice el Tribunal– “contribuyen de manera positiva y eficiente a que la gestación se interrumpa y aun cabría catalogarlos de imprescindibles para que la operación culmine (...) En consecuencia, son también actos sanitarios de cuya ejecución se encuentran jurídicamente exentos quienes ejercen frente al aborto voluntario el derecho fundamental a la objeción de conciencia” (Fundamento jurídico tercero). Y todo ello naturalmente sin perjuicio de la responsabilidad que incumbe a los centros sanitarios de procurar los medios humanos necesarios para que el servicio se preste.

22. La anteriormente recordada “Proposición de ley de regulación de la interrupción voluntaria del embarazo”, presentada por Izquierda Unida (17/04/1990) y reiterada por el Grupo Mixto (18/03/1998 y 9/07/2002), proponía en su artículo 12 una redacción coincidente con esta doctrina: “En ningún caso –se decía– se podrán aducir razones de conciencia para eximirse de la responsabilidad en que pudieran incurrir a título de denegación de auxilio, ni ser invocada la objeción para justificar la denegación de asistencia a una mujer cuya vida o salud se encuentre en peligro a consecuencia de una interrupción voluntaria del embarazo, ni hacerla extensiva al cuidado y atención general, anterior y posterior a la intervención, que toda mujer pueda requerir”.

que estas pruebas, en la medida en que sin ellas no puede practicarse el aborto, se encaminan también, aunque sea muy “indirectamente”, a la producción del aborto, por lo que podría objetarse la participación en ellas. Pero la cuestión está lejos de ser obvia, pues también puede argumentarse que la respuesta anterior constituye una interpretación sumamente elástica y abusiva del alcance de la objeción de conciencia que debe ser rechazada. Y no son éstas las únicas dudas. Así, por ejemplo, en la medida en que la objeción de conciencia se configura como derecho derivado de la libertad ideológica, hay quien sostiene que “es un derecho individual y nunca puede ser ejercido por una institución”, de manera que los centros de salud o los hospitales no pueden alegar objeción de conciencia invocando un ideario propio<sup>23</sup>. Creo, sin embargo, que las cosas no son tan obvias e incuestionables, pues si una institución sanitaria privada tiene una orientación religiosa o ideológica contraria al aborto, en un estado laico y pluralista no se ve por qué no ha de respetarse su decisión de no practicar abortos –salvo naturalmente casos de urgencia o estado de necesidad– siempre que ello no merme la posibilidad de que pueda practicarse un aborto cuando proceda hacerlo. Otra cosa es si esta exclusión puede ser concebida como un caso de objeción, que probablemente no.

La *Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo* 2/2010 de 3 de marzo, ha producido por primera vez una regulación de la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios al aborto en su artículo 19.2. Dicho precepto regula tres aspectos: 1) quién puede presentar objeción (“los profesionales sanitarios *directamente* implicados en la interrupción voluntaria del embarazo”); 2) cómo ha de hacerse (ha de hacerse individualmente y además debe manifestarse *anticipadamente y por escrito*); y 3) cuáles son los actos objetables (no son objetables el “tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen *antes y después*” de haberse sometido a un aborto). A mi juicio, desde luego, que exista una regulación del ejercicio del derecho es positivo. En los términos en que está redactada, sin embargo, dicha regulación es demasiado vaga y muy probablemente generará disputas sobre varios aspectos centrales. Puede resultar discutible, por ejemplo, cuáles son los profesionales *directamente implicados* (¿lo son los anestesistas?; ¿y el personal que participa en las pruebas técnicas y diagnósticas necesarias?), o cuáles son los *actos médicos*

23. Realiza esta observación el *Documento sobre la Objeción de Conciencia en Sanidad*, aludido un poco más arriba, en nota 20. Observación que tiene su fundamento en la STC 106/1996, de 12 de junio, que subraya que los centros sanitarios no pueden invocar un ideario propio frente a otros derechos, y están obligados a proporcionar los servicios y prestaciones que reconozca el sistema de salud. (Puede consultarse el Documento sobre la Objeción en [http://www.pcb.ub.es/bioeticaidret/archivos/documentos/Objecion\\_de\\_conciencia.pdf](http://www.pcb.ub.es/bioeticaidret/archivos/documentos/Objecion_de_conciencia.pdf)).

*no objetables antes de* la interrupción del embarazo (¿lo es también, por ejemplo, la instauración de vía venosa y analgésica, o el control y dosis de oxitocina?; en definitiva, dónde terminan los procesos de atención médica anteriores al aborto y no objetables y donde empiezan, por el contrario, los objetables?). Por lo demás, la limitación de la objeción sólo a los profesionales *directamente* implicados y siempre que no se trate de actos médicos requeridos *antes del* aborto, unido a la vaguedad comentada de ambas expresiones, hace temer una posible interpretación y aplicación *restrictiva* de la misma.

---

---

## II. ARTÍCULOS Y NOTAS

---

---

### SUMARIO

- **M<sup>a</sup> Luz Martínez Alarcón**, El principio de subsidiariedad en el Tratado de Lisboa
- **Rosario Serra Cristóbal**, Las relaciones entre el Parlamento Europeo y los parlamentos nacionales: ¿qué aporta el Tratado de Lisboa?
- **Tomás Vidal Marín**, Presunción de inocencia y derecho comunitario
- **Pedro P. Grández Castro**, Justicia constitucional y argumentación jurídica
- **G.Z. Kozhakhmetov**, The history of “Alash Orda” Autonomy as the attempt of bourgeois government’s determination on the territory of Kazakhstan in 1918-1920





**EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD  
EN EL TRATADO DE LISBOA**

**M<sup>a</sup> Luz Martínez Alarcón**  
*Profesora Contratada-Doctora II*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

**SUMARIO**

1. *Consideraciones generales: el principio de subsidiariedad en el Tratado de Lisboa.*
2. *El ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad en el Tratado de Lisboa:*
  - 2.1. *Sobre la dificultad para precisar el ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad.*
  - 2.2. *El ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad: las competencias no exclusivas y la cláusula de imprevisión.*
3. *Las condiciones para la aplicación del principio de subsidiariedad y la problemática derivada de su configuración en torno a conceptos jurídicos indeterminados.*
4. *Breve aproximación al procedimiento para la aplicación del principio de subsidiariedad: Especial referencia a la intervención de los Parlamentos nacionales en el control del principio de subsidiariedad a través del mecanismo de la alerta temprana.*

## ***1. Consideraciones generales: el principio de subsidiariedad en el Tratado de Lisboa***

El Tratado de Lisboa, firmado el día 13 de diciembre de 2007 por los representantes de los veintisiete Estados miembros, ha modificado el Tratado de la Unión Europea (que mantiene su denominación y recoge los principios y disposiciones basilares de la Unión) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (que concreta el sistema jurídico, competencial e institucional de la Unión y que ha pasado a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)<sup>1</sup>. Su entrada en vigor el día 1 de diciembre de 2009, tras su ratificación por todos los Estados miembros<sup>2</sup>, ha permitido superar la crisis europea que sobrevino tras el fracaso del proyecto constitucional. En efecto, las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa respecto del Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, consistentes básicamente en modificaciones de tipo formal (se retoma la vía clásica del convencionalismo para la reforma de los tratados; desaparece todo rastro del término Constitución y de cualquier atisbo constitucional<sup>3</sup>; se sustituye la palabra “Comunidad” por la palabra “Unión”), han permitido superar las reticencias que impidieron en su día la entrada en vigor del proyecto constitucional cuando lo cierto es que existe una sustancial coincidencia material entre los dos textos. La propia Exposición de Motivos del instrumento de ratificación español del Tratado de Lisboa señala que éste “deriva de la citada Constitución Europea, que fue aprobada en referéndum por el pueblo español. De ahí que las bases, valores, objetivos, derechos, políticas e instituciones del Tratado sean sustancialmente similares a las

1. La opción de Lisboa de mantener dos textos separados, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Tratado de la Unión Europea, no permite superar las críticas recurrentes relativas a la complejidad de los tratados. Aunque, probablemente, dicha opción no sea sino la consecuencia de querer diferenciar –al menos desde un punto de vista formal– entre el Tratado constitucional frustrado y el Tratado de Lisboa con el objeto de facilitar su proceso de ratificación y entrada en vigor; Hatje, Armin y Kindt, Anne (2008): 1761. En cualquier caso, no todas las valoraciones sobre la separación del derecho primario en dos textos (más el EURATOM) son negativas. Así, se ha afirmado que insertar en el Tratado de la Unión Europea un conjunto de principios y disposiciones esenciales podría generar progresivamente la percepción de la existencia en la Unión de un núcleo normativo que constituye “materialmente” el fundamento primario; De Baratta (2008): 28.

2. En España véase la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (BOE nº 184, de 31 de julio).

3. Y es que ya se había advertido de que la “retórica constitucional” podría constituir un gran escollo en el proceso de integración europea; Weiler (2002): 563; Weiler y Wind (2003): 7. Sobre aquellos aspectos concretos que desvelan la renuncia de Lisboa a cualquier atisbo constitucional; Martín y Pérez de Nanclares y Urrea Corres (2008): 22-24.

de la *non nata* Constitución”<sup>4</sup>. Y ello aunque Lisboa también haya introducido algunas modificaciones de relevancia que han vuelto a poner de relieve la existencia de concepciones diferentes entre los Estados miembros acerca del alcance del proceso de integración de la Unión Europea<sup>5</sup>.

Esta coincidencia, salvo alguna modificación de relevancia a la que haremos

4. La regulación del Proyecto de Tratado constitucional quedó en suspenso tras el fracaso del proceso de ratificación. En el año 2007, la Presidencia alemana logró reorientar el proceso de reforma de los Tratados de la Unión convocando una Conferencia Intergubernamental que abandonó definitivamente la vía constitucional para transitar de nuevo por la vía clásica de reforma (el convencionalismo). La nueva Conferencia tenía como objetivo final retomar y encauzar el proceso de reforma de los Tratados introduciendo los matices necesarios que permitieran superar la crisis provocada tras el fracaso del Proyecto de Tratado constitucional por el que se establece una Constitución para Europa. Esta Conferencia recibió el mandato de introducir en lo que finalmente sería el Tratado de Lisboa las innovaciones resultantes de la Conferencia Intergubernamental del año 2004 (también las relativas a la distribución y delimitación de las competencias de la Unión y sus Estados miembros) y el resultado final fue un texto que, como ya hemos señalado, no difiere sustancialmente del Proyecto de Tratado constitucional desde el punto de vista material (por ello, algunos autores califican de encubridor al Tratado de Lisboa).

5. Martín y Pérez de Nanclares y Urrea Corres, aún reconociendo la identidad sustancial (en los planos estructural, institucional y competencial) entre el Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y el Tratado de Lisboa, diferencian entre dos tipos de modificaciones introducidas por Lisboa respecto del Proyecto de Tratado constitucional. Aquéllas modificaciones de mero valor “cosmético” y aquéllas otras, de fondo, producidas en el orden institucional y competencial para satisfacer las pretensiones de algunos Estados miembros. Y citan, entre estas últimas: el retraso de la entrada en vigor del sistema de votación por doble mayoría como consecuencia de una exigencia polaca; la inclusión de una Declaración que especifica que “las disposiciones referentes a la Política Exterior y Seguridad Común, incluido lo relativo al Alto Representante de la Unión para los Asuntos Exteriores, Política de Seguridad y Servicio de Acción Exterior no afectarán a las bases jurídicas, responsabilidades y competencias existentes de cada Estado miembro en relación con la formulación y conducción de su política exterior, su servicio diplomático nacional, sus relaciones con terceros países y su participación en organizaciones internacionales”; la inclusión de un nuevo artículo en el Tratado de la Unión Europea que hace referencia al refuerzo del papel de los Parlamentos nacionales por exigencia holandesa; y el refuerzo de los Estados a través de las normas competenciales que inclina a la Unión a una cierta deriva intergubernamental. Estos autores denuncian el refuerzo de una *Europa a la carta* a través de un conjunto de excepciones que ponen de manifiesto la existencia de concepciones muy dispares sobre el proceso de integración europea. Y sostienen que entre la posición más federalizante (o más integradora) de Alemania, Luxemburgo, Bélgica o España, y la más intergubernamental del Reino Unido, Polonia, República checa o Dinamarca, existe un abismo que posiblemente exija el recurso a mecanismos de flexibilidad tales como el de la cooperación reforzada para responder a una *Europa a diferentes velocidades* (que ya parece inevitable pero que no resulta distorsionadora como sí lo es la que denominan *Europa a la carta*). En cualquier caso, la valoración de estos autores sobre el Tratado de Lisboa es positiva a pesar de las taras formales (falta de transparencia y simplicidad) y materiales (la *Europa a la carta* a través del mecanismo de las excepciones) que detectan. Y ello porque ha permitido superar la crisis en la que estaba inmersa la Unión y porque ha mantenido, en lo sustancial, prácticamente todo lo novedoso que contenía el Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y que son, en definitiva, instrumentos que mejorarán la eficacia y la democracia de la Unión; Martín y Pérez de Nanclares y Urrea Corres (2008): 25 y ss.

referencia en su momento, también se observa en la regulación relativa a la cuestión competencial y al principio de subsidiariedad (un principio fundamental de ordenación de las relaciones entre las comunidades políticas complejas en las que el poder político se encuentra situado a distintos niveles, siendo el caso de la Unión paradigmático en este sentido). Este principio se aplica en el marco de las competencias no exclusivas permitiendo a la Unión intervenir sólo cuando la consecución de un objetivo es más eficaz si se actúa en el plano comunitario que por parte de los Estados miembros (lo que tiene que ver con la concepción de una Unión pensada para conseguir objetivos que los Estados miembros, de forma independiente, o bien no pueden conseguir, o bien no pueden conseguir con el mismo grado de eficacia). Por cierto, la concurrencia de dicha premisa, precisa para la aplicación del principio, es circunstancial. El concepto de subsidiariedad se presenta así como un concepto dinámico que permite tanto la ampliación (dimensión positiva del principio) como la restricción (dimensión negativa del principio) de la intervención comunitaria dependiendo de las circunstancias concurrentes en cada momento.

Recordemos que, con independencia de la consideración a ciertos antecedentes previos<sup>6</sup>, el principio de subsidiariedad se incluye como un principio central del derecho comunitario en el Tratado de la Unión Europea de 1992 (en concreto, en su artículo 3B). Su asentamiento definitivo como principio jurídico –que no político– del derecho comunitario<sup>7</sup> aparecía como una forma de contrapeso en beneficio de los Estados miembros frente al evidente incremento de los poderes de la Comunidad en nuevos ámbitos en un momento éste en el que la sustitución paulatina de la regla de la unanimidad por el *quórum* de la mayoría cualificada para la adopción de muchas decisiones en el Consejo reducía la posibilidad de que, a través del veto, los Estados pudieran evitar una decisión o acción comunitaria que consideraran peligrosa para su autonomía política. A partir de ese mo-

6. Para los detalles sobre el origen y evolución del principio de subsidiariedad fuera y dentro del marco del Derecho comunitario véase, entre otros, Ares Castro-Conde (2007): 217-230; de la Quadra-Salcedo Janini (2006): 158 y ss.; Albertí, Fossas y Cabellos (2005): 54-58; Hinojosa Martínez (2004): 793-802; Chicharro Lázaro (2001): 44 y ss.; Martínez-Carrasco Pignatelli (1999): 80-82; Areilza Carvajal (1995): 65 y ss.

7. Aunque existía un acuerdo mayoritario sobre la inclusión del principio de subsidiariedad en el Tratado de Maastricht como límite a la *vis expansiva* de la acción normativa de la Comunidad, se produjo una escisión entre dos posiciones. Para la posición *política* (la minoritaria defendida por Francia, Italia y España) la subsidiariedad debía quedar recogida en el preámbulo de los Tratados, por tanto, con un valor meramente programático. Para la posición *jurídica* (la mayoritaria defendida por la Comisión, el Parlamento Europeo, Alemania y el Reino Unido y que finalmente fue la que se plasmó en el Tratado de Maastricht) era preciso incluir una cláusula jurídica de subsidiariedad en la parte dispositiva del Tratado, más o menos general, pero que permitiera el control del Tribunal de Justicia. Sobre esta cuestión Chicharro Lázaro (2001): 76-78 y 171; Estella De Noriega (1999): 79-80.

mento, se intensifica un debate centrado básicamente en los procedimientos para la aplicación del principio<sup>8</sup>. De este modo, el Tratado de Ámsterdam, que entró en vigor en el año 1999, no introdujo cambios sustanciales en su formulación (el nuevo artículo 5 pasaba a contener este principio manteniendo la redacción de Maastricht), aunque sí añadió al Tratado un Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (Protocolo n° 30<sup>9</sup>) y una Declaración sobre la misma cuestión. Las reformas institucionales de Niza (2001), que a todos parecieron insuficientes, no modificaron la normativa europea sobre el principio de subsidiariedad, si bien es cierto que la cuestión relativa al orden competencial vertical y al principio de subsidiariedad emergió como una cuestión clave para la reflexión y el debate en la Declaración relativa al futuro de la Unión<sup>10</sup> que se anexionó al Tratado de Niza. Entre otras cosas, debía abordarse “la forma de establecer y supervisar una delimitación más precisa de las competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros, que respete el principio de subsidiariedad” (en este sentido resultó decisiva la insistencia de los Länder alemanes, que llevaban mucho tiempo reclamando el refuerzo de la subsidiariedad como pieza clave del sistema competencial de la Unión). La Convención constitucional que siguió al Consejo Europeo de Laeken de diciembre de 2001, y que inició sus trabajos el día 27 de febrero de 2002 concluyéndolos el día 10 de julio de 2003, creó un Grupo de Trabajo específico (el número I) para el estudio de este principio y su concreta configuración en el futuro texto constitucional, aunque también se discutió sobre esta cuestión en otros grupos como el número V (relativo al análisis de las competencias de la Unión). Finalmente, el informe del Grupo I propuso un procedimiento de aplicación y control de este principio que se mantuvo básicamente hasta su incorporación como Protocolo anexo al Proyecto de tratado constitucional. En él que se optaba por someter la aplicación de la subsidiariedad a un novedoso control previo de naturaleza política que se encomendaba a los Parlamentos nacionales y a un control judicial a posteriori que continuaría residenciado en el Tribunal de Justicia.

Ahora bien, y aún teniendo en cuenta la coincidencia sustancial de la regulación del orden competencial y el principio de subsidiariedad existente entre el Proyec-

8. Con razón se ha afirmado que el principio de subsidiaridad ha sido fatigosamente procedimentalizado a través de sucesivas intervenciones; De Pasquale (2008): 64.

9. Este Protocolo recogía esencialmente la Declaración de Birmingham, las conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo del 11 y 12 de diciembre de 1992 y el Acuerdo interinstitucional de 20 de octubre 1993. Una enumeración de los hechos más relevantes en torno a la aplicación del principio de subsidiariedad hasta el Tratado de Ámsterdam véase en Barea Mateo y Murillo García (2000): 17-20.

10. Declaración del Consejo Europeo de Niza n° 23 (2001/C 80/01).

to por el que se establece una Constitución para Europa y el Tratado de Lisboa, lo cierto es que la modificación de la materia se ha producido tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. La reforma, en este ámbito, busca aclarar el reparto competencial que ha de regular las relaciones entre la Unión Europea y los Estados miembros y ello incide indirectamente en nuestro objeto de análisis en la medida en que por esta vía se puede contribuir a clarificar el ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad. Además, Lisboa modifica el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, entre otras cosas, reforzando la participación de los Parlamentos de los Estados miembros en el procedimiento para su aplicación a través del mecanismo de la alerta rápida o alerta temprana (*early warning system*). Esto es, las modificaciones introducidas por Lisboa en este aspecto, por un lado, afectan a su alcance precisando su ámbito de aplicación (a través de la modificación del orden competencial vertical) y, por otro, afectan a su procedimiento de aplicación (destacando aquí la intervención de los Parlamentos nacionales). Se ha dicho que a través de lo primero se busca ganar en seguridad jurídica y que a través de lo segundo se pretende ganar en democracia; todo ello con los objetivos finales de garantizar la eficacia y legitimidad que siempre deben acompañar a las decisiones políticas de la Unión. Pero lo cierto es que el principal motivo de estas reformas responde al temor de ciertos Estados miembros que ven peligrar su identidad nacional como consecuencia del ininterrumpido incremento de los poderes de la Unión desde su creación y de su pérdida de influencia en la misma como consecuencia de la generalización de la regla de la mayoría cualificada para adoptar decisiones en el Consejo.

En concreto, el artículo 5.3 del Tratado de la Unión Europea (tras la reforma de Lisboa) regula el principio de subsidiariedad estableciendo que “En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión. Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo”<sup>11</sup>. Es decir, este precepto:

11. Este precepto reproduce literalmente lo que se establecía en el artículo I-11, apartado 3º, del Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. A su vez, este precepto regulaba el principio de subsidiariedad de forma muy similar a como ya lo hiciera el artículo 5 del Tratado con-

i) determina el ámbito de aplicación del principio; ii) precisa las condiciones que deben concurrir para que pueda aplicarse; y iii) realiza una remisión al Protocolo sobre los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que es el que regula el procedimiento para la aplicación del principio destacando el papel de los Parlamentos nacionales como instituciones que controlarán la legalidad de su aplicación. Pero vayamos por partes.

## ***2. El ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad en el Tratado de Lisboa***

### **2.1. Sobre la dificultad para precisar el ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad**

El primer interrogante que plantea el principio de subsidiariedad es el relativo a su ámbito de aplicación, máxime en un contexto como el europeo en el que, hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, no ha existido concreción normativa alguna acerca de los tipos de competencias y sus ámbitos. Una situación ésta, por otra parte, que tiene que ver con el modelo predominantemente<sup>12</sup> funcional de atribución competencial vigente entre la Unión y los Estados miembros, en virtud del cual las competencias no se distribuyen *ratione materiae* (algo propio de los sistemas estatales federales o compuestos<sup>13</sup>) sino en atención a la consecución de los objetivos comunitarios previstos en los Tratados. Los objetivos, no las materias, han sido el instrumento que ha habilitado la actuación de la Unión, y su definición en términos muy generales ha complicado la determinación del alcance de aquéllas competencias de la Unión definidas en función de dichos objetivos<sup>14</sup>. Ello ha permitido una ampliación de los poderes de la misma realmente considerable incidiendo de forma decisiva en la profundización del proceso de

stituvo de la Comunidad Europea. Dicha semejanza advierte del continuismo en las regulaciones en cuanto a la naturaleza y contenido del principio de subsidiariedad; Hinojosa Martínez (2004): 802-803.

12. Aunque con predominio funcional, el sistema competencial de la Unión podría ser considerado un sistema mixto (pues es posible encontrar referencias a las competencias *ratione materiae*, fundamentalmente como consecuencia de las sucesivas reformas de los Tratados constitutivos). Analizando el hoy superado Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el profesor De la Quadra-Salcedo distinguía entre un elenco de competencias atribuidas materialmente y un elenco de potestades atribuidas funcionalmente; De la Quadra-Salcedo Janini (2006): 67-69. Igualmente, analizando el proceso de concreción que ha ido experimentando el modelo competencial de la Unión véase Albertí Rovira (2003): 90.

13. Son ya varios los estudios que contrastan el modelo competencial de la Unión con el propio de los sistemas estatales federales. Por ejemplo: Von Bogdandy y Bast (2002); Martín Y Pérez De Nancloares (1997); Sánchez Ruiz (1997).

14. De la Quadra-Salcedo Janini (2006): 106.



integración europea sin necesidad de recurrir a una reforma de los tratados siempre compleja (pues una configuración funcional –en función de los objetivos– del principio de atribución de las competencias siempre presume la utilización de una interpretación finalista y, en consecuencia, extensiva, de la acción de la Unión<sup>15</sup>).

Pues bien, en este contexto de indeterminación resultaba realmente complicado discernir cuándo la Unión actuaba en el marco de una competencia exclusiva o cuándo se trataba de una competencia exclusiva de los Estados miembros para, de esta forma, identificar el resto de competencias –no exclusivas de la Unión ni de los Estados miembros– respecto de las cuales la intervención comunitaria precisaba aparecer justificada a la luz del principio de subsidiariedad.

Precisamente, el protagonismo que alcanza la cuestión competencial en el debate europeo del siglo XXI se explica como consecuencia de los recelos de ciertos entes estatales e infraestatales (recordemos el papel desempeñado por los Länder alemanes en este punto), celosos de sus competencias y de su identidad nacional, respecto de dicho sistema de atribución competencial funcional que consideraban excesivamente abierto y flexible. En este momento se solicita, no por primera vez<sup>16</sup> pero sí con especial insistencia, una reforma del orden competencial cerrando el sistema de tal forma que la ampliación de los poderes de la Unión no se pudiese prolongar *sine die* a costa de los ámbitos de autonomía política nacionales, es decir, a costa de una limitación o supresión de la capacidad regulatoria de los Estados miembros (aunque también se arguyen otro tipo de motivos, en todo caso accesorios respecto del principal motivo mencionado que provoca la discusión, como el relativo a la necesidad de precisar el orden competencial comunitario con el objeto de resolver la cuestión sobre quién, la Unión o los Estados miembros, tiene lo que se ha venido a llamar “competencia de la competencia” (Kompetenz-Kompetenz); es decir, quién tiene la competencia jurídica para actuar en según en qué casos)<sup>17</sup>.

15. Aunque la distribución competencial funcional también limita la actuación de la Unión, lo cierto es que en todo caso lo hace en menor medida que un principio de atribución de las competencias *ratione materiae*. En cualquier caso, y a modo de ejemplo entre los muchos autores que valoran de forma positiva la opción europea por un sistema competencial abierto y flexible que ha permitido y puede seguir permitiendo avanzar en el proceso de integración europea véase, siguiendo a su vez las tesis del profesor Constantinesco, a Martín y Pérez de Nanclares (2002): 359.

16. Durante la discusión del Tratado de Maastricht se insertaron formalmente los principios de subsidiariedad y proporcionalidad pero se desoyó la propuesta sobre la posibilidad de precisar, clarificar y cerrar de algún modo el marco competencial. Se mantuvo, por tanto, el sistema en virtud del cual los objetivos de los Tratados constituían el parámetro de referencia de la distribución competencial. Al respecto véase De Pasquale (2008): 60-61. El Tratado de Ámsterdam tampoco contenía ninguna novedad en este sentido. Sobre esta cuestión en Ámsterdam véase Chicharro Lázaro (2001): 96 y ss.

17. Incidiendo en este tema y poniendo de manifiesto cómo el grado de opacidad del sistema compe-

Sin embargo, ni la regulación del Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, ni la del propio Tratado de Lisboa en vigor (que reproduce en gran medida lo ya dispuesto en el proyecto constitucional frustrado en esta materia), han contenido el finalismo característico del proceso de integración europea de forma remarcable<sup>18</sup>. Eso sí, sin provocar una modificación sustancial del diseño competencial vigente, en tanto en cuanto sigue siendo un modelo de atribución competencial fundamentalmente funcional<sup>19</sup>, lo cierto es que Lisboa, como ya hiciera el Proyecto de Tratado constitucional, ha conseguido aportar mayor claridad al mismo clarificando a la vez, aunque sólo en cierta medida, la cuestión relativa al ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad. De este modo, coincidimos con el profesor Martín y Pérez de Nanclares cuando afirma que así se ha conseguido conjugar de forma más equilibrada los elementos de transparencia y flexibilidad (y consiguiente dinamismo) que han caracterizado y deben seguir caracterizando el sistema competencial de la Unión en sus relaciones con los Estados miembros<sup>20</sup>.

tencial comunitario provocaba una confusión de las responsabilidades de la Comunidad y de los Estados miembros impidiendo a los ciudadanos conocer qué tareas correspondían a cada cual, véase Albertí Rovira (2003): 91-94. No obstante ello, tampoco este autor se mostraba partidario de abandonar el modelo competencial finalista de la Comunidad que consideraba debía seguir vigente, aunque conciliándolo con una mayor delimitación de las responsabilidades.

18. Aunque la nueva regulación contiene algunos intentos –si bien muy nimios– en este sentido. Especialmente nos podemos referir al nuevo tenor literal del artículo 4.6 del Tratado de la Unión Europea (tras la reforma de Lisboa) cuando establece que “La Unión perseguirá sus objetivos por los medios apropiados, *de acuerdo con las competencias que se le atribuyen en los Tratados*”, previéndose, posteriormente, un catálogo que recoge los tipos de competencias y sus ámbitos. *Cursiva añadida*. Sobre los pasos que dio el Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa en orden a contener el finalismo característico del proceso de integración europea véase López Castillo (2004): 437-439.

19. En este sentido, igualmente, De la Quadra-Salcedo Janini (2006): 181-194 (respecto del Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para la Unión Europea, que también resulta aplicable para el caso del Tratado de Lisboa debido a la coincidencia sustancial entre los dos textos). Tras analizar varias propuestas de modificación radical del sistema de distribución de competencias contenido en el Tratado de la Unión Europea y en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (propuesta de la coalición CDU/CSU alemana; propuesta del Parlamento Europeo, y, en especial, la propuesta de la Comisión de Asuntos Constitucionales; propuesta del Comité de la Regiones; -todas estas propuestas plantean limitar, alguna de ellas incluso suprimir, la distribución competencial funcional en Europa-), este autor pone de manifiesto que la Convención europea que preparó el Proyecto de Tratado constitucional pronto renunció a modificar los fundamentos del sistema en vigor. Eso sí, sin tocar su sustancia, lo aclaró. La misma conclusión mantienen Díez-Hochleitner y Martín y Pérez De Nanclares en España, y Von Bogdandy en Alemania.

20. Véase, sobre este tema, Martín y Pérez De Nanclares (2008): 274-275; Martín y Pérez De Nanclares (2005): 284-285; Martín y Pérez De Nanclares (2002). 344-345. Este autor destacaba en el año 2002 el claro predominio del elemento de la flexibilidad a costa de una excesiva complejidad y opacidad. Analizando más tarde el Proyecto de Tratado constitucional, concluía que éste había sido capaz de conjugar los tres elementos (flexibilidad, dinamismo y transparencia) de forma equilibrada.

## **2.2. El ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad: las competencias no exclusivas y la cláusula de imprevisión**

El principio de atribución continúa funcionando como criterio de delimitación competencial y en virtud del mismo las competencias de la Unión son sólo aquellas que los Estados miembros le atribuyen en los Tratados para alcanzar sus objetivos comunes<sup>21</sup>. Así pues y según este principio, todo acto jurídico de la Comunidad necesita de una norma de autorización que se desprenda directamente de los Tratados o que se pueda extraer de ellos (cualquier otra fuente de legitimación jurídico-positiva está excluida)<sup>22</sup>. O, lo que es lo mismo, el ámbito de actuación de la Unión no es ilimitado, sino que debe quedar contenido en los límites señalados en los Tratados.

Ahora bien, la habilitación para actuar puede ser fruto de una referencia expresa en el Tratado, en virtud de la cual la acción de la Unión se inscribe directa e inequívocamente en el cuadro de competencias que define el Tratado (aunque, por una parte, no siempre resulte sencillo discernir cuándo se produce dicha situación directa e inequívoca y, por otra, la competencia de la Unión se pueda desprender de forma implícita de una concreta base jurídica aplicando la teoría de los poderes implícitos desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea)<sup>23</sup>, o ser la consecuencia de la aplicación de la

Y recordemos la coincidencia sustancial existente entre el Tratado de Lisboa y el Proyecto de Tratado constitucional en este punto.

21. Tras la reforma de Lisboa, el artículo 5.1 del Tratado de la Unión Europea establece que el principio de atribución rige la delimitación de las competencias de la Unión. El artículo 3.6 del mismo texto establece que “La Unión perseguirá sus objetivos por los medios apropiados, de acuerdo con las competencias que se le atribuyen en los Tratados”. Ahora bien, y aunque implícitamente se podría desprender, de estas previsiones, que la Unión no puede extender su actuación más allá del marco de competencias atribuidas por los Estados a través de los Tratados, sin embargo, y siguiendo la recomendación de la Conferencia intergubernamental celebrada en el año 2007 sobre la necesidad de que se explicitara esta cuestión, finalmente, el artículo 4.1 del Tratado de la Unión Europea establece que “toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros”. Lo mismo se explicita en la *Declaración n.º 18 relativa a la delimitación de competencias* aneja al Acta final de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa.

22. Grabitz y Hilf (2008): 4.

23. La figura jurídica de la competencia implícita ha sido reconocida por el Tribunal de Justicia (originariamente, en la STJCE de 31 de marzo de 1971. Asunto AETR, C-22/70, Rec. 1971). Hablamos de una competencia implícita de la Unión cuando un título competencial puede ser razonablemente utilizado para extender la acción de la Unión a ámbitos que no están expresamente comprendidos en su tenor literal, o cuando la alternativa de una competencia para los Estados miembros no puede tomarse en consideración debido a la naturaleza de las cosas (especialmente en el ámbito de la autoorganización de los órganos). En cualquier caso, el reconocimiento de poderes implícitos no supone una excepción al principio de atribución, pues las competencias tácitas tienen su cimentación normativa en las disposiciones de los Tratados, de las cuales se pueden deducir y con cuya ayuda se puede averiguar cuál es el órgano competente y el procedimiento jurídico aplicable; Grabitz y Hilf (2008): 5.

cláusula de imprevisión del artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que permitiría la intervención de la Unión en los supuestos de laguna normativa competencial<sup>24</sup>.

Desde el primer punto de vista, los artículos 2 a 6 de la Parte primera (Principios), Título I (Categorías y ámbitos competenciales de la Unión) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea regulan las categorías y ámbitos competenciales de la Unión (distinguiendo tres tipos de competencias y sus ámbitos que se corresponden, en gran medida, con la sistemática del Proyecto de Tratado constitucional frustrado). Ahora bien, resulta discutible que podamos hablar exactamente de un catálogo de competencias para referirnos a esta nueva regulación competencial pues, en efecto, y tal y como veremos más adelante, el contenido y alcance de la competencia se descubre sólo a partir de lo dispuesto en las bases jurídicas relativas a los diversos ámbitos de actuación comunitaria dispersas en los tratados<sup>25</sup>.

El Tratado de Lisboa distingue, por cierto no de una forma novedosa<sup>26</sup>, entre competencias exclusivas de la Unión, competencias compartidas de la Unión con los Estados miembros, y acciones de apoyo, coordinación o complemento de la Unión respecto de los Estados miembros<sup>27</sup>.

24. Las competencias implícitas traen causa, en todo caso, de bases jurídicas específicas previstas en los Tratados, las cuales determinan el procedimiento decisorio aplicable para esa competencia (por ello no son una excepción al principio de atribución). La cláusula de imprevisión (antes prevista en el artículo 308 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y ahora en el artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) es una cláusula de atribución residual de competencias que opera con carácter subsidiario respecto de las demás bases jurídicas, supliendo las lagunas normativas existentes al respecto. Esta cláusula no debe confundirse con el principio de los poderes implícitos pues sólo se puede recurrir a la misma cuando ninguna otra base jurídica atribuya, de manera expresa o implícita, competencia a la Unión para actuar; Diez-Hochleitner y Martínez Capdevila (2001): 437-438.

25. Esto ya lo afirmó el profesor López Castillo respecto del Proyecto de Tratado constitucional, que inspira el orden competencial de Lisboa; López Castillo (2004): 443.

26. Sobre la caracterización (tipos de competencias y sus ámbitos) realizada por la doctrina y por la jurisprudencia del ahora Tribunal de Justicia de la Unión Europea (no explicitada en los Tratados pero que se consideraba contenida implícitamente en los mismos) véase, De la Quadra-Salcedo Janini (2006): 121 y ss. Desde este punto de vista, resulta posible afirmar que, en lo relativo a la distribución competencial, el Tratado de Lisboa (como ya hiciera el Proyecto por el que se establece una Constitución para Europa) se ha limitado a mantener el *status quo* que ya había sido establecido doctrinal y jurisprudencialmente.

27. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea también alude de forma separada a la coordinación en determinados ámbitos. En concreto, impone a los Estados miembros coordinar (utiliza el imperativo “coordinarán”) sus políticas económicas en el seno de la Unión (con este fin el Consejo adoptará medidas, en particular las orientaciones generales de dichas políticas. Se aplicarán disposiciones particulares a los Estados cuya moneda es el euro). Además, se obliga a la Unión a tomar medidas (“tomará me-

Pues bien, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.3 del Tratado de la Unión Europea, que prevé la operatividad del principio de subsidiariedad en los ámbitos que no sean competencia exclusiva de la Unión, dicho principio no se aplicará en el marco de las competencias exclusivas de la Unión, ni tampoco, aunque no se diga, en el marco de las competencias exclusivas de los Estados miembros (pues aquí, sencillamente, queda descartada cualquier intervención de la Unión que es la que en todo caso convierte en operativo el principio de subsidiariedad). Según el artículo 3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, las competencias exclusivas de la Unión, que se presentan como un catálogo cerrado o enumeración tasada, existen en los siguientes ámbitos: la unión aduanera; el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior<sup>28</sup>; la política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro; la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común. Además, la Unión también dispondrá de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencias interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas. Por otra parte, la determinación de las competencias exclusivas de los Estados miembros resulta mucho más compleja pues el Tratado de Lisboa no ha incorporado ningún listado sobre este tipo de competencias (que sin duda existen, no sólo expresa o implícitamente recogidas en los tratados<sup>29</sup>, sino también como consecuencia del principio vigente en virtud del cual son competencias estatales aquéllas competencias que el Derecho comunitario no ha atribuido de forma expresa o implícita a la Unión)<sup>30</sup>.

Excluido el campo de las competencias exclusivas (de la Unión o de los Estados miembros), el principio de subsidiariedad actúa en el ámbito de las

didias”) para garantizar la coordinación de las políticas de empleo de los Estados miembros, en particular definiendo las orientaciones de dichas políticas. Finalmente, se faculta a la Unión (“podrá tomar”) para tomar iniciativas para garantizar la coordinación de las políticas sociales de los Estados miembros.

28. Si bien este sector individualiza más una finalidad a perseguir que un ámbito específico de regulación; De Pasquale (2008): 63.

29. Así, por ejemplo, el artículo 4.2 del Tratado de la Unión Europea, tras la reforma de Lisboa, dispone que “En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro”. Cierta sector doctrinal ha afirmado que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no ha asumido un catálogo de competencias que incluya también una lista de las atribuciones de los Estados miembros porque ello hubiera implicado una degradación de los Estados a unidades subestatales de la Unión; Morales Antoniazzi (2010): en prensa.

30. Aunque hay que tener en cuenta que los poderes reservados a los Estados pueden pasar con el transcurso del tiempo al ámbito comunitario (vía revisión de los Tratados o vía cláusula de imprevisión); Chicharro Lázaro (2001): 136.

competencias compartidas y en el de las competencias complementarias (en ambos casos la Unión puede legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes para los Estados). Y, en la medida en que la regla general es la existencia de una competencia compartida<sup>31</sup>, el ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad es bastante amplio (aunque, como hemos visto, no ilimitado).

En el marco de las compartidas, los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya y ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya. Es cierto que estas dos últimas especificaciones parecen construir la competencia estatal de forma residual respecto de la competencia comunitaria. Sin embargo, y teniendo en cuenta que deben ser interpretadas en el global del sistema, lo cierto es que deberíamos entender que la intervención de la Unión sólo aparecería legitimada cuando prevé que su acción resulta más eficaz; por tanto, respetando el principio de subsidiariedad<sup>32</sup>. Pero cuando se da esta circunstancia, lo cierto es que el ejercicio efectivo de la competencia por parte de la Unión desplaza progresivamente el ejercicio por parte de los Estados miembros de su propia competencia. Es lo que se conoce como el fenómeno de la *preemption* u ocupación del campo, que puede llegar a ser completa convirtiendo la competencia en materialmente exclusiva<sup>33</sup>.

31. Weber (2008): 12.

32. Estas especificaciones parecen insinuar que las instituciones comunitarias son *ab origine* más idóneas para regular un sector concurrente, sin deber probarlo, y que los Estados lo son sólo en subordinación. Sin embargo, y atendiendo al principio de subsidiariedad, lo cierto es que la Unión Europea debe autolegitimar su actividad y demostrar que produce ventajas evidentes respecto de la de los Estados miembros. Parece lógico que el principio de subsidiariedad se utilice por la Unión para escrutar con extrema atención la oportunidad de su intervención, así como el alcance y contenido de la acción determinada. Y allí donde tal acción no resulte indispensable, la Unión debe abstenerse de intervenir dejando a los Estados la libertad para disciplinar los sectores con sus propios instrumentos; De Pasquale (2008): 63-64.

33. Díez-Hochleitner y Martínez Capdevila (2001): 68. Ahora bien, podría ocurrir que la Unión sólo realizara un desarrollo normativo parcial del ámbito competencial compartido. Es decir, podríamos encontrar diferentes situaciones al respecto: a) que la Unión no haya dictado legislación sobre la materia (en cuyo caso los Estados pueden elaborar, mantener o modificar la suya, eso sí, respetando los Tratados y los principios generales del Derecho comunitario); b) que la Unión elabore normas sólo sobre un determinado sector o sectores de la competencia compartida (en cuyo caso, los Estados pueden crear, mantener o modificar su legislación al respecto, aunque en este caso respetando no sólo los Tratados y los principios generales del Derecho comunitario, sino también la normativa adoptada por la Unión); c) que la Unión regule una competencia compartida completa (en este supuesto las disposiciones nacionales dejan de tener efecto; se produce el fenómeno de la *preemption*). En cualquier caso, el principio de subsidiariedad debe tomarse en cuenta siempre que la Unión decida intervenir en el marco de una competencia compartida, tanto si lo hace por primera vez como si pretende intensificar una intervención ya iniciada; Chicharro Lázaro (2001): 140-142.

Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán en los siguientes ámbitos principales (catálogo ejemplificativo, no cerrado, susceptible de ser integrado o modificado a la luz de nuevas y diversas exigencias): el mercado interior; la política social, en los aspectos definidos en el presente Tratado; la cohesión económica, social y territorial; la agricultura y la pesca, con exclusión de la conservación de los recursos biológicos marinos; el medio ambiente; la protección de los consumidores; los transportes; las redes transeuropeas; la energía; el espacio de libertad, seguridad y justicia; los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública, en los aspectos definidos en el presente Tratado. Por otro lado, en los ámbitos de la investigación, el desarrollo tecnológico y el espacio, la Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones, en particular destinadas a definir y realizar programas, sin que el ejercicio de esta competencia pueda tener por efecto impedir a los Estados miembros ejercer la suya. Además, en los ámbitos de la cooperación para el desarrollo y la ayuda humanitaria, la Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones y una política común, sin que el ejercicio de esta competencia pueda tener por efecto impedir a los Estados miembros ejercer la suya<sup>34</sup>.

La actuación de la Unión también debe ser subsidiaria en el marco de las acciones de apoyo, coordinación y complemento<sup>35</sup>, pues también en estos ámbitos su intervención debe producirse sólo cuando los Estados miembros no pueden funcionar eficazmente. Eso sí, en el marco de las competencias complementarias (cuyos ámbitos serán la protección y mejora de la salud humana; la industria; la cultura, el turismo; la educación; la formación profesional; la juventud y el deporte; la protección civil; la cooperación administrativa), la actuación de la Unión no está llamada

34. Estos párrafos 3 y 4 del artículo 4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea recogen unas competencias concurrentes *sui generis* pues aparentemente están más próximas a la complementariedad que a una concurrencia competencial de régimen ordinario. Esto ya se afirmó por López Castillo (2004): 450, en su estudio sobre el Proyecto de Tratado constitucional que pretendía regular las competencias complementarias de la misma forma que hoy lo hace el Tratado de Lisboa. En concreto, afirmaba que “Según es notorio, en los ámbitos de “la investigación, el desarrollo tecnológico y el espacio (y) la cooperación para el desarrollo y la ayuda humanitaria” la competencia de que disponga la Unión para “definir y realizar programas” y para “llevar a cabo una política común” se ha de ejercitar “sin que” ello impida a los Estados miembros ejercer la suya. Y esto recuerda a la actuación complementaria”.

35. Cuando se diferencia entre “apoyar, coordinar o complementar” se alude a un método y un grado diverso de penetración de la normativa comunitaria en los ordenamientos nacionales. Teniendo en cuenta la praxis hasta hoy desarrollada, se podría decir que el “apoyo” tiene por objeto la realización de un cuadro normativo más favorable y un ambiente económico-financiero más ventajoso, a través de la financiación de intervenciones estructurales; la “coordinación” debe determinar los elementos comunes sobre los cuales se van a elaborar las políticas nacionales; y la acción de “complemento” se refiere a una intervención, también de naturaleza financiera, dirigida a perfeccionar y a dar complemento a un programa y/o proyecto ya en fase de realización; De Pasquale (2008): 64-65.

a sustituir a la de los Estados miembros (que sí resulta posible en el caso de las compartidas), sino a apoyarla o complementarla<sup>36</sup>, sin privar por tanto a los Estados miembros de su capacidad competencial en estos ámbitos ni limitar sus competencias (si bien es cierto que esto último resulta discutible al menos respecto de las acciones complementarias de coordinación). Es decir, mientras que en el supuesto de las competencias compartidas la acción de los Estados queda excluida, es sustituida por la acción de la Unión una vez que ésta decide actuar, ello no sucede, en línea de principio, en el caso de las complementarias.

Pues bien, esta nueva regulación del orden competencial clarifica en alguna medida<sup>37</sup> la determinación del ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad. Introducir la definición de los tipos de competencias y un listado de sus ámbitos abunda de forma positiva en la exigencia de transparencia del orden competencial en general, y más específicamente, en la determinación del ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad. Sin embargo, se siguen planteando incógnitas en orden a la clarificación de dicho ámbito de aplicación.

Está claro que de su ámbito de aplicación se excluyen los ámbitos propios de las competencias exclusivas. Ahora bien, esta claridad se trueca en confusión cuando se considera, por ejemplo, la dificultad que en ciertas ocasiones encontraremos para catalogar una intervención como establecimiento de normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior (competencia exclusiva) o, más en general, como mercado interior (competencia concurrente que exige el respeto de la nota de subsidiariedad)<sup>38</sup>; o la dificultad para situar determinadas acciones en el marco de las competencias concurrentes (que precisan la aplicación del principio de subsidiariedad y que pueden desembocar en una ocupación completa del campo material) o de las complementarias (que aunque también precisan la aplicación de la subsidiariedad no pueden sin embargo conducir a una ocupación completa del campo material); o la dificultad para concretar las competencias exclusivas

36. Martín y Pérez De Nanclares (2002): 356-357; Díez-Hochleitner y Martínez Capdevila (2001): 68; Chicharro Lázaro (2001): 138.

37. Y es que la certeza y claridad (y consiguientemente transparencia) en materia competencial comunitaria es un objetivo gradual y, por ello, cualquier análisis sobre el tema no puede pretender responder en términos absolutos a la cuestión de si el Tratado de Lisboa aporta o no transparencia al orden competencial comunitario sino, antes bien, y tomando como referencia para la comparación la situación precedente, si el Tratado mejora en alguna medida, en algún grado, los niveles de transparencia en esta materia.

38. Ya se advirtió en su día que resulta realmente complicado “que se puedan separar de forma radical los distintos dominios de competencia con vista a asegurar el objetivo primordial de la Comunidad que es la realización de un mercado interior”; Chicharro Lázaro (2001): 128.



de los Estados miembros desde el momento en que Lisboa ha renunciado a catalogar las mismas, las cuales, sencillamente, excluyen cualquier intervención de la Unión.

Además, también en detrimento de la claridad, el Tratado de Lisboa ha diseñado un “catálogo” competencial –y sus ámbitos– que debe completarse con lo dispuesto en el artículo 2.6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea pues, en efecto, el alcance y las condiciones de ejercicio de las competencias de la Unión se determinarán en las disposiciones de los Tratados relativas a cada ámbito (es decir, en las disposiciones del Tratado de la Unión Europea y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Y teniendo en cuenta este precepto, parece posible afirmar que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea realiza una distinción de las competencias meramente indicativa en el sentido de que su alcance y condiciones de ejercicio sólo se pueden aprehender en función de lo dispuesto en las distintas bases jurídicas los Tratados que se refieran a cada ámbito (cosa que ya sucedía antes de la reforma)<sup>39</sup>. Por otra parte, el desarrollo de la teoría de los poderes implícitos permite plantear la intervención de la Unión en ámbitos no definidos expresamente por los Tratados (por tanto, indeterminados) pero que se pueden extraer de las distintas bases jurídicas previstas en los Tratados. En unos casos (probablemente los menos), quedará clara cuál es la base jurídica que habilita la intervención de la Unión y, por tanto, resultará más o menos sencillo determinar el tipo de competencia (exclusiva, compartida o complementaria) de que se trata. Pero probablemente exista un número más numeroso de supuestos en los que la intervención se pueda desprender implícitamente de varias bases jurídicas (correspondientes, quizás, a competencias de distintos tipos y que acarrear distintas consecuencias en orden a la utilización del principio de subsidiariedad)<sup>40</sup>.

Para terminar, hay que señalar que la aplicación del principio de subsidiariedad no se ciñe solamente al ámbito de las competencias no exclusivas. También

39. En este sentido véase Baratta (2008): 32.

40. Téngase en cuenta, por otra parte, que lo dicho hasta ahora se refiere a las competencias normativas de la Unión. Y es que el Tratado de Lisboa no aclara el papel que podría jugar el principio de subsidiariedad con relación a las competencias ejecutivas de la Unión. Según Hinojosa Martínez, resulta posible encontrar referencias a la aplicación de la subsidiariedad en el Derecho derivado de la Unión en relación con las competencias de ejecución del Derecho comunitario. Y de ahí desprende una interpretación según la cual el Derecho comunitario, al excluir sólo las competencias exclusivas (concepto legislativo) del ámbito de aplicación de principio de subsidiariedad, estaría reconociendo la aplicabilidad del mismo no sólo al resto de las competencias normativas de la Unión sino también a la totalidad de sus competencias ejecutivas. Aunque lo más esclarecedor hubiera sido que esto se hubiera plasmado expresamente en el Derecho comunitario originario, Hinojosa Martínez (2004): 807.

se aplica cuando la actuación de la Unión es consecuencia de la utilización de la cláusula de imprevisión del artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>41</sup>, una cláusula muy discutida durante el debate del Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa por parte de aquellos que consideraban que la misma rebajaba el alcance del principio de atribución<sup>42</sup>. Finalmente la cláusula de imprevisión, que como ha señalado el profesor Von Bogdandy no es un hecho atípico en el reparto vertical de los ordenamientos federales, se mantiene con el objeto de garantizar el dinamismo de la Unión. En concreto, esta cláusula responde claramente al sistema tradicional de delimitación de la actuación de la Unión en función de los objetivos comunitarios<sup>43</sup> (pues

41. Este artículo reemplaza al antiguo artículo 308 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea disponiendo: “1. Cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto, el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo. Cuando el Consejo adopte dichas disposiciones con arreglo a un procedimiento legislativo especial, se pronunciará también por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo. 2. *La Comisión, en el marco del procedimiento de control del principio de subsidiariedad mencionado en el apartado 3 del artículo 5 del Tratado de la Unión Europea, indicará a los Parlamentos nacionales las propuestas que se basen en el presente artículo.* 3. Las medidas basadas en el presente artículo no podrán conllevar armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros cuando los Tratados excluyan dicha armonización. 4. El presente artículo no podrá servir de base para alcanzar los objetivos del ámbito de la política exterior y seguridad común y todo acto adoptado de conformidad con el presente artículo respetará los límites fijados en el párrafo segundo del artículo 40 de la Unión Europea”. *Cursiva añadida.*

42. Hasta el momento de la discusión del Proyecto de Constitución Europea, la interpretación extensiva de la cláusula de flexibilidad había permitido la adopción de diversas medidas que fueron generando una integración *ex ante* ulteriormente formalizada mediante reforma expresa de los Tratados; López Castillo (2004): 440. Más concretamente, la Unión ha adoptado, fundamentalmente a partir de la década de los setenta, cientos de actos basados en este artículo para suplir las carencias del entonces Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (por ejemplo, en materia de agricultura o aduanera) o, incluso, para iniciar su acción en nuevos ámbitos (por ejemplo, medio ambiente). Aunque lo cierto es que la atribución de competencias en estos ámbitos, a través de las sucesivas reformas introducidas con el Acta Única Europea, con el Tratado de la Unión Europea y con el Tratado de Ámsterdam, redujeron el ámbito de actuación de la cláusula. Por otro lado, esta cláusula no sólo ha servido de base para la adopción de acciones *ad intra*, sino también para la celebración de acuerdos internacionales (dimensión *ad extra* reconocida por el Tribunal de Justicia); Díez-Hochleitner y Martínez Capdevila (2001): 437-438. Sólo puntualmente el Tribunal de Justicia ha realizado una interpretación restrictiva del alcance del entonces artículo 308 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, negando la competencia comunitaria para regular una materia (Dictamen del Tribunal de Justicia 2/94, de 28 de marzo de 1996, en el que negó que la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales pudiese fundamentarse en el 308 TCE); al respecto véase De la Quadra-Salcedo Janini (2006): 104.

43. Conforme a la Declaración nº 41 relativa al artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, “La Conferencia declara que la referencia que hace el apartado 1 del artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los objetivos de la Unión remite a los objetivos enunciados en los apartados 2 y 3 del artículo 3 del Tratado de la Unión Europea y a los objetivos enunciados

habilita a la Unión a actuar en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar los objetivos fijados por éstos sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto)<sup>44</sup>. Si esto es así, resulta realmente difícil discutir que la cláusula de imprevisión atribuye poderes a la Unión (es más, el ámbito de aplicación de la misma se amplía considerablemente pues, mientras el antiguo artículo 308 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se refería exclusivamente al “funcionamiento del mercado común”, el actual artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se refiere, en general y a salvo de algunas matizaciones, a todas “las políticas definidas en los Tratados”). Aunque también es cierto que dichos poderes tampoco son ilimitados en tanto en cuanto deben aparecer necesariamente conectados con la consecución de los objetivos comunitarios<sup>45</sup>.

en el apartado 5 del artículo 3 de dicho Tratado, relativo a la acción exterior, en virtud de la quinta parte del del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Por consiguiente, una acción basada en el artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no podrá perseguir únicamente los objetivos contemplados en el apartado 1 del artículo 3 del Tratado de la Unión Europea. A este respecto, la Conferencia señala que, de conformidad con el apartado 1 del artículo 31 del Tratado de la Unión Europea, no podrán adoptarse actos legislativos en el ámbito de la política exterior y de seguridad común”.

44. Esta cláusula “tiene por objeto suplir la inexistencia de poderes de acción conferidos expresa o implícitamente a las instituciones comunitarias por disposiciones específicas del Tratado, en la medida en que dichos poderes resulten, no obstante, necesarios para la que la Comunidad pueda ejercer sus funciones con vista a lograr alguno de los objetivos establecidos en el Tratado” (extracto del Dictamen del Tribunal de Justicia 2/94, de 28 de marzo de 1996) o “para paliar la insuficiencia de las facultades que se le confieren, explícita o implícitamente, con vista a la realización de sus objetivos” (extractos del Dictamen del Tribunal de Justicia 2/94, de 28 de marzo de 1996). La condición imprescindible que ha invocado la jurisprudencia para aplicar esta cláusula de flexibilidad es que no exista base jurídica alguna en el Tratado para fundamentar la medida (STJCE de 26 de marzo de 2007. C-46/86. Rec. 1987, pág. 1493).

45. Así se desprende, en mi opinión, de la Declaración n<sup>o</sup> 42 relativa al artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea cuando dispone que “La Conferencia subraya que, de conformidad con la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que forma parte integrante de un ordenamiento institucional basado en el principio de las competencias de atribución, no puede servir de base para ampliar el ámbito de las competencias de la Unión *más allá del marco general que establecen las disposiciones de los Tratados en su conjunto, en particular aquellas por las que se definen sus las funciones* y acciones de la Unión. Este artículo no podrá en ningún caso servir de base para adoptar disposiciones que tengan por efecto, en esencia, por sus consecuencias, modificar los Tratados sin seguir el procedimiento que éstos fijan a tal efecto”. *Cursiva añadida*. El Tribunal de Justicia ya dijo, sobre el antiguo artículo 308 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que regulaba la cláusula de imprevisión, que “al ser parte integrante de un orden institucional basado en el principio de las competencias de atribución, dicha disposición no puede servir de base para ampliar el ámbito de competencias de la Comunidad *más allá del marco general que resulta del conjunto de las disposiciones del Tratado, y en particular de las que definen las misiones y acciones de la Comunidad*”. *Cursiva añadida*. Y, en definitiva, “no puede servir de fundamento para la adopción de disposiciones que, en definitiva, tuviesen por resultado una modificación del Tratado efectuada sin respetar el procedimiento de modificación previsto en el mismo” (extracto del Dictamen del Tribunal de Justicia 2/94, de 28 de marzo de 1996).

En principio, por tanto, es un precepto con el que se pretende introducir flexibilidad en el sistema competencial. Ahora bien, no se trata de un cheque en blanco a favor de la intervención Unión y en detrimento de las competencias de los Estados porque su aplicabilidad exige su sujeción a ciertos límites, unos de naturaleza material y otros de naturaleza procedimental.

Entre los de naturaleza material, el artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que las medidas adoptadas con base en el mismo no podrán consistir en la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros cuando los Tratados excluyan dicha armonización (algo ya asumido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia antes de su explicitación en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Además, el precepto tampoco podrá servir de base para alcanzar objetivos del ámbito de la política exterior y seguridad común y todo acto adoptado de conformidad con el presente artículo respetará los límites fijados en el párrafo segundo del artículo 40 del Tratado de la Unión Europea.

Entre los de naturaleza procedimental, se prevé una utilización en todo caso subsidiaria de la cláusula de imprevisión y, además, se requiere la unanimidad del Consejo para su operatividad (en todo caso, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo)<sup>46</sup>. En cuanto a esto último, la aplicación de la regla de la unanimidad en la Europa de los veintisiete puede frenar la fungibilidad del artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea para introducir cierta flexibilidad en el sistema competencial europeo limitando una posible ampliación de las competencias de la Unión por esta vía (y ello a pesar de la ampliación de su ámbito de aplicación)<sup>47</sup>.

46. La nueva regulación de la cláusula de imprevisión destaca por la considerable ampliación de su ámbito de aplicación y por una intervención más decisiva del Parlamento Europeo en el procedimiento. Frente a la mera consulta previa requerida por el artículo 308 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el actual artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea exige su aprobación.

47. En parecidos términos, refiriéndose al Proyecto de Tratado Constitucional, véase López Castillo (2004): 440-443. Este autor dudaba de la fungibilidad de un instrumento que, en el marco de un colegio tan numeroso, tenderá a ser vista más como una cláusula de cierre (que una vez más, añadido, refuerza la posición de los Estados miembros desde el punto de vista competencial).

### ***3. Las condiciones para la aplicación del principio de subsidiariedad y la problemática derivada de su configuración en torno a conceptos jurídicos indeterminados***

El carácter subsidiario de la acción de la Unión en el marco de las competencias no exclusivas o de la cláusula de imprevisión respecto de la acción de los Estados miembros implica que ésta sólo será posible cuando, y en la medida en que<sup>48</sup>, concurren las dos siguientes condiciones: 1<sup>a</sup>) Que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central, ni a nivel regional o local (prueba de necesidad)<sup>49</sup>. 2<sup>a</sup>) Que la intervención comunitaria resulte más eficiente para alcanzar dichos objetivos debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida (prueba de valor añadido o de eficacia comparada)<sup>50</sup>. Desde este último punto de vista, la acción de la Unión parece más eficaz que la de los Estados miembros a la hora de disciplinar un ámbito transfronterizo o que presenta aspectos transnacionales (“dimensión”). Del mismo modo, los “efectos” pretendidos (por ejemplo, eliminar las disparidades existentes en un determinado sector) pueden conducir a pensar en una mayor eficacia de la intervención de la Unión<sup>51</sup>. En todo caso, la Unión debe aportar las razones que a

48. Es decir, la acción de la Unión “debe adecuarse a la dimensión de la carencia de los Estados”; “una carencia parcial de los Estados no permite que la Comunidad se atribuya la competencia del conjunto para la realización de un objetivo en cuestión”; Chicharro Lázaro (2001): 147.

49. En cualquier caso, y antes de reemplazar a los Estados miembros, es preciso que la Comunidad intente una labor de coordinación y apoyo a las políticas nacionales para intervenir sólo en caso de que éstas no den resultados; Chicharro Lázaro (2001): 143-144. Cuando la capacidad de una comunidad para actuar resulta inadecuada, sus competencias no se transferirán instantáneamente a un nivel más alto pues, primero, éste debe adoptarlas medidas apropiadas para componer la capacidad de actuación de los grupos inferiores interviniendo sólo si ello no resulta posible; citando a Constantinesco véase Martínez-Carrasco Pignatelli (1999): 83-84.

50. Sólo se recurrirá al test de la eficacia comparativa para comprobar si la Unión puede realizar mejor los objetivos previstos cuando se haya superado el test de necesidad. En cualquier caso, la exigencia de este doble test resulta discutible si se tiene en cuenta que una comparación de los costes y beneficios que provocaría la acción en el nivel nacional y en el europeo permitiría resolver la cuestión en un solo paso. Sobre el tema, se ha señalado que fue la persistencia de los Estados miembros, que pretendían limitar la ampliación de los poderes de la Unión por esta vía, la que provocó la inclusión de un test de necesidad como paso previa la realización del test de la eficacia; Chicharro Lázaro (2001): 146-147.

51. Atendiendo a los efectos se ha dicho que, aunque no sea lo habitual, no parece posible descartar que la intervención subsidiaria de la Unión afecte sólo a un Estado miembro; véase De Pasquale (2008): 64-65. Por su parte, Chicharro Lázaro afirmaba en su momento que sería posible una intervención subsidiaria de la Comunidad sólo de respecto de aquél o aquellos Estados incapaces de conseguir el objetivo u objetivos pretendidos de forma suficiente. La regla de principio será, por tanto, una intervención comunitaria para paliar la incapacidad de la acción estatal allí donde ésta se produzca, sin invadir el terreno de actuación estatal cuando ésta sea suficiente. Ahora bien, lo cierto es que si la incapacidad se predica respecto de muchos Estados, entonces la Comunidad podría decidir una intervención general que afectara a todos los Estados miembros; Chicharro Lázaro (2001): 145. La posibilidad de intervenir

su juicio justifican la mayor eficacia de la intervención comunitaria, razones éstas que se sustentarán en indicadores cualitativos y, *cuando sea posible, cuantitativos*<sup>52</sup>.

Ahora bien, y a pesar de la intención que se observa en el Protocolo nº 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad por conseguir objetivar de alguna forma (se habla de indicadores cuantitativos) las razones en virtud de las cuales se considera que un objetivo puede alcanzarse mejor a nivel europeo que a nivel estatal, lo cierto es que la decisión sobre si un objetivo no puede ser alcanzado *de manera suficiente* por los Estados miembros y sobre si la acción de la Unión permite su consecución de forma *más eficaz*, son decisiones “que dejan un amplio margen de maniobra al intérprete y que implican valoraciones esencialmente políticas más que jurídicas”<sup>53</sup>; valoraciones pues que, *a priori*, corresponde adoptar a las instituciones políticas europeas<sup>54</sup>.

En este contexto, el problema no es tanto el relativo a la justiciabilidad el principio (ya superado) sino el relativo a los límites del control judicial sobre el respeto a las condiciones de fondo para su aplicación<sup>55</sup>. Y es que si la apreciación de la concurrencia de estos requisitos es una cuestión que los Estados miembros, a través de los tratados, han querido dejar a la voluntad del legislador europeo, lo cierto es que el Tribunal de Justicia, que es a quien corresponde la fiscalización jurisdiccional del respeto del principio de subsidiariedad, difícilmente puede revisar una decisión de fondo que *a priori* corresponde tomar a las instituciones políticas europeas. Salvo en aquellos casos de arbitrariedad manifiesta en la apreciación de la concurrencia de estos requisitos (y es que debe evitar un mero control de oportunidad política que le resulta ajeno)<sup>56</sup>. Ésta ha sido precisamente la línea en la que se ha movido

sobre uno o varios Estados y no sobre todos no sólo se desprende de la noción misma de subsidiariedad sino que resulta avalada también por el principio de proporcionalidad (se menciona el medio ambiente, donde el estándar global de protección es muy diferente entre los diversos países y permite que la acción comunitaria se proyecte sólo sobre alguno de ellos); Barnés Vázquez (2003).

52. Cursiva añadida. Véase, al respecto, el artículo 5.3 del Tratado de la Unión Europea y 5 del Protocolo nº 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

53. Destacando el amplio margen de maniobra que estos conceptos jurídicos indeterminados dejan al intérprete véase Albertí, Fossas y Cabellos (2005); Chicharro Lázaro (2001): 148 y 175. Afirmando que la decisión sobre el nivel óptimo de gobierno para adoptar una decisión no puede objetivarse véase Hinojosa Martínez (2004): 826.

54. Píris, juriconsulto y Director General del Servicio Jurídico del Consejo recordó en una intervención ante el Grupo Subsidiariedad de la Convención Europea que la subsidiariedad constituye un principio fundamentalmente político, de carácter subjetivo, que exige un juicio de valor que entra dentro del poder de apreciación de las instituciones.

55. Sander (2006): 537; Hinojosa Martínez (2004): 908; Chicharro Lázaro (2001): 175.

56. Siguiendo a HESSE véase, en este mismo sentido, De la Quadra-Salcedo Janini (2006): 37. En la misma dirección Hinojosa Martínez (2004): 908; Chicharro Lázaro (2001): 187; Rodríguez Iglesias

el Tribunal de Justicia, el cual se ha mostrado muy cauto cuando se ha tenido que pronunciar sobre el tema (que no ha sido en excesivas ocasiones)<sup>57</sup> actuando con una gran deferencia respecto de la actuación del legislador comunitario.

Inicialmente, su actividad se mantuvo –de una manera excesivamente restrictiva– en las lindes de las exigencias formales de la motivación aceptando acríticamente los argumentos aportados por el legislador comunitario<sup>58</sup>. Es decir, el Tribunal de Justicia se limitó inicialmente a constatar la existencia de una justificación en la norma que preveía la intervención comunitaria (admitiendo incluso la justificación implícita)<sup>59</sup> sin entrar a considerar los aspectos materiales o sustanciales del asunto, es decir, los aspectos relativos a la efectiva concurrencia de los requisitos que habrían justificado la regulación de la materia por parte de la Unión.

(1993): 218-219. Aunque la opinión mayoritaria, compartida por esta autora, es que salvo en casos excepcionales de clara arbitrariedad el Tribunal de Justicia no puede sustituir la decisión del legislador europeo, lo cierto es que también podemos encontrar a algún autor crítico o reticente con la prudencia con la que ha venido actuando el Tribunal de Justicia en este punto (muy contundente al respecto SANDER (2006): 27 y ss.; más moderados Estella De Noriega (2000): 166-173; De Areilza Carvajal (1995): 87-88 y 92).

57. Además, se ha puesto de manifiesto que, paradójicamente, aquellos Estados miembros (Alemania y Reino Unido) que defendieron en su día la introducción del principio de subsidiariedad como cláusula jurídica susceptible de provocar un control por parte del Tribunal de Justicia, y de los que se podía esperar que explotaran este argumento en sede judicial, cuando lo han esgrimido, lo han hecho con poca convicción y utilizando exclusivamente la noción procedimental de la subsidiariedad. Este autor distingue entre la “subsidiariedad procedimental” o *procedural subsidiarity* (que implica un mero control de los aspectos formales de la decisión, no un control sustantivo o de oportunidad de la medida) y la “subsidiariedad material” o *material subsidiarity* (que, por el contrario, supone responder a la pregunta de si la Comunidad debe o no actuar en un determinado supuesto); Estella De Noriega (1999): 81 y ss.

58. *Union Royale Belge des Sociétés de Football Association* y otros contra *Bosman* y otros (C-415/93, de 15 de diciembre de 1995); la Comisión contra Bélgica (C-11/95, de 10 de septiembre de 1996); el Reino Unido contra el Consejo en la sentencia sobre la Directiva de ordenación de los horarios laborales (C-84/94, de 12 de noviembre de 1996); Alemania contra el Parlamento y el Consejo en la sentencia sobre la Directiva de protección de los inversores ante entidades de crédito (C-233/94, de 13 de mayo de 1997).

59. Decisiones del Tribunal que reconocen la legitimidad de la motivación implícita sobre este punto son: Sentencia de 10.12.2002, *British American Tobacco* (C-491/01, Rec. p. I-11453), aps. 181-183; sentencia de 9.10.2001, *Países Bajos c. Parlamento Europeo y Consejo* (C-377/98, Rec. p. I-7079), aps. 32-33; auto de 20.10.2000, *Johann Vogler* (C-242/99, Rec. p. I-9083), aps. 21-23; sentencia de 19.11.1998, *Reino Unido c. Consejo* (C-150/94, Rec. p. I-1735), ap. 37. Ahora bien, y como ya señaló en su día Hinojosa Martínez respecto del Protocolo anejo al frustrado Proyecto de Tratado constitucional, lo cierto es que la regulación el nuevo Protocolo n° 2 anejo al Tratado de Lisboa parece exigir la motivación explícita si se tienen en cuenta los requisitos procedimentales de obligado cumplimiento que establece para el legislador europeo. Así se refuerza la exigencia de motivación que ahora parece que debe ser expresa tal y como ha venido exigiendo cierto sector doctrinal; Von Bogdandy y Bast (2008): 58; Sander (2006): 569.

Sólo en momentos ya relativamente recientes<sup>60</sup>, el Tribunal de Justicia ha realizado pronunciamientos más comprometidos sobre el alcance y la aplicación del principio (más allá de la exigencia propia de motivación formal del acto normativo europeo). Ahora bien, también en este punto se ha pronunciado con autocontención y prudencia pues, en efecto, su intervención se ha limitado a comprobar, a verificar, que no se produzca un error manifiesto de apreciación sobre la concurrencia del principio o una desviación de poder<sup>61</sup>. Excepto en estos casos, el Tribunal respeta el ámbito de discrecionalidad del legislador comunitario y, desde este punto de vista, el análisis (limitado) que el Tribunal ha empezado a efectuar del alcance y aplicación del principio de subsidiariedad difícilmente producirá una variación sustancial de los resultados prácticos (como así ha sido) ni una renacionalización de ningún ámbito normativo.

Este tránsito en la valoración que el Tribunal de Justicia realiza de la aplicación del principio de subsidiariedad desde la exclusiva exigencia de una motivación formal (expresa o implícita) en la norma comunitaria a un control de naturaleza sustancial (aunque limitado) resulta, en mi opinión, positivo. Sin embargo, no parece conveniente que el Tribunal de Justicia amplíe sus pronunciamientos de fondo más allá de la constatación del error manifiesto o la desviación de poder si no se quiere distorsionar un sistema que ha atribuido a las instituciones políticas europeas la decisión sobre la concurrencia de los requisitos que permiten la actuación de la Unión en el marco de las competencias no exclusivas y de la cláusula de imprevisión<sup>62</sup>. Es cierto que ni la interpretación restrictiva del alcance

60. Holanda contra el Parlamento y el Consejo, en la sentencia sobre la Directiva de protección jurídica de las invenciones biotecnológicas (C-377/98, de 9 de octubre de 2001); *British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco* en la sentencia sobre la Directiva de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco (C-491/01, de 10 de diciembre de 2002); sentencia sobre la Directiva relativa a los equipos de protección individual (C-103-01, de 22 de mayo de 2002). Se ha dicho que en estas sentencias el Tribunal se aproxima con más detenimiento al principio de subsidiariedad pese a que lo hace sin grandes elaboraciones doctrinales y sin variaciones respecto de los casos anteriores en la conclusión adoptada. Pero al menos parece no asumir sin más las explicaciones del legislador comunitario para pasar él mismo a analizar si se ha respetado o no el principio de subsidiariedad. Y la conclusión siempre es afirmativa; Albertí Rovira (2005).

61. Aunque, y también en mi opinión, el resultado final de la decisión del Tribunal sobre el fondo del asunto limitada a apreciar arbitrariedades manifiestas o una desviación de poder no puede justificar el análisis extremadamente superficial que realiza de la norma comunitaria en litigio. Y es que quizás debiera afinar los instrumentos de justificación de sus decisiones, en definitiva, para legitimarlas y a su vez evitar aquellas opiniones doctrinales según las cuales, en materia de subsidiariedad, la argumentación que utiliza el Tribunal produce la impresión de que su decisión está tomada de antemano (en este sentido Sander (2006): 543).

62. La misma conclusión en Martín y Pérez De Nanclares (2002): 374-376, quien recuerda que la misma prudente posición del Tribunal Constitucional Federal alemán a la hora de interpretar el alcance



de las bases jurídicas que atribuyen competencias a la Unión (que en el caso de las competencias funcionales parece imposible atendiendo a su propia naturaleza jurídica), ni los principios (especialmente subsidiariedad y proporcionalidad), han limitado la vis expansiva de la actividad normativa de la Unión (susceptible a su vez de afectar a los Estados miembros restringiendo su ámbito de actuación normativa)<sup>63</sup>. Ahora bien, la limitación de estas garantías de naturaleza jurídica en orden a la contención de la actividad regulatoria comunitaria dirigida, a su vez, a garantizar las competencias y la autonomía política de los Estados miembros, no debe alarmar en exceso si se tiene en cuenta que, en el ámbito de la Unión, las garantías políticas (que se traducen básicamente en una composición de las instituciones políticas europeas con representantes estatales y en la decisiva participación de los Estados miembros en la determinación de la misma actividad normativa de la Unión) desempeñan un papel fundamental en este sentido<sup>64</sup>.

#### ***4. Breve aproximación al procedimiento para la aplicación del principio de subsidiariedad: Especial referencia a la intervención de los Parlamentos nacionales en el control del principio de subsidiariedad a través del mecanismo de la alerta temprana***

Ya hemos dicho que la inclusión del principio de subsidiariedad como un principio central del derecho comunitario en el artículo 3B del Tratado de la Unión Europea de 1992 apareció como una especie de contrapeso en beneficio de los Estados miembros frente al incremento de los poderes de la

del principio de subsidiariedad del artículo 72 de la Ley Fundamental de Bonn no ha merecido una crítica comparable a la cosechada por el Tribunal de Justicia.

63. Por ello se explica que las dos salvaguardas a favor de la Comunidad establecidas en los apartados 2 y 3 del ya derogado Protocolo n° 30 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad hayan desaparecido en el nuevo Protocolo n° 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Como se ha apuntado, aquellas salvaguardias se diseñaron pensando en situaciones en las que una tendencia euroescéptica pudiera producir una interpretación del principio de subsidiariedad contrario al proceso de integración europea. Y en la nueva regulación no ha parecido necesario mantenerlas habida cuenta la práctica producida al respecto; Hinojosa Martínez (2004): 803.

64. Ésta sería la convincente tesis de De la Quadra-Salcedo Janini (2006): 31; 37-39; 43; 51-52; 137-156; 173-180. Según este autor, “las garantías jurídicas del federalismo constituyen así una red última de seguridad frente a lo que se puede considerar que son abusos clamorosos”; *ibidem*: 51. Si bien la última y extrema garantía de la autonomía política de los Estados miembros radicaría en la posibilidad estatal de abandonar la Unión. Por su parte, la profesora Biglino Campos, respecto del Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, decía que éste confiaría más en “la presencia de los Estados miembros en las Instituciones de la Unión y en la configuración plural de los procesos de toma de decisiones, que en el control estrictamente jurídico que pueda realizar el Tribunal de Justicia *a posteriori*”; Biglino Campos (2005): 204.

Comunidad en nuevos ámbitos en un momento en el que, además, los mismos Estados continuaban perdiendo influencia en el Consejo como consecuencia del reforzamiento la regla de la mayoría cualificada (que se introdujo con el Acta Única Europea y cuya aplicación, con Maastricht, se extendía a nuevos ámbitos). A partir de ese momento, cualquier tentativa de incremento o incremento propiamente dicho de los poderes de la Unión en el marco de un modelo competencial predominantemente funcional ha venido siempre acompañada de una discusión tendente a fortalecer el principio de subsidiariedad y con ello la posición de los Estados miembros. El debate sobre el futuro de la Unión que ha protagonizado estos inicios del siglo XXI, donde la cuestión competencial ha sido un tema central, no ha supuesto una excepción al respecto confirmándose de nuevo esta tendencia.

La intención de los Estados de controlar la fuerza expansiva de la Unión condicionó decisivamente la configuración definitiva que el Proyecto de Tratado constitucional dio al principio de subsidiariedad y que luego ha retomado el Tratado de Lisboa. Así, frente a ciertas soluciones discutidas durante el debate convencional del que surgió el Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa en torno a la posibilidad de introducir mecanismos que reforzaran el control judicial del principio (como la posibilidad de articular un control previo de subsidiariedad –antes de la entrada en vigor de la norma en cuestión– en el seno de una cámara *ad hoc* radicada en el propio Tribunal de Justicia) finalmente se optó por reforzar el control político del respeto al principio de subsidiariedad<sup>65</sup>. Y aunque en esta dirección fueron varias las propuestas<sup>66</sup>, lo cierto es que finalmente se decidió reforzar la posición de los Estados miembros garantizando la intervención de los Parlamentos nacionales durante su aplicación a través de un control de naturaleza política que operaría *ex ante* (tendría lugar antes de que se produjera la aprobación del acto legislativo correspondiente) y que presentaría eficacia suspensiva (paralizaría temporalmente el procedimiento legislativo) y un efecto devolutivo (obligaría a reconsiderar de nuevo la propuesta cuando un determinado número de Parlamentos nacionales hubiera constatado la vulneración del requisito de la subsidiariedad). Es decir, la observancia de la aplicación del principio de subsidiariedad que compete a las instituciones europeas quedaría sujeta, en virtud del mecanismo de alerta

65. Por ello se puede decir, siguiendo a Hinojosa Martínez, que no ha habido una revolución en la nueva regulación del principio de subsidiariedad ya que continúa poniendo el acento en el control de naturaleza política; Hinojosa Martínez (2004): 790.

66. Para estas propuestas véase López Castillo (2004): 452-456; Hinojosa Martínez (2004): 808-811; Linde Paniagua (2004): 170-171; Matía Portilla (2003): 213-214; Martín y Pérez De Nancloares (2002): 370-371; Delgado Iribarren García-Campero (2002): 219-220; Lutz Herrera (2002): 403-405.

temprana y de forma novedosa, a la supervisión de los Parlamentos estatales<sup>67</sup>, si bien esta fiscalización no excluía la propia que ya venían realizando las instituciones europeas (consistente en una especie de autocontrol preventivo de la observancia del principio de subsidiariedad durante la preparación de las propuestas de actos legislativos –fundamentalmente a través de las consultas que realiza la Comisión que es el órgano que tiene atribuida la iniciativa legislativa por excelencia, y que conduce a la elaboración de una ficha de subsidiariedad en la que se motiva la propuesta legislativa en relación con el respeto del principio de subsidiariedad cualquiera que sea su procedencia<sup>68</sup>– y en la fiscalización jurisdiccional definitiva del acto legislativo aprobado por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

El Tratado de Lisboa también diferencia entre el control interno (de las instituciones de la Unión) del respeto del principio de subsidiariedad<sup>69</sup> y el control externo que sobre lo mismo realizan los Parlamentos nacionales y que, como ha señalado la profesora Mangas Martín, presenta una bifurcación secuencial: primero, un control preventivo de carácter político (que ocupa nuestra atención) y un control posterior de naturaleza judicial<sup>70</sup>. Eso sí, Lisboa regula el mecanismo de la alerta temprana con alguna modificación de relevancia respecto de lo que ya estableciera el Proyecto de Tratado constitucional en relación a las consecuencias jurídicas derivadas de dicho control<sup>71</sup>.

67. Véanse los artículos 4 y 6-7 del Protocolo n° 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

68. La previsión del autocontrol del respeto del principio de subsidiariedad a través de la ficha de subsidiariedad ya se recogía en el Protocolo n° 30 anexo al Tratado de Ámsterdam.

69. Al que se refiere el artículo 1 del Protocolo n° 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

70. Mangas Martín (2005): 57.

71. Dos son, fundamentalmente, las diferencias que presenta el Tratado de Lisboa respecto del Proyecto de Tratado constitucional en el ámbito del mecanismo de la alerta rápida. Una, de menor calado, consistente en la ampliación del plazo de seis a ocho semanas para la emisión de los dictámenes procedentes de los Parlamentos nacionales. Se pretende así responder a la crítica sobre la excesiva brevedad del plazo; Hinojosa Martínez (2004): 814-819. Otra, de mayor calado, es la modificación introducida por el artículo 7.3 del nuevo Protocolo n° 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Este precepto permite, en el marco del procedimiento legislativo ordinario (en el que se aplica la regla de la codecisión) y siempre y cuando los dictámenes de los Parlamentos nacionales representen al menos la mayoría simple de los votos que tienen atribuidos (se exige así un umbral más exigente de dictámenes motivados), que el legislador europeo (Parlamento y Consejo) desestimen la propuesta legislativa si la consideran incompatible con el principio de subsidiariedad (en el caso del Parlamento Europeo cuando así lo estima la mayoría de los votos emitidos y en el caso del Consejo cuando lo decide el 55% de una mayoría de sus miembros). Pues bien, cierto sector doctrinal en España considera que esta modificación quiebra el equilibrio institucional previsto en los Tratados en tanto en cuanto, afirman, la Comisión pierde el control de sus iniciativas legislativas; Martín y Pérez De Nanclares (2008): 286 y ss; Menéndez de Vigo, I., (2007): 321-341 y

El Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad<sup>72</sup> establece las obligaciones específicas de las instituciones comunitarias en este sentido.

La labor de la Comisión al respecto resulta especialmente relevante y es razonable que así sea si tenemos en cuenta su protagonismo en la fase de iniciativa legislativa y, además, los recursos con los que cuenta<sup>73</sup>. No sólo se encarga de elaborar un informe anual sobre la aplicación del artículo 5 del Tratado de la Unión Europea<sup>74</sup>, sino que debe realizar “amplias consultas” (que cuando procedan deberán tener en cuenta la dimensión regional y local de las acciones previstas) dirigidas a comprobar la pertinencia de la intervención de la Unión a la luz de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad antes de proponer cualquier acto legislativo<sup>75</sup>. No obstante ello, es posible que la Comisión no realice estas consultas en los supuestos de urgencia motivando la decisión en su propuesta.

Los proyectos de actos legislativos deben motivarse en relación con los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad y, en todo caso, deben incluir una ficha con los pormenores que permitan evaluar su cumplimiento (conocida como

335. Otros autores, sin embargo, no valoran de forma negativa esta modificación. Laso Pérez (2009): 90-94, dice que el mecanismo de control “reforzado” de la “tarjeta naranja” que introduce Lisboa permite desestimar la propuesta de la Comisión siempre que se decida por una de las dos ramas del poder legislativo. Pero ello no quiebra el equilibrio institucional porque la Comisión mantiene el control de sus propuestas (las puede incluso retirar en casos extremos) y porque los Parlamentos nacionales no pueden vetar dichas propuestas (algo que sería posible con un mecanismo de “tarjeta roja”, que se discutió y rechazó durante la Convención constitucional y que sí sería incompatible con el derecho de iniciativa de la Comisión). En el sistema actual se mantiene la “tarjeta amarilla” y se incorpora la “tarjeta naranja”. Pero en ninguno de los dos casos los Parlamentos nacionales pueden vetar la propuesta legislativa europea, sólo advierten. En definitiva, este autor hace una valoración positiva del nuevo procedimiento que considera que se ha desarrollado con las suficientes cautelas como para mantener, en lo posible, una vez que políticamente se había decidido reforzar el papel de los Parlamentos nacionales, los aspectos esenciales del equilibrio institucional.

72. Artículos 2 y 5 del Protocolo nº 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

73. Se ha dicho que la Comisión es la institución mejor equipada para recabar la información necesaria en orden a determinar la oportunidad de una intervención de la Unión y que por ello es lógico esperar que desempeñe un rol preeminente en la aplicación del principio de subsidiariedad. Y es que su reflexión precederá a la del resto de instituciones; Chicharro Lázaro (2001): 164.

74. Artículo 9 del Protocolo nº 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

75. El artículo 3 del Protocolo nº 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad señala que “...se entenderá por “proyecto de acto legislativo” las propuestas de la Comisión, las iniciativas de un grupo de Estados miembros, las iniciativas del Parlamento Europeo, las peticiones del Tribunal de Justicia, las recomendaciones del Banco Central Europeo y las peticiones del Banco Europeo de Inversiones, destinadas a la adopción de un acto legislativo”.

ficha de subsidiariedad). Esta ficha debería incluir elementos que permitan evaluar el impacto financiero y, cuando se trate de una directiva, sus efectos en la normativa que han de desarrollar los Estados miembros, incluida, cuando proceda, la legislación regional. Las razones que justifiquen la conclusión de que un objetivo de la Unión puede alcanzarse mejor en el plano de ésta se sustentarán en indicadores cualitativos y, cuando sea posible, cuantitativos. Los proyectos de actos legislativos tendrán debidamente en cuenta la necesidad de que cualquier carga, tanto financiera como administrativa, que recaiga sobre la Unión, los Gobiernos nacionales, las autoridades regionales o locales, los agentes económicos o los ciudadanos sea lo más reducida posible y proporcional al objetivo que se desea alcanzar.

El control externo por parte de los Parlamentos nacionales obligará a revisar el papel de los Parlamentos nacionales (también de los autonómicos) en el proceso decisional de la Unión<sup>76</sup> y ha suscitado reacciones encontradas en el ámbito doctrinal. Mientras que para algunos el mecanismo de la alerta rápida estimulará a los Parlamentos nacionales indolentes a interesarse por los asuntos europeos y a controlar a los Ejecutivos en este ámbito<sup>77</sup>, para otros la valoración “positiva” del mecanismo de la alerta temprana se desprende más de lo que no hace (haber resuelto la participación de los Parlamentos nacionales en el procedimiento decisorio evitando males mayores como la creación de nuevos órganos que hubieran incrementado la complejidad institucional de la Unión) que de lo que hace<sup>78</sup>.

76. En España se ha aprobado la Ley 4/2009, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, para su adaptación al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 (BOE nº 308, de 23 de diciembre). Esta norma regula el procedimiento de desarrollo del mecanismo de la alerta rápida en nuestro Estado. Tras la reforma, la Ley incrementa las competencias de la Comisión Mixta para la Unión Europea y, entre ellas, figura la relativa al control del respeto comunitario del principio de subsidiariedad. Se atribuye a la Comisión Mixta la potestad de emitir, en nombre de las Cortes Generales, los dictámenes motivados sobre la vulneración de la subsidiariedad, sin perjuicio de que los Plenos del Congreso de los Diputados y del Senado puedan avocar el debate y la votación del dictamen elaborado por la Comisión Mixta para la Unión Europea, en los términos que prevean los Reglamentos de las Cámaras. Además, la Ley acoge la posibilidad prevista en el Protocolo nº 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad de que los Parlamentos nacionales puedan consultar a los regionales con competencias legislativas.

77. Mangas Martín (2008): 340-341; Ares Castro-Conde (2007); Mangas Martín (2005): 58-59 y 65; Laso Pérez (2009): 84-85; Matía Portilla (2003): 199-204; Salvador Crespo y Álvarez Cienfuegos (2010): (en prensa). En cualquier caso, la eficacia de las previsiones europeas destinadas a integrar a los Parlamentos nacionales en el proceso decisional de la Unión dependerá del compromiso de cada Estado y su aparato institucional (hay que destacar la propia responsabilidad de los Parlamentos nacionales al respecto). Esta idea se puede encontrar en Salvador Crespo y Álvarez Cienfuegos (2010): en prensa; Matía Portilla (2008): pág. 217; Matía Portilla (2003): 145-147.

78. Hinojosa Martínez (2004): 818:

Los defensores y detractores de la participación de los Parlamentos nacionales en el proceso decisonal de la Unión apuntan sus razones.

Los primeros destacan aquéllas que tienen que ver con el refuerzo de la legitimidad democrática de la Unión. Consideran que con el mecanismo de la alerta temprana, primero, los temas europeos adquirirán mayor protagonismo en las agendas de los Parlamentos estatales y subestatales llegando así más fácilmente a los ciudadanos facilitando la construcción de una opinión pública sobre asuntos europeos (acercando Europa a los ciudadanos)<sup>79</sup>, y, segundo, se reforzará el control parlamentario estatal sobre la actuación comunitaria de los Ejecutivos nacionales<sup>80</sup>. Además, afirman que esta intervención de los Parlamentos nacionales previsiblemente estimulará un mayor esfuerzo argumentativo por parte de las instituciones europeas en materia de subsidiariedad (especialmente cuando se eleven a la Unión un número considerable de dictámenes procedentes de los Parlamentos nacionales críticos con el proyecto legislativo como consecuencia de la inobservancia del principio)<sup>81</sup>.

Para los segundos, este mecanismo puede producir un choque de legitimidades entre el Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales en los supuestos en los que exista desacuerdo sobre el respeto del principio de subsidiaridad por parte de un proyecto legislativo<sup>82</sup>. Por otra parte, interpretan la alerta temprana como una renuncia de los Estados a continuar profundizando en el proceso de integración europea, en este caso reforzando el papel del Parlamento Europeo como instrumento de control del Consejo, y se preguntan si ello no produce una cierta deslegitimación del Parlamento Europeo y si, por consiguiente, no hubiera sido mejor, por un lado, reforzar el papel de los Parlamentos nacionales como instrumentos de control de sus Gobiernos (también cuando éstos actúan en temas europeos) en el ámbito estatal o ad intra (sin vincularlos directamente, por tanto, en el proceso decisonal de la Unión), y, por otro, potenciar el papel del Parlamento Europeo como instrumento del control del

79. En este sentido véase Ares Castro-Conde (2007): 236-239; Álvarez Conde y López de Los Mozos Díaz-Madroñero (2006): 155-156. Lo que no es cierto es que ello necesariamente vaya a producir un sentimiento de autoidentificación con el sistema político de la Unión. Dependerá de la posición que finalmente adopten los Parlamentos nacionales al respecto.

80. En este sentido véase Salvador Crespo y Álvarez Cienfuegos (2010): (en prensa), Laso Pérez (2009): 84. Ambos textos coinciden en el desinterés de las Cortes Generales respecto del control del Gobierno en temas europeos; un control que se centra fundamentalmente en las grandes orientaciones políticas y no en el seguimiento sistemático de las propuestas legislativas.

81. Mangas Martín (2005): 64-65; Hinojosa Martínez (2004): 815.

82. Cuando el Parlamento Europeo se pronuncie en contra de las posiciones expresadas por un grupo de Parlamentos nacionales que representan a un porcentaje significativo de la población; Hinojosa Martínez (2004): 815-816.

Consejo<sup>83</sup> (recordemos que el Parlamento Europeo ha ido incrementando paulatina y considerablemente sus competencias de control sobre la Comisión mientras que el Consejo continúa funcionando tal y como fue concebido originariamente, esto es, como una institución exenta de control político en el seno de la Unión)<sup>84</sup>. Además, añaden que con esta novedad en el procedimiento de control del respeto al principio de subsidiariedad se alarga el iter legislativo comunitario y se complica, todavía más, el ya complejo funcionamiento del proceso decisional de la Unión<sup>85</sup>.

Es cierto, en efecto, que la falta de control sobre la actividad del Consejo y, en definitiva, la falta de control sobre lo que hacen los Gobiernos de los Estados miembros en la Unión a través del Consejo (también cuando éste desarrolla actividad legislativa) ha sido considerada una de las causas fundamentales del déficit democrático de la Unión<sup>86</sup>. Por una parte, y a pesar de ciertos avances producidos en materia de transparencia cuando éste desempeña funciones legislativas<sup>87</sup>, la opacidad con la que sus órganos auxiliares (grupos de trabajo y COREPER) continúan discutiendo y adoptando una parte muy importante de sus decisiones legislativas dificulta –si no impide– el control sobre su actividad<sup>88</sup>. Por otra parte, el control parlamentario

83. En este sentido véase Linde Paniagua (2004): 166-167.

84. A medida que se han ido ampliando los poderes de la Unión y que se ha ido incrementando el número de sus socios, se ido avanzando en el proceso de reforzamiento del Parlamento Europeo (control político en la elección y actuación de la Comisión; elaboración del presupuesto comunitario; procedimiento legislativo de codecisión que con Lisboa se aplica a todos los reglamentos y directivas con Lisboa (a salvo de ciertas excepciones); De Miguel Bárcena (2009): 52-54.

85. Baratta (2008): 44-45; Hinojosa Martínez (2004): 818-819.

86. El resultado es que los gobiernos toman en el Consejo decisiones que no hubieran podido tomar en el plano nacional, ajenos al control básico de cualquier orden democrático; Matía Portilla (2003): 196; Matía Portilla (2008): 132-133.

87. Se ha garantizado el acceso público a los documentos del Consejo (con excepciones); el artículo 9.2 del Reglamento interno del Consejo garantiza la publicidad de las votaciones que hoy podemos encontrar en la página web del propio Consejo (salvo en aquellas ocasiones, por cierto muy numerosas, en las que adopta sus decisiones a través de la fórmula consensual); Lisboa garantiza la publicidad de sus sesiones cuando ejerce función legislativa (aunque sin innovar demasiado respecto de lo establecido en el artículo 8.1 a), b) y c) del Reglamento interno del Consejo pues tanto éste como el Comité de Representantes Permanentes pueden restringir su publicidad con el objeto de preservar la eficacia de los trabajos legislativos). Sobre este tema véase el exhaustivo y reciente estudio de De Miguel Bárcena (2009): 161 y ss.

88. La falta de legitimidad democrática en la Unión se desprende no tanto de la falta de controles sobre el funcionamiento mismo del Consejo sino, sobre todo, de la debilidad de los controles sobre su aparato burocrático u órganos auxiliares que actúan conforme a los usos propios de la diplomacia tradicional y que son los que *de facto* legislan a través de los puntos A del orden del día del Consejo (aquellos que el COREPER eleva al Consejo y que éste suele aprobar sin debate; decisiones que el Consejo adopta *de iure* en su nivel ministerial pero que *de facto* se aprueban por su apartado burocrático). Se ha constatado que alrededor de un 75%-80% de la legislación producida en el Consejo es acordada de antemano por su aparato burocrático o nivel infranacional (COREPER y grupos de trabajo). El 70% de las normas estaría acordado por los grupos de trabajo; un 15%-20% por el COREPER; y sólo entre un 10%-15% sería directamente negociado por el propio Consejo; De Miguel Bárcena (2009): 139.

interno-nacional sobre la actividad europea de los Gobiernos no ha funcionado o al menos no ha funcionado igual en todos los países (aunque la regla general ha sido la debilidad de este control; también en España). Por ello se ha solicitado, tanto desde el punto de vista doctrinal como desde la propia sede de las instituciones comunitarias, una mayor parlamentarización de la Unión Europea<sup>89</sup>. Finalmente se ha optado por vehicular dicha parlamentarización a través de los Parlamentos nacionales.

En mi opinión, el mecanismo de la alerta temprana puede incentivar a los Parlamentos nacionales a retomar un papel propio que en muchos casos habían abandonado, favoreciendo así un mayor conocimiento de la actividad de la Unión por parte de la opinión pública. Previsiblemente, además, el mecanismo enriquecerá la justificación de las normas comunitarias en materia de subsidiariedad. Creo que esto es evidente. Y no pienso que el procedimiento complique en exceso el proceso decisional de la Unión al punto de hacerlo ineficaz, ni que el plazo de ocho semanas con el que cuentan los Parlamentos nacionales para emitir sus dictámenes sea tan prolongado como para que pueda causar un efecto dilatorio en el procedimiento legislativo comunitario lo suficientemente severo como para justificar las objeciones formuladas en este sentido en contra de su intervención (lo cual no implica desconocer la existencia de algunos costes en este sentido).

Ahora bien, la incorporación directa de los Parlamentos nacionales como instrumentos de control del proceso decisional de la Unión a través del mecanismo de la alerta rápida (que en cualquier caso resulta congruente con la naturaleza jurídica de la Unión como organización internacional, por muy peculiar que ésta sea)<sup>90</sup> no es el fruto de una decisión neutra<sup>91</sup>. Se trata de una decisión con una clara intencionalidad política en la medida en que a través de la misma se resta protagonismo al Parlamento Europeo o, al menos, no se continúa profundizando su proceso de parlamentarización en lo que actualmente podríamos considerar su punto flaco (el control del Consejo). La opción por la intervención de los Parlamentos nacionales en el procedimiento decisional de la Unión a través del mecanismo de la alerta temprana, presumiblemente ideada con el objetivo de reforzar la legitimidad democrática de la Unión, no constituye sino una más de las muestras del viraje intergubernamental de la Unión<sup>92</sup> y de la renuncia a continuar

89. Liñán Nogueras (2003): 180; Delgado Iribarren García Campero (2002).

90. Y es que hay que reconocer la singularidad de una Unión atravesada por dos principios aparentemente antagónicos como sería los de supranacionalidad e intergubernamentalidad; Linde Paniagua (2004): 853-854. Por otro lado, sobre el proceso de constitucionalización que está viviendo la Unión, acentuado en todo caso tras Maastricht, véase De Miguel Bárcena (2009): 45-46.

91. En este sentido véase Liñán Nogueras (2003): 188.

92. Linde Paniagua (2004): 168.



avanzando en su proceso de transformación. Estamos, en definitiva, frente a dato que parece indicar que los Estados miembros han decidido que el proceso de integración de la Unión ya ha llegado todo lo lejos que podía llegar con la consiguiente negativa a avanzar hacia una necesaria estructura federal<sup>93</sup>.

## Bibliografía

Albertí Rovira, E.; Fossas, E., Cabellos, M.A. (2005): *El principi de subsidiarietat a la Unió Europea*, Parlament de Catalunya, Barcelona.

Albertí Rovira, E. (2003): “La delimitación de las competencias entre la Unión y los Estados miembros”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 119, págs. 81-110.

Aldecoa Luzarraga, F.y Guinea Llorente, M. (2007): “El proyecto de Tratado de reforma: una Constitución sin nombre”, *Revista General de Derecho Europeo*, 14, [www.iustel.com](http://www.iustel.com).

Álvarez Conde, E. y López de Los Mozos Díaz-Madroñero, A. (2006): “Los Parlamentos nacionales y la Unión Europea: el mecanismo de alerta temprana”, *Revista de Derecho Político*, nº 65, págs. 149-188.

Andrés Sáenz de Santa María, P. (2008): “El sistema institucional en el Tratado de Lisboa: entre la continuidad y el cambio”, *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, coord. José Martín y Pérez de Nanclares, ed. Iustel, Madrid, págs. 205-225.

Areilza Carvajal, J.M. (1995): “El Principio de Subsidiariedad en la Construcción de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 45, pásg. 53-93.

Ares Castro-Conde, C. (2007): “El sistema de alerta temprana para el control del principio de subsidiariedad en la Unión Europea y los Parlamentos autonómicos: diagnosis y prognosis”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 136, pásg. 213-250.

93. Mangas Martín afirmaba, teniendo en cuenta que el Tratado de Lisboa recoge expresamente (antes ya era posible) la posibilidad de la renacionalización de las competencias (en la disposición final 48.2 del Tratado de la Unión Europea) y elimina casi completamente de su redacción toda referencia a la evolución del acervo comunitario, que se ratifica la opinión que sostuvo en su día acerca del estancamiento de la evolución en la Europa de los veintisiete; Mangas Martín (2008): 337. En concreto, la autora afirmó que “no está especialmente en peligro lo logrado ni el nivel de integración, sino su *evolución*. La consecuencia principal es que ya no habrá más profundización o avances cuantitativos. Los Estados parecen estimar que lo logrado está consolidado, que no hay peligro de conservación del acervo fundamental, que cualquier profundización afectará de forma azarosa a la soberanía estatal y que no se puede ni se debe ir más lejos. Es como si hubieran concluido que no cabe más proyecto político ni es importante ni alcanzable”; Mangas Martín (2007): 31.

Armin, H. y Kindt, A. (2008): “Der Vertrag von Lissabon –Europa endlich in guter Verfassung?“, *Neue Juristische Wochenschrift*, nº 61, págs. 1761-1768.

Baratta, R. (2008): “Le principali novità del Trattato de Lisbona”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, 1/2008, págs. 21-70.

Barea Mateo, M.T. y Murillo García, E. (2000): “Principio de subsidiariedad y déficit democrático, factores claves en el debate sobre la atribución de competencias a la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, nº. 182, págs. 9-23.

Barnés Vázquez, J. (2003): “La distribución de competencias entre la Unión Europea y los Estados”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 13, págs. 45-83.

Biglino Campos, P. (2005): “El poder de la Unión y el poder de los Estados miembros en el proyecto de Constitución: una forma distinta de entender la competencia”, en *Coloquio Ibérico: Constituicao Europeia Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires*, Coimbra editora.

Chicharro Lázaro, A. (2001): *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra.

De la Quadra-Salcedo Janini, T. (2006): *El sistema europeo de distribución de competencias*, Aranzadi, Navarra.

Delgado Iribarren García Campero, M. (2002): “La participación de los Parlamentos nacionales”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 3, págs. 203-220.

De Miguel Bárcena, J. (2009): *El Consejo de la Unión Europea. Poder normativo y dimensión organizativa*, ed. Thomson Reuters, Navarra.

De Pasquale, P. (2008): “Il riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri”, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2008-I, págs. 60-69.

Díez-Hochleitner, J. y Martínez Capdevila, C. (2001): *Derecho de la Unión Europea. Textos y comentarios*, McGraw-Hill, Madrid.

Dougan, M. (2008), “The Treaty of Lisbon 2007: Winning minds, not hearts”, *Common Market Law Review*, 45, págs. 617-703.

Estella de Noriega, A. (1999): “La paradoja de la subsidiariedad: Reflexiones en torno a la jurisprudencia comunitaria relativa al artículo 3B del Tratado de la Comunidad Europea”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 101, págs. 71-100.

Estella De Noriega, A. (2000): *El dilema de Luxemburgo - El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ante el principio de subsidiariedad*, Madrid.

Laso Pérez, J. (2009): “Parlamentos nacionales y control de subsidiariedad”, La Presidencia española de la Unión Europea en 2010: Propuestas para una agenda ambiciosa, *Cuadernos de la Escuela Diplomática*, ed. Marcial Pons, Madrid.

Linde Paniagua, E. (2004): “Los Parlamentos nacionales y regionales y su implicación en la toma de decisiones en la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 6, págs. 161-181.

(2004): “El Consejo de Ministros de la Unión Europea”, *Comentarios a la Constitución europea*, Libro I, dirs. Enrique Álvarez Conde y Vicente Garrido Mayor, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

Liñán Nogueras, D.J. (2003): “El Parlamento Europeo y el papel de los Parlamentos nacionales”, *El gobierno de Europa. Diseño institucional de la Unión Europea*, dir. José María Beneyto Pérez, ed. Dykinson, Madrid, págs. 177-235.

López Castillo, A. (2004): “Acerca de la delimitación de competencias en el proyecto constitucional de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 18, págs. 433-462.

Lutz Herrera, O. (2002): “La función de los Parlamentos nacionales”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 3, págs. 395-411.

Mangas Martín, A. (2008): “Un Tratado no tan simple: El realismo mágico del funcionalismo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 30.

(2007): “El incierto futuro de la Unión”, *Estudio preliminar, Tratado de la Unión Europea, tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y otros actos básicos de Derecho Comunitario*, Tecnos, 13<sup>a</sup> ed., Madrid.

(2005): “El control de la subsidiariedad”, *La constitucionalización del proceso de integración europea, Colección Escuela Diplomática*, nº 9, Madrid, págs. 53-79.

(2005): “Delimitación y modo de ejercicio de las competencias en el Tratado constitucional de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 57, págs. 49-74.

Martínez-Carrasco Pignatelli, J.M. (1999): “El principio de subsidiariedad en la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, 15 (1999)177, págs. 79-89.

Martín y Pérez de Nanclares, J. y Urrea Corres, M. (2008): *Tratado de Lisboa*, ed. Marcial Pons y Real Instituto Elcano, Madrid.

Martín Y Pérez De Nanclares, J. (2008): “La nueva regulación del régimen de competencias en el Tratado de Lisboa: especial referencia al control del principio de subsidiariedad”, *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, coord. José Martín y Pérez de Nanclares, Iustel, Madrid, págs. 273-294.

(2005): “La Constitución europea y el control del principio de subsidiariedad”, *La Constitución de la Unión Europea*, coord. Carlos Closa Montero y Natividad Fernández Sola, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, págs. 279-304.

(2004): “El nuevo sistema de competencias en el proyecto de Constitución europea”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 30, págs. 75-114.

(2002): “La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 17, págs. 343-291.

(1997): *El sistema de competencias de la Unión Europea*, ed. MacGraw-Hill, Madrid.

Matía Portilla, F.J. (2008): “Democracia y representación en la Unión Europea: el lugar de los Parlamentos nacionales en el marco de la Unión Europea”, *La Unión Europea en perspectiva constitucional*, ed. Ana María Carmona Contreras, ed. Thomson/Aranzadi, págs. 127-148.

(2003): “Parlamento Europeo y Parlamentos nacionales: Doble legitimidad en el marco de la Unión Europea”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 110, págs. 191-220.

Méndez De Vigo, I. (2007): *¿Qué fue de la Constitución europea? El Tratado de Lisboa: un camino hacia el futuro*, CEU, Madrid.

Morales Antoniazzi, M. (2010): “El Tratado de Lisboa: renovación versus status quo. Reflexiones sobre el sistema competencial como rasgo federal de la Unión Europea”, *Cuadernos y Debates. ¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis multidisciplinario y multifocal*, ed. Armin von Bogdandy, César Landa Arroyo y Mariela Morales Antoniazzi, CEPC e Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Madrid.

Pastor Palomar (2006): “El principio de subsidiariedad y su incidencia en el respeto de los derechos fundamentales por la Unión Europea”, *Anuario Español de Derecho Internacional XXII*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, págs. 459-484.

Rodríguez Iglesias, G.C. J(1993): “La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid.

Salvador Crespo, M. Y Molina Álvarez De Cienfuegos, I. (2009): “La participación de los Parlamentos nacionales en el proceso decisorial y el control político de la Unión Europea”, (en prensa).

Sánchez Ruiz, A.I. (1997): *Federalismo e integración europea. La distribución de competencias en los sistemas alemán y comunitario*, Bilbao.

Sander, F. (2006): “Subsidiarity Infringements before the European Court of Justice: Futile Interference with Politics or a substantial step towards EU Federalism?”, *Columbia Journal of European Law*, 12 (2006) 2, págs. 517-571.

Von Bogdandy, Armin (2009): “Una idea controvertida se convierte en Derecho: consideraciones acerca de la democracia europea como principio jurídico”, *Cuadernos y Debates. ¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis multidisciplinario y multifocal*, ed. Armin von Bogdandy, César Landa Arroyo y Mariela Morales Antoniazzi, CEPC e Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Madrid.

Von Bogdandy, A. Y Bast, J. (2002): “El orden competencial vertical de la Unión Europea: Contenido y perspectivas de reforma”, en *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, García de Enterría y Alonso García (dirs.), Madrid.

Weiler, J.H.H. (2002): “A Constitution for Europe? Some Hard Choices”, *Journal of Common Market Studies*, vol. 40.

Weiler, J.H.H. Y Wind, M. (2003): “In Defence of the Status Quo: Europe’s Constitutional Sonderweg”, *European Constitutionalism beyond the State*, editores Weiler y Wind.

Ziller, J. (2007): *Il nuovo Trattato europeo*, Il Mulino, Bologna.

**LAS RELACIONES ENTRE EL PARLAMENTO EUROPEO  
Y LOS PARLAMENTOS NACIONALES.  
¿QUÉ APORTA EL TRATADO DE LISBOA?\***

**Rosario Serra Cristóbal**

*Profesora Titular de Derecho Constitucional  
Universidad de Valencia*

1. *Introducción.*
2. *Un repaso al proceso creciente de relaciones entre el Parlamento europeo y los Parlamentos nacionales.*
  - 2.1. *La entrada en la escena europea de los Parlamentos nacionales y la necesaria cooperación con el Parlamento europeo.*
  - 2.2. *El futuro de las relaciones interparlamentarias: del fracasado Tratado constitucional y del nuevo intento del Tratado de Lisboa.*
3. *Relaciones multilaterales de Parlamentos nacionales y Parlamento europeo. La COSAC.*
4. *Otras vías de articulación de las relaciones multilaterales entre Parlamentos nacionales y Parlamento europeo.*
  - 4.1. *La Conferencia de Presidentes de Parlamentos.*
  - 4.2. *La Conferencia de Parlamentos.*
  - 4.3. *La fórmula de las Convenciones.*
  - 4.4. *La creación de una segunda cámara parlamentaria en la UE.*
  - 4.5. *Otras reuniones formales o informales de carácter multilateral.*
5. *Las relaciones bilaterales entre un Parlamento nacional y el Parlamento europeo.*
  - 5.1. *Las oficinas permanentes y reuniones bilaterales más o menos periódicas en el Parlamento europeo.*
  - 5.2. *Visitas de los parlamentarios europeos a sus Parlamentos nacionales.*
  - 5.3. *Relaciones de carácter administrativo.*
6. *Reparto competencial y relaciones Parlamento europeo-Parlamentos nacionales.*
  - 6.1. *La participación de los parlamentarios en la modificación de los Tratados.*
  - 6.2. *La participación de los Parlamentos nacionales en relación al principio de subsidiariedad. El sistema de alerta temprana.*
7. *El acceso a la información por parte de los parlamentos nacionales.*
8. *Reflexión final.*

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto I + D del Plan Nacional “Asambleas parlamentarias en un sistema multinivel: la articulación territorial del poder legislativo y su rendimiento en España”. Referencia: SEJ-2006-15075-C03-03/CPOL.

## *1. Introducción*

Resulta difícil hablar de las relaciones entre el Parlamento Europeo (PE) y los Parlamentos nacionales (PPNN) sin hacer mención a una circunstancia que, aunque en mayor medida en el primer caso, les acompaña. Nos referimos a la reiterada reflexión sobre los cambios de protagonismo que ambos han experimentado en el seno de sus respectivos marcos institucionales.

En el ámbito parlamentario nacional, los parlamentos han ido cediendo protagonismo a los Gobiernos en el ejercicio de la función legislativa. Cada vez más, la iniciativa legislativa gubernamental es la que monopoliza el trabajo de las Cámaras, aunque, en todo caso, aquéllas siguen manteniendo la capacidad de iniciativa y plena facultad decisoria sobre las leyes a adoptar. La mayor pérdida de protagonismo se ha producido en el ámbito de la toma de decisiones de Derecho comunitario. Es indiscutible el desplazamiento político al que los PPNN se han visto sometidos a partir de la integración de sus respectivos Estados en la UE. Los ejecutivos de los Estados miembros han sido y son los protagonistas absolutos de ese proceso de integración, mientras los PPNN, aunque con notables avances en los últimos tiempos, han sido relegados a un segundo plano. Su participación en los asuntos europeos ha quedado, en no pocos casos, circunscrito a una mera labor de controladores de la actuación de sus Gobiernos en Bruselas<sup>1</sup>. En definitiva, la normativa comunitaria, que vinculará a todos los poderes, –entre ellos a los Parlamentos estatales–, es elaborada y aprobada por dos instituciones colegisladoras: por una parte, por el Consejo y, por otra parte, y ni siquiera en todos los procedimientos, por el PE.

Por lo que respecta al protagonismo del PE en la elaboración de la legislación de la UE, éste es más deficiente, pues el monopolio de la iniciativa legislativa reside en exclusiva en la Comisión, y la participación del Parlamento en la toma de decisión sobre normas comunitarias nunca le corresponde de modo exclusivo, sino que la comparte con el Consejo de la UE, actúa como colegislador<sup>2</sup>. Dependiendo de la naturaleza y grado de la participación del PE en el proceso legisla-

1. Muchas Constituciones nacionales prevén más o menos extensamente las facultades de participación o simplemente de control parlamentario de los asuntos europeos. Se trata de la compensación del tradicional equilibrio entre poderes en el ámbito interno a través de lo que se ha denominado “control democrático de la actuación gubernamental” (Albertí Rovira y Roig Molés, 2005:463).

2. Se ha señalado que, aún reconociéndole su legitimidad y sin ni restarle la importancia que tiene, no sería deseable que ocupara el puesto nuclear que ocupa ahora el Consejo de Ministros de la UE (Matía Portilla, 2003: 214).

tivo podemos encontrar cuatro tipos de procedimientos: dictamen conforme del Parlamento, dictamen consultivo, cooperación<sup>3</sup> y codecisión<sup>4</sup>.

Si bien, hay que reconocer que la posición del PE es infinitamente mejor que en el pasado. Con las distintas reformas llevadas a cabo en los Tratados comunitarios se han ido extendiendo los ámbitos y materias que han de desarrollarse por codecisión, que supone el grado más elevado de participación del PE en el proceso legislativo, aunque todavía quedan fuera muchas materias de importante calado<sup>5</sup>.

Pese a su falta de protagonismo, paradójicamente, el PE es la única institución de la UE elegida directamente por los ciudadanos y, por lo tanto, es la institución representativa por excelencia en ese ámbito. Esa falta de protagonismo del PE, junto a otros elementos, es lo que ha llevado a los autores a hablar de “déficit democrático” de la UE. De todos modos, cuando se habla de “déficit democrático”<sup>6</sup> de la UE se está aludiendo también, entre otras cosas, a la ausencia de elección de la Comisión Europea, la falta de una identidad política europea, a la baja participación en las elecciones al PE y a la escasa cercanía con que los ciudadanos perciben todo lo que sucede en la Unión<sup>7</sup>. Por otro lado, ha de recordarse que el “déficit democrático” se ha atribuido especialmente a la supuesta debilidad del PE, pero también a la pérdida de poder por los PPNN a la que antes hacíamos referencia<sup>8</sup>.

No obstante, como acertadamente se ha dicho, la existencia del actual “déficit democrático” dista bastante de tener la gravedad que tuvo en el pasado<sup>9</sup>. Se ha ido produciendo un aumento progresivo de los poderes del PE, disminuyéndose notablemente el desequilibrio de éste frente al resto de instituciones europeas como consecuencia de las distintas modificaciones que han ido introduciéndose en los Tratados comunitarios. Y, por su lado, la participación de los PPNN en los asuntos europeos, poco a poco, ha ido dando pasos, como describiremos posteriormente.

3. El procedimiento de cooperación se introdujo con el Acta Única Europea y permite al PE dificultar la adopción por el Consejo de la propuesta de la Comisión.

4. El procedimiento de codecisión fue introducido por el Tratado de Maastricht. El Parlamento Europeo puede bloquear e impedir la adopción de la propuesta de la Comisión.

5. Todavía quedan fuera de codecisión muchas materias relativas a pesca, agricultura, impuestos indirectos, normas sobre competencia, algunas normas en materia de transporte y medio ambiente...

6. Sobré la significación de “déficit democrático” puede verse, entre otros trabajos, el de Bermejo (2003), Zemánek (2003).

7. Fluvio Attinà indicaba que el “déficit democrático” proviene de la lejanía en la que se encuentran los representantes parlamentarios de los ciudadanos respecto del momento inicial y final del proceso decisorio comunitario (Attinà, 1992:31).

8. Fuentetaja (2001)

9. Valero (2003): 85



Precisamente, esa búsqueda por adquirir mayor protagonismo ha conducido, en ocasiones, al PE y a los PPNN a una carrera en la que cada cámara alegaba su legitimidad para ser partícipe del proceso decisorio comunitario, manteniendo una relación de carácter competitivo. Ha habido momentos en que la relación entre ellos ha estado demasiado centrada en recelos o disputas sobre la legitimidad que uno y otro representan, o las competencias que a uno y a otro deben serles atribuidas, –de ellas también nos ocuparemos posteriormente–.

Lo cierto es que, finalmente, uno y otros han sido conscientes de su necesidad mutua, de la importancia de no mantener relaciones de competición, sino de colaboración. Como se ha dicho, cualquier sistema que no consiga que los parlamentarios nacionales cooperen, y no entren en conflicto, con los europarlamentarios, y viceversa, está destinado al fracaso<sup>10</sup>.

Este mismo es el sentir del PE que recientemente ha señalado “que ya no existe ningún tipo de antagonismo. El Parlamento Europeo no sólo ha demostrado una actitud positiva con respecto a la creciente importancia de los Parlamentos nacionales, sino que también la ha apoyado activamente. Asimismo, los participantes (del PE) han reconocido que sólo complementando sus actividades es posible incrementar su participación en el control parlamentario del ejecutivo, tanto nivel de la Unión como de los Estados miembros. Los diputados al Parlamento Europeo y a los Parlamentos nacionales deben tratar con los mismos ministros, tanto en calidad de representantes del Gobierno como en calidad de representantes del Consejo de Ministros. Tanto unos como otros deben evitar la duplicación de actividades y rivalidades. Las relaciones deben concretarse en una cooperación estructurada, pero no necesariamente formalizada” (Resolución del PE de 7 de mayo de 2009 que aprueba el Informe Brok sobre el desarrollo de las relaciones entre el PE y los PPNN, A6-0133/2009, conclusiones).

## ***2. Un repaso al proceso creciente de relaciones entre el Parlamento europeo y los Parlamentos nacionales***

### **2.1. La entrada en la escena europea de los Parlamentos nacionales y la necesaria cooperación con el Parlamento Europeo**

El papel que los PPNN debían desempeñar en la construcción europea no se planteó hasta que en 1979 se celebraron las primeras elecciones directas al PE.

10. Gil Ibáñez (2003): 217.

Hasta ese momento, la Asamblea Europea se nutría de delegaciones de los PPNN, por lo que, desde el punto de vista su integración en la estructura institucional europea, el sistema no planteaba más dificultades que las de ampliar los poderes efectivos de la Asamblea<sup>11</sup>. Pero, muy pronto se constató que los PPNN, en tanto que depositarios de la soberanía popular, no podían permanecer al margen del fenómeno de la construcción europea<sup>12</sup>. El propio PE se daría cuenta de la necesidad de colaborar o cooperar con los PPNN en esa tarea como imprescindible contrapeso al papel de los ejecutivos. Así en su Resolución de 9 de junio de 1981, sobre las relaciones entre el Parlamento Europeo y los PPNN, ya se aceptó la necesaria complementariedad y cooperación entre todos ellos, con tal fin<sup>13</sup>.

En esa línea, surgiría de la Conferencia de Madrid de 1989 la *Conferencia de Órganos especializados en asunto comunitarios y europeos de los Parlamento de la UE* (COSAC)<sup>14</sup>, que venía a institucionalizar las reuniones periódicas que se venían produciendo de los mismos con grandes éxitos.

Otro paso importante se dio posteriormente, en la Conferencia intergubernamental que daría lugar al Tratado de Maastricht (1992), allí las delegaciones belga y francesa propusieron la creación de una Conferencia de Parlamentos, compuesta por representantes de los PPNN y del PE, que se reunirían tres veces al año para tratar los asuntos en los que el PE compartía la legitimidad democrática con los PPNN (fundamentalmente en los pilares intergubernamentales). Sin embargo, la idea fue rechazada. Tan sólo se adoptó una *Declaración 14ª al TUE sobre el papel de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea* que, por un lado, subrayaba la importancia de “intensificar los contactos entre los Parlamentos nacionales y el Parlamento Europeo, en particular gracias a la concesión de facilidades mutuas mediante reuniones periódicas de parlamentarios interesados por las mismas cuestiones”. Y, por otro lado, establecía una Conferencia de Parlamentos a la que se consultaría sobre “las grandes orientaciones de la UE”<sup>15</sup>, conferencia que

11. *Ibidem*, 203.

12. En algunos Estados, sus Parlamentos han defendido con especial beligerancia su función en la UE. Este es el caso de Francia, Alemania, Gran Bretaña o Dinamarca. Sin embargo, en otros Parlamentos su empeño ha sido mucho menor, como el caso de España o Italia.

13. DOCE, nº 234/58, de 14 septiembre 1981. En el mismo sentido posteriormente Resolución de 16 de febrero de 1989, DOCE C69.

14. Abreviatura derivada de su denominación en francés: *Conférence des Organes Spécialisés dans les Affaires Communautaires*.

15. Igualmente se adoptó una Declaración nº 13 que únicamente indicaba que “los Gobiernos de los Estados miembros velarán, entre otros aspectos, por que los Parlamentos nacionales puedan disponer de las propuestas legislativas de la Comisión con la antelación suficiente para su información y para que

igualmente quedó en la práctica en letra muerta. Esta Conferencia de Parlamentos (“Assises”) estaba invitada a reunirse “siempre que fuese necesario”, pero no se reunió ni una sola vez en aplicación del Tratado de Maastricht.

Sin duda alguna, los avances más notables en este ámbito de la participación de las asambleas nacionales en los asuntos comunitarios, acabarán dándose con el Tratado de Amsterdam (1997). Éste introdujo un protocolo adicional, el *Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea* (al ser Protocolo, adquiriría carácter vinculante, cosa que no tenía la Declaración anexa al TUE), donde se clarificaban los documentos que debían ser transmitidos a los PPNN para que éstos se pronunciaran y donde, a su vez, se constitucionalizó la COSAC<sup>16</sup>, órgano que en la práctica ya venía funcionando. El Protocolo mencionado consagró las funciones de ésta, dotándole de unas tareas específicas, concretadas básicamente en presentar propuestas y contribuciones a las Instituciones europeas, en asuntos relativos al espacio de libertad, seguridad, justicia y el principio de subsidiariedad.

La mera existencia de la COSAC ha puesto de manifiesto las posibilidades de una colaboración institucional en el ámbito interparlamentario europeo. Aunque, como se ha señalado, ha servido también para poner de relieve las debilidades de lo alcanzado<sup>17</sup> y lo lejos que estamos de un sistema satisfactorio<sup>18</sup>. Posteriormente tendremos ocasión de detenernos en este órgano.

## **2.2. El futuro de las relaciones interparlamentarias: del fracasado Tratado constitucional y del nuevo intento del Tratado de Lisboa**

Como es sabido, la siguiente reforma de los Tratados que se abordó fue con el Tratado de Niza que, si por algo se caracterizó fue por abrir un gran debate sobre el futuro de la UE. En ese proceso, la *Declaración nº 23 aneja al Tratado de Niza* (2001) erigió la cuestión del papel de los PPNN, al igual que las relaciones entre éstos y el PE, en uno de los cuatro temas principales a abordar. Así, se creó un Grupo IV “Parlamentos Nacionales” de la Convención sobre el futuro de la Unión Europea, Convención que acabaría redactando el proyecto de la fallida Constitución Europea.

puedan ser examinadas”. Por lo tanto, se limitaba a establecer un compromiso de los Estado miembros y no de las instituciones comunitarias y no indicaba qué información debía ser transmitida a los PPNN. Y al ser una Declaración tenía mero carácter interpretativo.

16. No se hizo, por el contrario, ninguna referencia a la “Conferencia de los Parlamentos” incluida en Maastricht, lo que significaba una derogación de tal previsión.

17. Liñán (2003):178.

18. Gil Ibáñez (2003): 232.

En tal Grupo, entre otras cosas, se propuso la celebración regular de conferencias interparlamentarias sobre las políticas de la Unión en determinados ámbitos, en particular mediante reuniones conjuntas de las comisiones parlamentarias nacionales y del PE.

En este mismo marco de la Convención, el PE presentó el “Informe sobre las relaciones entre el Parlamento Europeo y los Parlamentos Nacionales en el ámbito de la construcción Europea”, de 23 de enero de 2002 (“Informe Napolitano”)<sup>19</sup>. Allí se ponía de manifiesto que el problema de la democracia de la UE es más amplio que el del papel estricto de los Parlamentos, que el pilar parlamentario se asienta en dos bases: el PE y los PPNN, poniéndose de manifiesto que si unos y otros rivalizan por un papel predominante sufrirá la democracia y la UE, siendo necesaria la colaboración para que todos salgan ganando. Y se indicaban dos maneras de reforzar la cohesión y la colaboración entre el PE y los PPNN. Por un lado, mediante un papel más activo de la COSAC y, por otro lado, a través de un reforzamiento de los partidos políticos que pueden funcionar como correa de transmisión entre las dos instituciones<sup>20</sup>.

Poco después, el Pleno del PE adoptó una Resolución con fecha 7 de febrero de 2002 proponiendo un “acuerdo interparlamentario” que regulase el intercambio de información y programase reuniones bilaterales o multilaterales en asuntos europeos y de interés común.

En los Trabajos preparatorios de la Convención para el futuro de Europa, el Grupo “Parlamentos nacionales” volvió a insistir, en su reunión de 19 de septiembre de 2002<sup>21</sup>, en la necesidad de fomentar los encuentros entre los PPNN y el PE, que podían servir para incidir en las grandes líneas políticas de la UE, mientras que la COSAC debiera retener sus funciones consultivas.

Como resultado de todo ello se alumbró el Tratado Constitucional (2004), que recogió el testigo de las relaciones interparlamentarias en la segunda parte del *Protocolo sobre la función de los Parlamentos Nacionales en la Unión Europea*, aunque con pocas novedades. Se indicaba que “el Parlamento Europeo y los parlamentos nacionales definirán conjuntamente la organización y la promoción de una cooperación interparlamentaria eficaz y regular en el seno de la Unión” (art.

19. PE Doc. A5-0023/2002.

20. El punto 4 del Informe Napolitano indicaba que resulta imprescindible el fortalecimiento de unos verdaderos partidos políticos europeos que puedan servir de punto de conexión entre los PPNN y el PE.

21. Resumen de la reunión (CONV 290/02, de 23 de septiembre).

9). Palabras que, como se ha indicado, poco aportaban, salvo quizás un reconocimiento explícito del cometido de las Cámaras en esta materia y una clara apuesta por una cooperación conjunta entre PPNN y PE<sup>22</sup>. El aspecto más novedoso fue el reconocimiento de una nueva función de la COSAC, el “fomento del intercambio de información y prácticas idóneas entre los parlamentos de los Estados miembros y el Parlamento Europeo y entre sus comisiones especializadas” (art. 10). El Tratado constitucional también atribuía a la COSAC la facultad de “organizar conferencias interparlamentarias sobre temas concretos, en particular para debatir temas de política exterior y de seguridad común así como de política común de seguridad y defensa” (art. 10).

Tras el fracaso del Tratado Constitucional, los Jefes de Estado y de gobierno acordaron buscar una solución al estancado proceso y se decidió hacerlo a través de una nueva reforma de los Tratados. En el mandato dado a la CIG de 2007, que alumbró el Tratado de Lisboa, se establecía respecto de los Parlamentos que “*su función se plasmará en un nuevo artículo de carácter general*”<sup>23</sup>, y en cuanto a los *Protocolos sobre la función de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea y sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad* establecía el mandato de que se “*anexarán a los Tratados existentes*” y que las modificaciones que haya que realizar en los mismos “*se efectuarán a través de Protocolos anejos al Tratado de Reforma*”.

Así, con el Tratado de Lisboa, por primera vez se recoge en el mismo cuerpo de un Tratado una referencia expresa a la función que han de tener los PPNN en el sistema político comunitario. El nuevo art. 8C TUE, en la redacción que el otorga el Tratado de Lisboa, introduce una novedad en lo que respecta a los PPNN al señalar que “contribuirán activamente en el buen funcionamiento de la UE”, expresión ambigua que habrá que ir definiendo, pero que parece apuntar, entre otras cosas<sup>24</sup>, a una profundización en el control de la aplicación del principio

22. Delgado-Iribarren (2004): 777.

23. Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas de 21 y 22 de junio de 2007.

24. Art. 12 TUE conforme a la redacción que le otorga el Tratado de Lisboa: “Los Parlamentos nacionales contribuirán activamente al buen funcionamiento de la Unión, para lo cual:

a) serán informados por las instituciones de la Unión y recibirán notificación de los proyectos de actos legislativos de la Unión de conformidad con el Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea;

b) velarán por que se respete el principio de subsidiariedad de conformidad con los procedimientos establecidos en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad;

c) participarán, en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia, en los mecanismos de evaluación de la aplicación de las políticas de la Unión en dicho espacio, de conformidad con el artículo

de subsidiariedad a través del denominado “sistema de alerta temprana”, al que haremos referencia posteriormente.

En cuanto a la cooperación interparlamentaria, ésta se recoge en la segunda parte del *Protocolo sobre el papel de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea*. El Protocolo reitera que el PE y los PPNN definirán conjuntamente la manera de organizar y potenciar una eficaz y regular cooperación interparlamentaria.

Por último hay que indicar que, junto a lo previsto en el nuevo artículo 8C del TUE y el Protocolo que acabamos de citar, el Tratado de Lisboa introduce otras menciones expresas a los PPNN a lo largo del articulado del TUE y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>25</sup>.

### ***3. Relaciones multilaterales de Parlamentos nacionales y Parlamento europeo. La COSAC***

La COSAC constituye, sin duda, el órgano más institucionalizado de contactos o relaciones entre el PE y los PPNN<sup>26</sup>.

61 C del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y estarán asociados al control político de Europol y a la evaluación de las actividades de Eurojust, de conformidad con los artículos 69 G y 69 D de dicho Tratado;

d) participarán en los procedimientos de revisión de los Tratados, de conformidad con el artículo 48 del presente Tratado;

e) serán informados de las solicitudes de adhesión a la Unión, de conformidad con el artículo 49 del presente Tratado;

f) participarán en la cooperación interparlamentaria entre los Parlamentos nacionales y con el Parlamento Europeo, de conformidad con el Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea.

25. Ej: nuevos art. 3ter apartado 3 TUE, art. 48.2 y 3 TUE, art. 48.7 TUE, art. 49 TUE y art. 61B TFUE.

26. El órgano del PE encargado de los asuntos vinculados con las relaciones con las demás instituciones y, en concreto, con los Parlamentos de los Estados miembros es la Conferencia de Presidentes. Igualmente se establece que dos de los Vicepresidentes son designados por la Mesa para poner en práctica las relaciones con los PPNN, informando periódicamente a la Conferencia de Presidentes acerca de sus actividades al respecto.

En el caso de los PPNN, el órgano encargado de las relaciones con el PE difiere de unos Estados a otros. En el caso de España, la modificación de la Ley 47/1985, que regula la Comisión Mixta par las Comunidades Europeas, por Ley 18 /1988, de 1 de julio, permitió a la misma establecer relaciones de cooperación con los órganos del PE y mantener relaciones de información y colaboraciones con Comisiones similares de otros PPNN y con las diferentes comisiones del PE, pasando, de este modo, de desempeñar un papel más pasivo a uno más activo. Finalmente, la Ley 8/1994, de 19 de mayo, creó la Comisión Mixta para la Unión Europea, que sigue encargada de establecer relaciones de cooperación y de información que acabamos de señalar. A tal efecto se conferirán facilidades mutuas y se celebrarán cuando

Como se decía más arriba, el Tratado de Maastricht vino a institucionalizar lo que era una práctica desde 1989, las reuniones bianuales de los presidentes de los PPNN y del PE. Desde su creación, en el seno de la COSAC se ha debatido de forma frecuente cuál era el papel que tal foro debía de jugar en el entramado comunitario. Por un lado estaban aquellos que pensaban que la misma no debía hurtar el protagonismo al PE y a los PPNN, mientras otros defendían la atribución de poderes más concretos a dicho órgano, referidos fundamentalmente al control del principio de subsidiariedad<sup>27</sup>.

Finalmente, el *Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea*, anexo a los Tratados por el Tratado de Ámsterdam en 1997, acabó consagrando sus funciones específicas, concretadas básicamente en la posibilidad de presentar propuestas y contribuciones a las Instituciones europeas en asuntos relativos al espacio de libertad, seguridad, justicia y el principio de subsidiariedad<sup>28</sup>. En definitiva en Amsterdam se consagró a la COSAC como vía principal de cooperación interparlamentaria.

El Tratado de Lisboa introduce algunas modificaciones en el *Protocolo sobre el papel de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea*, pero sin aportar excesivas novedades con respecto a lo que ya se había previsto en Amsterdam en 1997. El Protocolo en su nueva versión señala que la COSAC podrá dirigir al PE, al Consejo y a la Comisión cualquier contribución que juzgue conveniente; que fomentará el intercambio de información y prácticas idóneas entre los Parlamentos nacionales y el PE y entre sus comisiones especializadas; y que podrá organizar conferencias interparlamentarias sobre temas concretos.

Por lo que respecta a su funcionamiento, a las reuniones de la COSAC acuden seis representantes por Parlamento nacional –aunque no queda claro si bajo una

fuere conveniente reuniones periódicas de parlamentarios interesados por las mismas cuestiones, con la aprobación pertinente de las Mesas de las Cámaras de conformidad con los Reglamentos respectivos. Asimismo, se encarga de celebrar reuniones conjuntas con los diputados españoles en el PE.

27. Las delegaciones parlamentarias francesas han sido siempre favorables a la concesión de un poder consultivo a la COSAC.

28. Se le atribuyeron importantes funciones consultivas, tanto por iniciativa propia (“podrá dirigir a las instituciones de la Unión cualquier contribución que juzgue conveniente”, en particular sobre “cualquier propuesta o iniciativa relacionada con la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia” sobre “la aplicación del principio de subsidiariedad”, o “respecto de las cuestiones relativas a los derechos fundamentales”) como a iniciativa de los representantes de los Gobiernos de los Estados (quienes, “de común acuerdo puedan transmitir proyectos de textos normativos”). A este respecto puede verse el trabajo de Delgado-Iribarren, 2004).

relación de mandato imperativo o representativo—, y seis miembros del PE<sup>29</sup>. Lo primero que cabe aducir es que, inevitablemente, con una representación tan escasa de las asambleas nacionales, la presencia de las minorías parlamentarias es difícil, y más aún de los pequeños grupos minoritarios.

La COSAC celebra una sesión ordinaria durante cada presidencia del Consejo de la UE y sesiones extraordinarias cada vez que lo estimen necesario los presidentes de las comisiones encargadas de los PPNN y del órgano correspondiente del PE. Las sesiones tienen lugar en el Estado miembro que ostenta la presidencia. Asimismo, se celebran reuniones preparatorias.

Tal como se desprende de los Tratados vigentes, la COSAC podrá dirigir a las instituciones de la Unión “cualquier contribución que juzgue conveniente”, basándose en especial en proyectos de textos normativos que los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros decidan transmitirle de común acuerdo<sup>30</sup>. En todo caso, según demuestra la práctica, las opciones se constriñen a las cuestiones donde se percibe el acuerdo político de los Gobiernos afectados. Así, la COSAC podrá estudiar cualquier propuesta o iniciativa legislativa relacionada con la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia que pueda tener consecuencias directas en derechos y libertades de las personas, y sobre el principio de subsidiaridad. Propuestas que deben ser puestas en conocimiento del PE, del Consejo y de la Comisión.

Últimamente ha ido concentrando su atención en el control de los pilares intergubernamentales y la división de competencias, a través de dicho principio de subsidiaridad<sup>31</sup>. Aunque, parece que los resultados formales de la COSAC son más escasos de lo que sería deseable, incluso algunas de las funciones previstas en la Declaración aneja introducida por el Tratado de Ámsterdam están aún inéditas.

29. Art. 131 Reglamento Interno del Parlamento Europeo (2009): “1. A propuesta del Presidente, la Conferencia de Presidentes designará a los miembros de la delegación del Parlamento en la COSAC y podrá otorgar mandato a la misma. La delegación estará presidida por uno de los Vicepresidentes encargados de la puesta en práctica de las relaciones con los Parlamentos nacionales. 2. Los demás miembros de la delegación serán elegidos teniendo en cuenta los temas que se vayan a examinar en la reunión de la COSAC y tomando debidamente en consideración el equilibrio político global en el seno del Parlamento. La delegación presentará un informe después de cada reunión”.

30. Desde su origen, las contribuciones de la COSAC, en la mayoría de las ocasiones, han consistido en declaraciones generales, en el sentido, por ejemplo, de llamamientos a una reforma institucional de la Unión con el fin de garantizar la eficacia o la transparencia o la participación del electorado europeo o declaraciones sobre aspectos concretos de actualidad en los Estados miembros o en el mundo.

31. Gil Ibáñez (2003): 321.



tas. Aún así, ha permitido acumular un bagaje notable de experiencias y debates en el ámbito de las relaciones interparlamentarias<sup>32</sup>.

Ha de decirse que, en todo caso, las aportaciones de la COSAC no vinculan en absoluto a los PPNN ni prejuzgarán su posición<sup>33</sup>.

La COSAC se ha convertido en un foro de debate y propuesta, en una especie de órgano consultivo un tanto particular, con votación por delegación y no por miembro, y con un sistema de funcionamiento bastante flexible<sup>34</sup>.

Se ha señalado que su conversión en un verdadero órgano de influencia política no sería deseable, pues añadiría aún más complicación a la ya de por sí compleja arquitectura comunitaria. Y que su creación como nuevo centro de impulso político en el plano europeo no solamente no potenciaría el poder de los PPNN, sino que acabaría restringiéndolo<sup>35</sup>.

#### ***4. Otras vías de articulación de las relaciones multilaterales entre Parlamentos nacionales y Parlamento europeo***

A lo largo de los años se han propuesto otros mecanismos de articulación colegiada de los PPNN y el PE, mediante la creación temporal de órganos en el seno de la UE donde la interrelación entre éstos y otras instituciones de la UE ha sido evidente.

##### **4.1. La Conferencia de Presidentes de Parlamentos**

Otro órgano de relación entre el PE y los PPNN, que no viene recogido en ninguna previsión normativa, sino que se ha mantenido en la práctica, es la Conferencia de los Presidentes de los Parlamentos o “Gran Conferencia”.

Desde 1975 se ha convertido en un órgano permanente que se reúne formalmente una vez cada dos años, bajo la forma de Gran conferencia, –compuesta por los

32. Precisamente, en la última reunión de la COSAC, celebrada en París, los días 3 y 4 de noviembre de 2008, se intercambiaron posturas sobre la mejora de la cooperación entre los PPNN y el PE (*European Comisión. National Parliaments, Newsletter* nº 12, pág. 10).

33. El Protocolo sobre el Papel de los Parlamentos nacionales en la nueva versión prevista por el Tratado de Lisboa mantiene que “*las aportaciones de la Conferencia no vincularán a los parlamentos nacionales ni prejuzgarán su posición*”.

34. La COSAC estableció, en la reunión de Helsinki de 11-12 de octubre de 1999, su propio Reglamento interno.

35. Matía Portilla (2003): 214.

Presidentes de los Estados miembros del Consejo de Europa, el Presidente del PE, el Presidente de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa y el Presidente de la Asamblea de la UEO–; y bajo la forma de Pequeña conferencia, –compuesta por el Presidente del PE y los presidentes de los PPNN de los Estados miembros–, la que sería la Conferencia de Presidentes de los Parlamentos de la UE<sup>36</sup>. Fue precisamente en el seno de esta Pequeña conferencia donde empezaron a plantearse las cuestiones relativas a la cooperación entre PE y PPNN y constituye, sin duda, un escenario de cooperación interparlamentaria que mantiene una regularidad.

#### 4.2. La Conferencia de Parlamentos

Otro foro de relaciones interparlamentarias pudo ser la Conferencia de Parlamentos. Consistía en la creación de una especie de Conferencia Permanente de Parlamentos –Europeo y nacionales– forjada a la imagen del encuentro o *As-sises* de Roma, que tuvo lugar entre los días 27 a 30 de noviembre de 1990, con el fin de elaborar un documento final para la CIG de 1990, en especial sobre el reforzamiento de las relaciones orgánicas entre el PE y los PPNN, aunque, también analizaría las grandes líneas políticas de la UE<sup>37</sup>. Así, en aquella reunión se adoptó una Resolución en la que se pidió a la Conferencia intergubernamental del TUE que tuviera en cuenta las propuestas de los parlamentos así como una mayor cooperación ente el PE y los PPNN mediante reuniones regulares de las comisiones especializadas, intercambios de información, etc. Siguiendo esta estela, el Tratado de Maastricht (1992) acabó recogiendo una mención a la Conferencia de Presidentes.

Sin embargo, todo aquello quedó en letra muerta. Por el momento, lo único que existe es una previsión en el Reglamento interno del PE sobre la participación de su representación en cualquier Convención o *Conferencia de Parlamentos* que pueda realizarse. Así, el art. 132 del Reglamento interno del PE de 2009 establece que “La Conferencia de Presidentes designará los miembros de una delegación de diputados al Parlamento para que tome parte en toda convención, *conferencia u órgano similar* en que participen representantes parlamentarios y le otorgará un mandato que se ajuste a toda resolución pertinente del Parlamento. La delegación elegirá a su presidente y, cuando proceda, a uno o varios vicepresidentes”.

36. Palomares (2003): 10.

37. Sobre ello, Matía Portilla (2003): 201.

### 4.3. La fórmula de las Convenciones

Otro caso claro de mecanismo de articulación colegiada lo constituye la fórmula de las Convenciones. La Declaración nº 23 del Tratado de Niza abrió un nuevo método de preparación de las Conferencias intergubernamentales en esa línea. En la Declaración se apelaba a un debate amplio y profundo en colaboración con la Comisión, el PE y las partes interesadas, –en relación a los PPNN y la opinión pública–. A partir de esta Declaración parece que vino a reconocerse un papel más importante a los ciudadanos en el proceso de construcción europea y a los PPNN, donde aquéllos se encuentran representados.

El método de la Convención fue, en definitiva, el novedoso procedimiento utilizado para la elaboración de la Carta de los Derechos fundamentales de la UE y el que se utilizaría después de Niza para la elaboración del Proyecto de Tratado Constitucional.

La Carta de Derechos Fundamentales fue elaborada por una Convención<sup>38</sup> compuesta por representantes de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, un representante del Presidente de la Comisión Europea, *una representación del PE, compuesta por 16 miembros de dicho órgano y 16 suplentes, y dos diputados de cada uno de los PPNN de los entonces 15 miembros de la UE y otros tantos suplentes*<sup>39</sup>.

De igual modo, inspirándose en esa exitosa fórmula, en diciembre de 2000 los Jefes de Estado y gobierno, reunidos en Niza, manifestaron su deseo de iniciar un debate amplio y exhaustivo sobre el futuro de la UE. A partir de entonces se abrió un proceso de reflexión que tenía como finalidad, siguiendo las previsiones de la Declaración de Laeken (15 diciembre 2000), aportar ideas sobre un amplio conjunto de aspectos relacionados con el funcionamiento y el

38. En junio de 1999, con el fin de destacar su importancia, el Consejo Europeo de Colonia consideró oportuno recoger en una Carta los derechos fundamentales vigentes en la UE. De acuerdo con las expectativas de los Jefes de Estado o de Gobierno, esta Carta debía contener los principios generales recogidos en el Convenio del Consejo de Europa de 1950, los derivados de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, los derechos fundamentales reservados a los ciudadanos de la Unión y los derechos económicos y sociales enunciados en la Carta social europea y en la Carta comunitaria de los derechos sociales y fundamentales de los trabajadores, así como los principios que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

39. Formalmente adoptada en Niza en diciembre de 2000 por los Presidentes del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, representa un compromiso político sin efecto jurídico obligatorio.

En el Tratado de Lisboa por el que se modifican los tratados, actualmente en curso de ratificación, la Carta adquirirá un carácter vinculante mediante la inserción de una mención por la que se le reconoce el mismo valor jurídico que los Tratados. A tal efecto, la Carta fue proclamada una segunda vez en diciembre de 2007.

entramado institucional de la Unión, entre ellos, el papel de los PPNN en la UE<sup>40</sup>. Para ello, en marzo de 2001 empezó a trabajar la Convención para el futuro de Europa, presidida por Valéry Giscard d'Estaing, en la que, por un lado, formaron parte, con derecho de voz y voto, representantes de la Comisión europea, del Consejo, de los gobiernos –tanto de los Estados miembros como de los entonces candidatos–, *del PE (16 representantes) y de los PPNN –igualmente de los Estados miembros y de los entonces candidatos, aunque éstos sin derecho de voto–*, estando presentes dos representantes de cada uno de dichos parlamentos. Es esta Convención la que en julio de 2003 finalizó sus trabajos, presentando a la Conferencia Intergubernamental el texto de “Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa” (CONV 850/03, de 18 de julio de 2003).

Sin duda alguna, ambos foros constituyeron un foro de debate y de relación interparlamentaria donde hubo que reflexionar, negociar y adoptar acuerdos sobre cuestiones de interés común para todos los parlamentos (PE y PPNN). Pensemos en temas como la democracia, la participación de los parlamentos, el papel institucional del PE en la UE, el principio de subsidiariedad, etc. El éxito de dicha fórmula convencional ha hecho pensar en institucionalizarla para la participación puntual de los PPNN (y, por supuesto, PE) en la reforma de los Tratados en el futuro<sup>41</sup>.

#### **4.4. La creación de una segunda cámara parlamentaria en la UE**

Frente a las propuestas anteriores, otra opción, poco exitosa por el momento, defiende la creación de una nueva Cámara permanente, autónoma respecto del PE, y que vendría a reproducir la bicameralidad parlamentaria existente en muchos Estados de la UE<sup>42</sup>. Esta segunda Cámara estaría compuesta por representantes de los distintos PPNN. Se configuraría como un órgano con funciones consultivas en ámbitos como los pilares intergubernamentales, los acuerdos de asociación, la ampliación de la UE o el principio de subsidiariedad.

40. De conformidad con lo definido en el Consejo europeo de Laeken se trataba de examinar las cuestiones esenciales que plantea el futuro desarrollo de la Unión, y de buscar respuestas que se presentarían en un documento que serviría de punto de partida a las negociaciones de la Conferencia Intergubernamental (2004), la cual adoptaría, de conformidad con el TUE, las decisiones definitivas. El Consejo Europeo de Laeken había planteado una serie de cuestiones: cómo garantizar una mejor distribución de las competencias de la Unión; cómo simplificar los instrumentos que le permiten actuar; cómo garantizar aún más democracia, transparencia y eficacia en la Unión Europea y, por último, cómo simplificar los Tratados actuales, y si esta simplificación podía conducir a la adopción de una Constitución europea.

41. Así se propuso, por ejemplo, en el informe final del Grupo de Trabajo sobre Parlamentos Nacionales de la Convención para el futuro de Europa (CONV 353/02, de 22 de octubre)

42. Esta propuesta ha procedido principalmente de la Asamblea Nacional francesa, del Senado francés y de personalidades vinculadas a estas instituciones.

En este caso, las relaciones PPNN-PE acabarían circunscribiéndose o reconduciéndose a las relaciones entre ambas Cámaras europeas, fundamentalmente porque esta propuesta de segunda Cámara europea ha pensado siempre en que sus miembros desempeñasen un doble mandato, el de parlamentarios nacionales y, a su vez, de parlamentarios en esta Cámara “territorial”. Además, posiblemente, la existencia de dicha segunda Cámara acabaría debilitando la posición del PE en el ámbito institucional de la UE.

### **5. Otras reuniones formales o informales de carácter multilateral**

Por otro lado, aunque no esté institucionalizado, existen reuniones multilaterales que se celebran con carácter esporádico entre Comisiones del PE y de los PPNN sobre materias concretas o en momentos determinados. Así, podemos hacer referencia a:

- Reuniones más o menos regulares de las comisiones mixtas al menos dos veces por semestre.
- Reuniones interparlamentarias sobre temas transversales que rebasan las competencias de una sola Comisión una vez por semestre.
- Reuniones interparlamentarias *ad hoc* a nivel de comisión a iniciativa del PE o del Parlamento del Estado miembro que detenta la Presidencia del Consejo.
- Reuniones multilaterales de otras comisiones parlamentarias distintas de las de asuntos europeos, interesadas en intercambiar información en sus propias competencias con sus colegas de otros parlamentos y del PE.
- Reuniones interparlamentarias a nivel de los presidentes de comisión.
- Cooperación a nivel de los presidentes de comisión en la Conferencia de portavoces de los parlamentos de los Estados de la UE.
- Reuniones en los grupos políticos o partidos a escala europea con la participación de parlamentarios todos los Estados miembros y diputados al Parlamento Europeo.

### ***5. Las relaciones bilaterales entre un Parlamento nacional y el Parlamento europeo***

Junto a las relaciones de carácter bilateral que pueden producirse entre todos o diversos PPNN y el PE, se llevan a cabo igualmente relaciones de carácter bilateral entre éste y un Parlamento nacional. Estas relaciones se desarrollan a través de diferentes vías:

### **5.1. Las oficinas permanentes y reuniones bilaterales más o menos periódicas en el Parlamento Europeo**

Un número considerable de Asambleas legislativas nacionales tienen abiertas oficinas permanentes en la sede del PE<sup>43</sup>.

Además, en todo caso, los parlamentarios nacionales participan de forma más o menos periódica en reuniones de las comisiones del PE para tratar asuntos relacionados con el ámbito de las competencias e intereses propios del Estado. Es habitual igualmente las visitas efectuadas por parlamentarios nacionales al PE en un marco bilateral para intercambio en experiencias en un sentido más amplio.

### **5.2. Visitas de los parlamentarios europeos a sus Parlamentos nacionales**

Por lo general, los diputados europeos no participan en los trabajos de los PPNN, cosa que sí está prevista en el *Folketing* de Dinamarca, los *Dail Eireann* y *Seannad Eireann* de Irlanda y las *House of Commons* y *House of Lords* del Reino Unido. Pero, algunos Parlamentos han venido a establecer modos de cooperación más estrechos como el caso de Bélgica y Grecia, en cuyos ordenamientos se han llegado a constituir comisiones compuestas por miembros del Parlamento nacional y del PE y en las que estos últimos disponen de los mismos derechos que los primeros, o, en otros casos, pueden participar en las reuniones de las comisiones de asuntos europeos disponiendo en ellas sólo del derecho de voz, pero no de voto<sup>44</sup>.

Recientemente el PE ha señalado que acogería con satisfacción, en este contexto, la introducción de innovaciones por parte de los PPNN, como otorgar a los diputados al PE el derecho a ser invitados una vez al año a intervenir en sesiones plenarias de los PPNN y a participar en reuniones de las comisiones de asuntos exteriores con carácter consultivo, en reuniones de comisiones especializadas cuando se aborden actos legislativos europeos pertinentes o en reuniones de los respectivos grupos políticos con carácter consultivo (Resolución del PE de 7 de mayo de 2009 que aprueba el Informe Brok sobre relaciones entre el PE y los PPNN, A6-0133/2009, punto 9).

Se celebran igualmente reuniones de carácter informal y sin ninguna periodicidad entre miembros del PE y diputados representantes de su respectiva asamblea nacional. Durante la realización de las mismas, algunos diputados de los

43. No es el caso de nuestro Congreso y Senado.

44. Storini (2005a): 227.

PPNN han expresado su interés por seguir manteniendo dichos contactos y colaboración con el PE<sup>45</sup>.

### **5.3. Relaciones de carácter administrativo**

En cuanto a la cooperación de naturaleza administrativa, ésta se lleva a cabo bajo la forma de cursillos de formación en los servicios del PE y de intercambios de funcionarios. La información mutua sobre los trabajos de los parlamentos, en particular en materia legislativa, de coordinación, de modos de hacer y de gestión, tiene una importancia cada vez mayor.

### **6. Reparto competencial y relaciones Parlamento europeo-Parlamentos nacionales**

Un marco en el que también cabe hablar de las relaciones entre el PE y los PPNN es el que deriva de la división competencial prevista en la UE.

Como decíamos al comienzo de este trabajo, en no pocas ocasiones la relación entre PE y PPNN ha sido de carácter conflictivo, demasiado centrados en disputas o recelos sobre la legitimidad que uno y otro representan, o las competencias que a uno y a otro están atribuidas. Lo cierto es que, desde este punto de vista, es difícil hablar, de una posible división competencial entre Parlamentos. Más bien podríamos decir que ambos actúan representando intereses o puntos de vista distintos, al menos en teoría.

Los PPNN funcionan en clave nacional. Aunque cada día es más difícil separar lo nacional de lo comunitario, pues la normativa europea pasa a formar parte del Derecho interno una vez es aprobada y las asambleas nacionales han de adoptar sus decisiones de conformidad con las obligaciones adquiridas previamente por el Estado en el ámbito de la UE<sup>46</sup>, no pudiendo hacerlo a espaldas de lo que allí ocurre.

45. El 21 de junio de 2001 se celebraba un encuentro entre parlamentarios franceses de la Asamblea Nacional y del PE, en el que se insistía en la necesidad de intensificar los vínculos existentes entre ambos foros parlamentarios (Matía Portilla, 2003: 205). A estas reuniones informales se refería también Storini, 2005a: 227.

46. También es cierto que, pese a que los PPNN tendrían bastante tarea en la ejecución y desarrollo del derecho comunitario, conviene recordar que los Reglamentos comunitarios (las principales normas) son ejecutados directamente por los gobiernos y la transposición de las Directivas, muchas de las cuales dejan poco margen de concreción, llegan como un pacto aprobado y en su mayor parte también son incorporadas por los propios gobiernos por medio de reglamentos, dejando escaso margen de actuación a la asamblea nacional. En España, la transposición de las Directivas sólo se hace por ley cuando el tema objeto de regulación está sujeto a reserva de ley material o formal.

Por su lado, el PE funciona más en clave supranacional, pero sus parlamentarios son elegidos en clave nacional y actúan en muchas ocasiones con miras nacionalistas. Además, el art. 189 TCE dispone que el PE se compone de “representantes de los pueblos de los Estados reunidos en la Comunidad”. No representa al *pueblo europeo*, porque éste no existe.

El caso es que ese indudable acercamiento de legitimidades y de forma de funcionar conduce a una necesaria cooperación entre dos visiones de una misma realidad. Sobre todo, porque tanto las asambleas nacionales como la comunitaria van a encontrarse con competencias redundantes, –por ejemplo, tanto el PE como los PPNN participan en la ratificación de los Tratados, se pronuncian sobre la reforma de los mismos o sobre la solicitud de adhesión de un Estado a la UE–. Y van a abordar competencias de naturaleza complementaria, como lo es el control de los ejecutivos. Lo mismo sucede en el ámbito del control de la política económica, en lo que antes de Lisboa constituían los pilares intergubernamentales y en el control de la subsidiariedad es donde los PPNN pueden ampliar sus competencias, donde, tal vez, cabría ir adoptándose un acuerdo de reparto competencial entre el PE y los PPNN.

### **6.1. La participación de los parlamentos en la modificación de los Tratados**

Puede afirmarse, como señalaba Matía Portilla<sup>47</sup>, que hoy los Gobiernos de los Estados miembros son los señores de los Tratados, al menos en lo referido a su gestación. Pero es más discutible que esta afirmación sea igualmente válida para la reforma de los Tratados, al menos si utilizamos exclusivamente una perspectiva formal. Por ejemplo, en la actual redacción del TUE, la Comisión, cualquier gobierno estatal o el PE pueden impulsar una reforma de los tratados (art. 48 TUE), momento en el que también se reserva un papel a los PPNN. Pero, tanto el PE como los PPNN han de pronunciarse, aunque sea en espacios de tiempo distintos y de modo diferente, sobre la reforma de los Tratados.

Para los PPNN ésta es una competencia que ha tenido y tiene importantes consecuencias, porque puede generar un retraso en la adopción de un Tratado o tornarse en el ejercicio de un verdadero poder de veto, pudiendo convertirse en un sistema de bloqueo a determinadas modificaciones de los mismos. La práctica demuestra que alguna Cámara legislativa ha hecho depender su posible voto positivo a un Tratado de la introducción futura en el mismo de determinadas concesiones favorables a sus intereses.

47. Matía Portilla (2003):193.



En la redacción del art. 48 TUE anterior a Lisboa esa participación de los PPNN se ceñía a lo que las Constituciones de cada uno de los Estados establecían respecto a la participación de éstos en materia de celebración y modificación de Tratados internacionales. Sin embargo, el nuevo Tratado, al igual que lo hiciera el fallido Tratado constitucional<sup>48</sup>, contempla expresamente la participación directa de éstos en el proceso de modificación de los Tratados, en concreto el art. 12.d) del TUE, y en el art. 48 TUE, al indicar que el Consejo remitirá dichos proyectos a los PPNN. A lo que añade que “si el Consejo Europeo, previa consulta al Parlamento Europeo y a la Comisión, adopta por mayoría simple una decisión favorable al examen de las modificaciones propuestas, el Presidente del Consejo Europeo convocará una Convención compuesta por representantes de los Parlamentos nacionales, de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, del Parlamento Europeo y de la Comisión” (art. 48.3 TUE). Además, para la reforma de determinadas partes de los Tratados, que se realizan por el procedimiento de reforma simplificado, en caso de oposición de un Parlamento nacional notificada en un plazo de seis meses a partir de esta transmisión, no se adoptará la decisión de reforma.

Lo cierto es que mediante esta vía se ha producido un diálogo entre los PPNN, el PE y las instituciones europeas. Constituye, por lo tanto, un canal a través de la cual los PPNN y el PE pueden adoptar posiciones comunes en determinados temas fundamentales de los Tratados.

## **6.2. La participación de los Parlamentos nacionales en relación al principio de subsidiariedad. El sistema de alerta temprana**

El sistema de distribución de competencias en la UE se basa no en un sistema de cuotas, sino más bien de fijación de objetivos a lograr. De tal modo que la mayoría de las competencias, recogidas en diferentes normas comunitarias, se constituyen como competencias compartidas con los Estados y no como competencias exclusivas. Y su ejercicio queda, además, regido por el principio de atribución y de subsidiariedad. Según este último, la Comunidad debe actuar sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros (art. 5 TUE).

48. Esta previsión se encontraba en la Constitución Europea en los arts. IV- 443 y IV- 444, con lo que se les otorgaba un cierto papel constituyente. En el procedimiento de revisión ordinario, el art. IV- 443 establecía que el Consejo notificaría a los PPNN cualquier proyecto de revisión del Tratado y que, en caso de una decisión favorable al examen de las modificaciones propuestas, el Presidente del Consejo Europeo convocaría una Convención en la que estarían integrados representantes de los PPNN.

Respecto del control de aplicación del principio de subsidiariedad, el Protocolo relativo a éste establece que los PPNN velarán por el respeto de dicho principio. Con tal fin, en 2002 hizo aparición la fórmula de la denominada “alerta temprana”. El “*early warning system*” o sistema de alerta temprana, –también denominado sistema de “tarjeta amarilla”–, fue una propuesta recogida en el informe final del Grupo sobre subsidiariedad de la Convención sobre el futuro de Europa (CONV 286/02, de 23 de septiembre), que acabó incorporándose al proyecto de Constitución Europea y se mantiene en el Tratado de Lisboa<sup>49</sup>.

El sistema de alerta temprana ha tenido amplia aceptación. Permite a los PPNN llamar la atención sobre la idoneidad de una iniciativa europea por contraria al principio de subsidiariedad sin interferir ni bloquear el procedimiento legislativo comunitario. Lo cual no podría ejercerse si no se respetase y se llevase a la práctica adecuadamente el derecho a la información de los PPNN respecto de determinados actos de las instituciones.

Los PPNN, en el plazo de ocho semanas (según lo previsto en el Tratado de Lisboa)<sup>50</sup> desde la remisión que les haga la institución comunitaria autora de una propuesta legislativa<sup>51</sup>, podrán emitir dictámenes motivados que enviarán a las instituciones políticas (PE, Consejo y Comisión)<sup>52</sup> donde expongan de manera motivada las razones por las que consideran que el proyecto no se ajusta al principio de subsidiariedad.

Cada Parlamento nacional dispone de dos votos, que repartirán en función de su sistema parlamentario, es decir, en el caso de que sea bicameral repartirán un voto para cada cámara. Ello se hace con el fin de mantener una igualdad entre los Estados miembros cuyos parlamentos, es decir, que no se penalice a los Estados miembros cuyos parlamentos no tienen más que una cámara<sup>53</sup>.

49. Se trataba de una idea que presentó el Presidente a su Grupo de Trabajo I de la Convención que elaboró el Tratado constitucional como medio de conciliar las exigencias de quienes deseaban crear un órgano *ad hoc* encargado de vigilar el cumplimiento del principio de subsidiariedad y quienes veían en ello un peligro de permanente bloqueo del proceso decisorio comunitario.

50. En el Proyecto de Tratado Constitucional el plazo estaba fijado en 6 semanas.

51. También cabe contra proyectos de otros actos legislativos, que incluyen las propuestas de la Comisión, las iniciativas de un grupo de Estados miembros, las iniciativas del PE, las peticiones del Tribunal de Justicia, las recomendaciones del Banco Central Europeo y las peticiones del Banco Europeo de inversiones

52. Como se ha destacado, no queda claro qué órgano es el encargado de transmitir esas propuestas y documentos a los PPNN, aunque por regla general son sus gobiernos, lo cual ha generado muchas críticas (Álvarez Conde y López De Los Mozos, 2006: 160).

53. Así lo recordaban Álvarez Conde y López de los Mozos, 2006: 173.

Si los dictámenes provienen de una cantidad limitada de parlamentos, la Comisión debería “motivar con más detalle” y de manera concreta el acto. Si el sistema de alerta rápida es iniciado por, al menos, un tercio de los PPNN, la Comisión debería “revisar su propuesta” (volver a examinar la propuesta, que implica el mantener, modificar o retirar la iniciativa)<sup>54</sup>.

Cuando un proyecto de acto legislativo sea objetado por una mayoría simple de los votos atribuidos a los PPNN, la Comisión tendrá que volverlo a examinar, si bien podrá decidir mantenerlo, modificarlo o retirarlo. En el caso de que decida mantenerlo, habrá de justificarlo mediante un dictamen motivado en el que explique por qué considera que se respeta el principio de subsidiariedad. Dicho dictamen, junto con los dictámenes correspondientes de los PPNN, será transmitido al legislador de la UE (al Consejo y al PE).

Además, con el Tratado de Lisboa se añade un mecanismo de control reforzado de la subsidiariedad a lo ya acordado en la CIG de 2004. Completa este derecho con la posibilidad de rechazar una propuesta legislativa si así lo decide una mayoría de los Parlamentos y una mayoría en el Parlamento Europeo, así como una mayoría del 55 % de los miembros del Consejo (es lo que se ha denominado procedimiento de «tarjeta roja»).

Sin duda, el sistema provoca una revitalización de la discusión de los asuntos europeos en algunos PPNN y el intercambio de opiniones sobre la iniciativa comunitaria entre diferentes PPNN y con el PE. De hecho, los Secretarios Generales de las Asambleas nacionales tienen el encargo de la Conferencia de Presidentes de Parlamentos de la UE y del PE de estudiar procedimientos de colaboración en la puesta en marcha del sistema de alerta rápida<sup>55</sup>. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, esto ha cobrado un simbolismo que no puede infravalorarse, puesto que los PPNN son reconocidos por primera vez como «actores al nivel de la Unión».

En esta línea el PE ha indicado recientemente que considera que el aumento de las competencias de los PPNN con respecto al cumplimiento del principio de subsidiariedad, que aporta el Tratado de Lisboa, permitirá influir y controlar la

54. Entre octubre de 2006 y finales de 2008, la Comisión recibió 287 opiniones provenientes de 31 asambleas nacionales de 21 Estados miembros (*European Comisión. National Parliaments, Newsletter* n° 12, Diciembre 2008, pág. 5).

55. El acuerdo fue adoptado en la citada Conferencia de Presidentes, en su reunión celebrada en Atenas, en 2002, y consistió en el estudio de una red de información interparlamentaria con la correspondiente infraestructura informática.

legislación europea en una fase inicial y contribuirá a mejorar el proceso legislativo y la coherencia de la legislación a nivel de la UE. Igualmente, ha señalado que las reuniones regulares de las comisiones mixtas de las correspondientes comisiones especializadas y las reuniones parlamentarias *ad hoc* a nivel de comisión, celebradas a invitación del PE, permiten y permitirán entablar un diálogo en una fase temprana en relación con actos legislativos o iniciativas políticas en curso o futuros y que, por tanto, deberían mantenerse y desarrollarse de forma sistemática en una red permanente de comisiones correspondientes. Igualmente instaba a los PPNN a que pongan a disposición del PE, al mismo tiempo, los dictámenes que emitan en este contexto. (Resolución del PE de 7 de mayo de 2009 que aprueba el Informe Brok sobre relaciones entre el PE y los PPNN, A-0133/2009).

### ***7. El acceso a la información por parte de los Parlamentos nacionales***

Para que funcionen los mecanismos de control y relación interparlamentaria que venimos describiendo es imprescindible facilitar el acceso de los PPNN a la información. La posibilidad de que un parlamento nacional controle debidamente a su Gobierno en asuntos europeos o formule su posición respecto de una propuesta de medida o acto legislativo de la UE depende, en gran medida, de que esté informado tempranamente. Por lo tanto, es importante que las propuestas lleguen a los Parlamentos lo antes posible, preferiblemente al tiempo que llegan a los gobiernos y al resto de instituciones, incluido el PE.

Desde hace tiempo viene existiendo un consenso en torno a esta idea y se han dado pasos para mejorar este acceso de los PPNN a la información. Ya el Protocolo sobre los PPNN anexo al Tratado de Ámsterdam velaba por que éstos recibieran puntualmente la información, entre otras, de las propuestas legislativas de la Comisión. Sin embargo, la complejidad del proceso de transmisión de información, inherente a la complejidad de la UE ha hecho que se dilaten mucho los plazos y que la transmisión de información no sea tan fluida como sería deseable. De hecho, la COSAC denunciaba que algunos Parlamentos estatales afirman no recibir los documentos en los plazos establecidos, incumpliendo el principio de información<sup>56</sup>.

Por ello, la XXVIII conferencia de la COSAC, celebrada en Bruselas del 27 de enero de 2003, aprobó las Orientaciones de Copenhague para las relaciones entre los gobiernos y los parlamentos en asuntos comunitarios y europeos y el acceso

56. XXIV reunión de la COSAC, Estocolmo, 22 de mayo de 2001.

de éstos a los mismos. En dicho documento se indicaban una serie de principios orientativos (o normas mínimas) que permitirán garantizar que todos los PPNN tengan la oportunidad de participar e influir en los asuntos europeos de forma activa. Los tres elementos esenciales que se reseñan para ello son: la calidad y la cantidad de información que reciben los PPNN, la gestión en el tiempo del intercambio de información y, finalmente, las oportunidades de las que disponen los PPNN para utilizar la información recibida con el fin de aumentar su influencia en asuntos comunitarios.

En esta misma línea, el Grupo de trabajo IV de la Convención que elaboró el Tratado Constitucional proponía que “la documentación y actas de los trabajos del Consejo deberían remitirse en un plazo de diez días al Parlamento Europeo así como a los Parlamentos nacionales, paralelamente a su transmisión a los gobiernos”. En todo caso, finalmente, el Protocolo sobre el cometido de los PPNN en la UE, anexo al fallido Tratado Constitucional, se quedó en una simple profundización de algunos aspectos ya recogidos en el Tratado de Amsterdam.

El Tratado de Lisboa da un paso adelante en materia de información a los PPNN. Amplía los sujetos que deben proporcionar la información, encargándose las instituciones comunitarias de transmitir directamente la misma (Comisión, PE, Consejo de Ministros, Consejo Europeo o Tribunal de Cuentas, según quién sea el autor de la iniciativa) y no los gobiernos nacionales, pues, como decíamos, con la actual regulación se producen retrasos en el envío de la información que impiden que los PPNN puedan estudiar a tiempo la documentación. Por lo tanto, con la entrada en vigor el Tratado de Lisboa, el envío de la información a los PPNN se va a realizar al mismo tiempo que se remita a las demás instituciones europeas y respecto a los documentos de consulta de la Comisión, cuando se publiquen.

Por otro lado, igualmente importante es la fluidez de información entre el PE y los PPNN. La Declaración nº 13 anexada por Tratado de Maastricht relativa al “Cometido de los Parlamentos Nacionales en la UE”, citada en varias ocasiones más arriba, ya estableció la necesidad de un intercambio fluido de información entre los PPNN y el PE, de la concesión de facilidades mutuas adecuadas y de reuniones periódicas, entre otros, con dicho objetivo.

En este sentido, el art. 130 Reglamento interno del Parlamento Europeo (versión de 2009) establece que el Parlamento mantendrá periódicamente informados de sus actividades a los PPNN de los Estados miembros. Y añade que “la Conferencia de Presidentes podrá otorgar mandato al Presidente para que negocie facilidades para los Parlamentos nacionales de los Estados miembros, si procede

con carácter recíproco, y para proponer cualesquiera otras medidas destinadas a facilitar los contactos con los Parlamentos nacionales”.

Lo que se denota es que es importante que los PPNN intercambien información relativa a la UE porque ello puede ayudarles en su labor de control. Con el Tratado de Lisboa el papel de los PPNN se refuerza, lo que aumenta aún más la necesidad de intercambiar información relativa a la UE entre Parlamentos.

En definitiva, cualquier mejora de la fluidez de la información es deseable. A ello contribuyen en buena medida las reuniones conjuntas de Presidentes y de Comisiones de PPNN y del PE. Al igual que ayudan las oficinas permanentes que muchas Asambleas de países de la Unión mantienen abiertas en la sede del PE, a las que antes nos hemos referido.

Asimismo, para facilitar el flujo de información, los PPNN han creado, en colaboración con el PE, su propia base de datos y sitio web –www.ipex.eu–. La base de datos IPEX trata de ampliar la información básica que los PPNN pueden consultar en relación con documentos o temas comunitarios específicos. Esto podría resultar especialmente útil como resultado de las nuevas disposiciones del Tratado de Lisboa relativas al papel de los PPNN.

## ***8. Reflexión final***

La participación de los PPNN a nivel europeo ha estado muy condicionada por lo que el ordenamiento interno de cada uno de los Estados señalaba al respecto. La adopción del Protocolo sobre participación de los Parlamentos anexo al Tratado de Maastricht, su reforma en Ámsterdam y la creciente importancia de la cuestión tras el Tratado de Niza, que ha acabado plasmándose en la letra del fallido Tratado constitucional y en el Tratado de Lisboa, ponen de manifiesto un cambio importante en esta cuestión. La consideración europea de los PPNN se desarrolla ahora casi independientemente de los fundamentos constitucionales internos. Se trata de imponer desde el propio Derecho comunitario un nivel mínimo de participación parlamentaria nacional, que se recoge en el Tratado de Lisboa, pero que precisa de posteriores desarrollos.

La participación de los PPNN coadyuva a afianzar el principio democrático en la UE. La legitimidad democrática de la actuación y el sistema comunitario proviene de una doble fuente: el PE y los Gobiernos nacionales a través del Consejo (éstos aportan legitimidad territorial y legitimidad democrática indirecta). Sólo si

los PPNN participan también intensamente en el proceso decisorio, completarán los elementos fundamentales del principio democrático, porque en ellos están presentes actores que no participan directamente en el diálogo europeo (minorías, euroescépticos...)

Pero esa participación no puede presentarse como una alternativa o en detrimento del papel del PE en el marco institucional. De esto fueron muy conscientes todos ellos. El progreso en el principio democrático en la UE pasa por un empuje conjunto del PE y los PPNN, —entre otras tantas cosas, por supuesto—. Ello conlleva la necesidad de explotar los nuevos mecanismos de participación en los asuntos europeos de los que disponen los PPNN en colaboración y no en confrontación con el PE.

Hasta el momento las vías a través de las cuales se han materializado las relaciones entre el PE y los PPNN han sido varias y de distinta naturaleza: relaciones de forma multilateral o de forma bilateral; en reuniones de carácter formal o en otras de naturaleza informal; en el seno de órganos donde participaban otras instituciones o en órganos con participación exclusivamente parlamentaria; en órganos institucionalizados como la COSAC o en el seno de asambleas creadas por la práctica, etcétera. En todas ellas se puede seguir profundizando.

Esa es la línea seguida por el Tratado de Lisboa, que, como también lo hiciera el Tratado constitucional, insiste en el reconocimiento de un papel a los PPNN al estipular que “contribuirán activamente en el buen funcionamiento de la Unión” a través de diversas vías, entre ellas, a través de la cooperación interparlamentaria —PE/PPNN—, cuestión en la que insiste el *Protocolo sobre el papel de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea*.

Consideramos que la necesaria participación de los PPNN en los asuntos europeos ha de abordarse desde la cooperación e integración en el ya complejo esquema institucional de la UE. Cualquier intento de crear un nuevo órgano de participación de los PPNN podría derivar en una complejidad mucho mayor del sistema decisorio comunitario.

Esa participación de los PPNN en la UE requiere, como adelantábamos, de una colaboración, coordinación e intercambio de información con el órgano con el que comparte la legitimidad que otorgan las urnas, el PE. Pero ello no puede suplir el necesario diálogo y control que debe producirse en el seno de cada Estado entre el Gobierno (protagonista de la negociación en Europa) y la asamblea parlamentaria. Se trata de una colaboración por parte de los propios Gobiernos

nacionales que viene muy marcada por las pautas constitucionales<sup>57</sup>, pero que, como decíamos, cada vez más, constituye una exigencia del propio Derecho de la Unión. En el seno de los Estados es donde también deben resolverse otras cuestiones pendientes como, por ejemplo, la participación de los parlamentos regionales que poseen competencias legislativas en los asuntos europeos, más allá de las previsiones que al respecto puedan introducirse en los Tratados.

Además, se ha de pensar en el grado de compromiso que adquirirán los Ejecutivos nacionales respecto de la posición que pueda haber adoptado su Parlamento ante las instituciones europeas, por ejemplo, haciendo uso del sistema de alerta temprana.

Por último, tendría que reflexionarse sobre el papel que pueden desempeñar los partidos políticos en esa necesaria interrelación entre parlamentos y en la relación de éstos con los gobiernos. Los partidos políticos pueden constituirse en pieza clave como cuerda de transmisión entre los pareceres o intereses nacionales y lo que se está debatiendo en Europa. Las reuniones de los grupos políticos o partidos a escala europea con la participación de diputados de los Estados miembros y diputados del Parlamento Europeo constituyen, sin duda, una fuente de acercamiento y relación entre las instituciones parlamentarias. Esta es una cuestión de indudable interés en lo que a las relaciones interparlamentarias se refiere, pero las limitaciones de este trabajo impiden abordarla ahora.

### **Bibliografía**

Albertí Rovira, Enoch y Roig Molés, Eduard (2005), “El nuevo papel de los Parlamentos nacionales entre el Derecho Constitucional nacional y Derecho constitucional europeo”, en De Witte, Bruno y Pérez Tremps, Pablo (Directores), *Constitución Europea y Constituciones nacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 449-500.

Álvarez Conde, Enrique y López De Los Mozos, Alicia (2006): “Los parlamentos nacionales y la Unión Europea: el mecanismo de alerta temprana”, / *Revista de Derecho Político*, 65, págs. 149-188.

57. En este sentido las previsiones constitucionales de los países de la UE son muy variadas. En general, el control interno de sus gobiernos cuando actúan en dicho ámbito se ha regulado a través de diversas vías, desde el examen sistemático que lleva a cabo el *Folketing* danés, a la creación de una Comisión especializada en asuntos comunitarios de diversa naturaleza (en España la Comisión mixta para la Unión Europea), o la participación de las Regiones o Estados federados en dicho control. Se ha puesto de manifiesto la necesidad de que los parlamentarios de algunos Estados europeos interioricen, al menos pro futuro, la función que la Constitución les atribuye, de control antes que sumisión al Gobierno, reivindicando el lugar que el Parlamento merece (Matía Portilla, 2003: 217).



Aranda Álvarez, Elviro (2006): “El fortalecimiento de los Parlamentos en la Unión Europea”: la incorporación del Early Wrning System”, en Marc Carrillo y Hèctor López Bofill, */La Constitución Europea/*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 685-711.

Ares Castro-Conde, Cristina (2007): “El sistema de alerta temprana par el control del principio de subsidiariedad en la Unión Europea y los parlamentos autonómicos: diagnosis y prognosis”, */Revista de Estudios Políticos* 136, págs. 213-250.

Attinà, Fluvio (1992): *Introducción al sistema político de la Comunidad Europea*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Bermejo Garde, Moisés (2003): “Instituciones europeas y déficit democrático”, en Francesc Pau i Vall (Coord.), *Parlamentos y regiones en la construcción de Europa*, Madrid, Tecnos, págs. 121-145.

Delgado-Iribarren García-Campero, Manuel (2004): “La participación en la Unión Europea de los parlamentos nacionales en la Constitución Europea”, en Álvarez Conde y Garrido Mayol (Direct.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 761-797.

Fuentetaja Pastor, Jesús Ángel (2001): “Parlamento Europeo y Parlamentos Nacionales”, *Revista de Derecho de la Unión Europea* 1, págs. 165-184 .

Gil Ibáñez, Alberto J. (2003): “Los parlamentos nacionales y la Unión Europea: ¿primer o cuarto poder?”, en Belén Becerril y José Beneyto (Coord.), *El gobierno de Europa: diseño institucional de la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, págs. 191-234.

Liñán Nogueras, Diego (2003): “El Parlamento europeo y el papel de los Parlamentos nacionales”, en Belén Becerril y José Beneyto (Coord.), *El gobierno de Europa: diseño institucional de la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, págs. 177-190.

Matía Portilla, Francisco Javier (2003): “Parlamento Europeo y Parlamentos nacionales: doble legitimidad en el marco de la Unión Europea”, *Revista de Estudios Políticos* 119, págs. 191-220.

Matía Portilla, Francisco Javier (2008): “Democracia y representación en la

Unión Europea”, Ana Carmona (Coord.), *La Unión Europea en perspectiva constitucional*, Pamplona, Ed. Aranzadi, págs. 127-148.

Palomares Abat, Miquel (2003): “Algunas reflexiones en torno a las relaciones entre el Parlamento Europeo y los parlamentos nacionales”, *Noticias de la Unión Europea* 217, págs. 3-16.

Prieto Gutiérrez, M<sup>a</sup> Gema (2004): “Relaciones entre el Parlamento europeo y los parlamentos nacionales”, en Álvarez Conde y Garrido Mayol (Direct.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 798- 821.

Roig Molés, Eduard y Albetí Rovira, Enoch (2005): “El nuevo papel de los parlamentos nacionales entre Derecho constitucional nacional y Derecho constitucional europeo”, en Marta Cartabia, Bruno de Witte y Pérez Tremps (Direc.), *Constitución Europea y constituciones nacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 449-500.

Storini, Claudia (2005a): “Parlamentos nacionales y Tratado Constitucional Europeo”, *Ágora. Revista de Ciencias Sociales*, nº 12, págs. 227-248.

Storini, Claudia (2005b): *Parlamentos nacionales y Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Valero Jordana, Gregorio (2003): “Legitimación democrática en la Unión Europea: El Consejo y la Comisión”, en Francesc Pau i Vall (Coord.), *Parlamentos y regiones en la construcción de Europa*, Madrid, Tecnos, págs. 83-119.

Zemánek, Jirí (2003): “Improving the Union’s democratic legitimacy: the European Parliament and National Parliaments”, en Belén Becerril y José Beneyto (Coord.), *El gobierno de Europa: diseño institucional de la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, págs. 237-242.

Ziller, Jacques (2007): “El Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales”, en Iñigo Méndez de Vigo (Coord.), *¿Qué fue de la Constitución Europea?: el Tratado de Lisboa un camino hacia el futuro*, Madrid, Editorial Planeta: Universidad San Pablo CEU, págs. 85-94.

**Resumen:**

El siguiente trabajo aborda las relaciones existentes entre el Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales que pueden ser de diferente naturaleza y tenor. Las ha habido de confrontación y de colaboración, de carácter multilateral y bilateral, de modo formal como informal, con periodicidad o de forma esporádica, etc. Se pone de manifiesto como la progresiva incorporación de los Parlamentos nacionales a la escena europea, en paralelo al aumento de protagonismo del Parlamento Europeo en la escena institucional ha generado una necesidad de crear cauces de interrelación entre dichos parlamentos. Igualmente se expone como esa necesidad de relación interparlamentaria ha sido progresivamente recogida en las distintas reformas de los Tratados, en particular el proyectado por el Tratado de Lisboa.

**Palabras clave:**

Relaciones interparlamentarias, Relaciones parlamentarias multinivel, Parlamento Europeo, Parlamentos nacionales.

# PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DERECHO COMUNITARIO

**Tomás Vidal Marín**

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

## SUMARIO

1. *Introducción.*
2. *Presunción de inocencia y Derecho sancionador de la competencia en la Unión Europea: algunas cuestiones previas.*
3. *La eficacia extraprocesal de la presunción de inocencia en el ámbito comunitario.*
4. *La eficacia intraprocesal de la presunción de inocencia en el ámbito comunitario.*

## 1. Introducción

Hablar de presunción de inocencia en el Derecho Comunitario supone, sin ningún género de duda, adentrarse en el análisis y estudio de la protección de un derecho fundamental en el concreto ámbito de la Unión Europea.

De todos es sabido que la tutela de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario no es algo que se haya producido siempre. De hecho, en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas se hizo hincapié en la vertiente económica, dejando de lado la posible inclusión de un catálogo de derechos fundamentales en los mismos<sup>1</sup>. Precisamente, esta “desprotección” con carácter general de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario<sup>2</sup> produjo como consecuencia que algunos Tribunales Constitucionales nacionales, como el italiano y el francés, manifestaran su potestad para declarar la inconstitucionalidad de aquellas normas comunitarias que violasen los derechos fundamentales reconocidos en sus ordenamientos internos, lo cual no era consecuente ni coherente con las dos principales características o principios básicos que informan el ordenamiento jurídico comunitario, a saber, la primacía del Derecho Comunitario sobre los Derechos Nacionales y la aplicación uniforme de aquel en el interior de los Estados miembros. La reacción del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no se hizo esperar, de tal forma que con la sentencia de 12 de noviembre de 1969, caso *Stauder*, asistimos a un giro jurisprudencial en relación con este tema puesto que en la misma el Tribunal afirmará su competencia para tutelar o proteger los derechos fundamentales en tanto que los mismos están integrados o forman parte de los principios generales del Derecho Comunitario<sup>3</sup>. Textualmente, aseveró el Tribunal: “(...) que así interpretada, la disposición litigiosa no revela ningún elemento susceptible de poner en cuestión los derechos fundamentales de

1. A este respecto, se ha puesto de manifiesto que los Tratados Constitutivos sólo recogían las cuatro libertades comunitarias clásicas de sesgo económico (libre circulación de mercancías, de personas, de servicios y de capitales) y algunos derechos dispersos relacionados con la no discriminación por razón de nacionalidad y de sexo, con la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores y el derecho al trabajo, la seguridad social, la sindicación y la negociación colectiva o con la realización del mercado interior. Vid., Jimena Quesada, L., *Sistema europeo de derechos fundamentales*, Madrid, 2006, págs. 151 y 152.

2. Un buen ejemplo de la prácticamente nula relevancia de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario lo constituye la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 4 de febrero de 1959, caso *Stork*.

3. Robles Morchón ha puesto de manifiesto que de esta forma se pasa de una fase inhibicionista a una fase proteccionista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en lo que a derechos fundamentales se refiere. Vid., *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Madrid, 1988, págs. 43 y ss.

la persona comprendidos en los principios generales del Derecho Comunitario, cuyo respeto el Tribunal asegura (...)”. De esta forma, el TJCE otorgará protección a los derechos fundamentales con base en el propio ordenamiento jurídico comunitario.

Esta línea jurisprudencial iniciada con el caso *Stauder* se confirmará y consolidará en pronunciamientos posteriores de la Corte, en concreto en los casos *Internationale Handelsgesellschaft* y *Nold*. En el primero de ellos, dictado poco más de un año después del caso *Stauder* (17 de diciembre de 1970), el Tribunal reitera su función de tutela de los derechos fundamentales utilizando como instrumento los principios generales del Derecho Comunitario y considera a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros su fuente de inspiración<sup>4</sup>. Por su parte, en el caso *Nold* (14 de mayo de 1974), la Corte de Justicia además de hacer referencia a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros como fuente de inspiración, también hará referencia como tal a los instrumentos internacionales concernientes a la salvaguarda de los derechos humanos a los que los Estados miembros se hayan adherido o hayan cooperado<sup>5</sup>, entre los que destaca el Convenio de Roma de 1950<sup>6</sup>. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se erigirá, así, en garante de los derechos fundamentales en tanto que integrantes de los principios generales del Derecho Comunitario, utili-

4. Afirma textualmente el TJCE en esta sentencia: “(...) Que, en efecto, el respeto de los derechos fundamentales forma parte integrante de los principios generales del Derecho cuyo respeto el Tribunal de Justicia asegura; que la salvaguarda de estos derechos, aún inspirándose en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser asegurada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad (...)”.

5. Dispone literalmente la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso *Nold*: “(...) Considerando que, como el Tribunal ya lo ha afirmado, los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del Derecho cuyo respeto el asegura; que, al asegurar la salvaguarda de estos derechos, el Tribunal está obligado a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y no puede, por ello, admitir medidas incompatibles con los derechos reconocidos y garantizados por las Constituciones de estos Estados; que los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos a los cuales los Estados miembros han cooperado o se han adherido pueden igualmente aportar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del derecho Comunitario (...)”.

6. La línea jurisprudencial establecida por el alto Tribunal de la Unión Europea en la década de los 70 sigue manteniéndose plenamente vigente en la actualidad. Y como muestra un botón: en la sentencia de 20 de febrero de 2001 del Tribunal de 1ª Instancia se puede leer: “(...) según jurisprudencia reiterada, los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho cuyo respeto garantizan los órganos jurisdiccionales comunitarios. A este respecto, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de 1ª Instancia se inspiran en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. Dentro de este contexto, el Convenio Europeo de Derechos Humanos reviste un significado particular. (...)”.

zando como fuente de inspiración tanto las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros como el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Esta doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas pasó a formar parte del Derecho originario comunitario al establecerse expresamente en el Tratado de la Unión Europea. Así, en el antiguo artículo F, apartado 2, del Tratado de la Unión podía leerse: “La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario”. Y en el actual apartado 3 del artículo 6 del precitado Tratado se estipula: “Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”.

Hoy en día, sin embargo, la tutela de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario no acaba aquí. Y no acaba aquí porque como consecuencia de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se ha dotado de eficacia jurídica vinculante a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Niza el 7 de diciembre de 2000. En efecto, según dispone el artículo 6, párrafo 1, del Tratado de la Unión Europea, ésta “reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (...), la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”<sup>7</sup>. El paso de una mera declaración de derechos sin valor jurídico a una declaración dotada de vinculatoriedad jurídica ha tenido sus consecuencias, sobre todo, y por lo que ahora nos importa, porque en la propia Carta se establece que los derechos en ella reconocidos que correspondan a derechos reconocidos en el Convenio de Roma de 1950 tendrán el mismo alcance y sentido

7. Dispone el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea en su párrafo 1: “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.”

que estos, sin perjuicio de que la Unión podrá concederles un mayor ámbito de protección<sup>8</sup>. En definitiva, y para aquellos derechos que se prevean en ambos instrumentos normativos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos constituirá el umbral mínimo de protección de aquellos. De esta forma, y en lo que a estos derechos se refiere, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas habrá de tener en cuenta necesariamente la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la hora de determinar el alcance de la protección otorgada a aquellos<sup>9</sup>. Ahora bien, a partir de ese umbral mínimo, el Tribunal de Luxemburgo dispone de libertad en la configuración de tales derechos fundamentales y ello porque, como de todos es sabido, el Convenio Europeo no forma parte del Derecho Comunitario ya que, a pesar de lo dispuesto en el artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea<sup>10</sup>, la Unión todavía no se ha adherido al mismo. Y de esta libertad también goza la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas cuando se trate de derechos incorporados a la Carta y que los mismos no encuentren correspondencia en los derechos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Precisamente, el presente trabajo tiene por objeto determinar el alcance de la protección que en el ámbito del ordenamiento jurídico comunitario se ha otorgado a un derecho fundamental de primer orden como es el derecho a la presunción de inocencia. Para ello tendremos en cuenta la jurisprudencia que sobre el mismo ha elaborado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y hasta qué punto la misma se adecúa a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, habida cuenta que este es uno de esos derechos que aparece previsto tanto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

8. Establece literalmente el apartado 3 del artículo 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”.

9. Creo que de esta forma se ha eliminado la posible amenaza de “guerra” en materia de derechos fundamentales entre los dos grandes Tribunales Europeos, habida cuenta que con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Convenio Europeo sólo constituía una fuente de inspiración para la Corte de Justicia, la cual, por tanto, no estaba obligada normativamente a seguir la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

10. Dispone el artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea: “La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados”.



## ***2. Presunción de inocencia y Derecho sancionador de la competencia en la Unión Europea: algunas cuestiones previas***

El artículo 48.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea señala que “todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente”. Es manifiesta la influencia que en la redacción de este precepto ha tenido el artículo 6.2 del Convenio de Roma el cual dispone que “toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”.

Sin embargo, y a pesar de lo dicho, considero más acertada la redacción contenida en este último precepto habida cuenta del empleo del término “infracción”, puesto que de esta forma se denota que el ámbito de aplicación de este derecho fundamental no se reduce sólo al campo del Derecho Penal, sino que se extiende también al del Derecho Administrativo sancionador. Por decirlo con otras palabras, el derecho a la presunción de inocencia no sólo entrara en juego cuando estemos en presencia de un ilícito penal, sea delito o falta, sino que también entrara en juego cuando de un ilícito administrativo se trate. En definitiva, cuando una organización estatal o supraestatal ponga en marcha su potestad sancionatoria será de aplicación el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Este tema ya fue tratado por la Comisión europea en el concreto ámbito del Derecho de la Competencia, esto es, en el marco de un procedimiento administrativo sancionador. En efecto, y refiriéndose al art. 6.1 de la Convención y no al art. 6.2, pero considero perfectamente trasladable sus consideraciones a este último precepto citado, en el *affaire Société Stenuit c. France* aquella consideró que teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción, la legislación francesa en materia de competencia tenía “un aspecto penal (...) desde la perspectiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos”. Se oponía de esta forma a las argumentaciones tanto del Ministro de Economía y Finanzas francés como del Consejo de Estado galo, los cuales habían afirmado que la sanción antimonopolio impuesta a la sociedad Stenuit era una sanción pecuniaria de tipo administrativo, sin constituir una sanción de naturaleza penal. Se observa como en la opinión de la Comisión estos derechos previstos en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos son perfectamente aplicables en el Derecho Sancionador de la Competencia y, por tanto, en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador. Ahora bien, para Estrasburgo la aplicación del artículo 6 del Convenio de Roma en el concreto ámbito del procedimiento administrativo sancionador dependerá de que la infracción litigiosa tenga naturaleza penal. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dejó claro

en los casos *Öztürk c. Allemagne* y *Lutz c. Allemagne*<sup>11</sup> que había que determinar si la contravención administrativa revestía o no carácter penal a los efectos de considerar aplicable el artículo 6.2 del Convenio de 1950, precepto este que consagra justamente la presunción de inocencia.

Esta jurisprudencia establecida por la Corte de Estrasburgo ha sido acogida también en el ámbito del Derecho Comunitario, en concreto en el marco del Derecho Sancionador de la competencia. En efecto, en el caso *Montecatini SpA c. Comisión*, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, basándose, entre otras, en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos emitida en el caso *Öztürk*, ha dejado expresamente establecido que teniendo en cuenta la naturaleza de las infracciones y la naturaleza y el grado de severidad de las correspondientes sanciones, “el principio de la presunción de inocencia se aplica también en los procedimientos relativos a violaciones de las normas sobre competencia aplicables a las empresas que puedan dar lugar a la imposición de multas o multas coercitivas”. Y esta doctrina jurisprudencial ha sido acogida también, como no podía ser de otra forma, por el Tribunal de Primera Instancia<sup>12</sup>.

A la vista de lo expuesto hasta ahora, una cosa debe quedar clara: tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como los Tribunales Comunitarios consideran de aplicación el derecho a la presunción de inocencia en el marco de procedimientos administrativos sancionadores que revistan o tengan carácter penal, entre los que se encuentran los procedimientos administrativos de defensa de la competencia.

La pregunta que inmediatamente nos surge es lo acertado o no de esta jurisprudencia europea en el sentido de que el derecho mencionado entra en juego en el ámbito del derecho comunitario de la competencia habida cuenta de la naturaleza penal que tienen los procedimientos administrativos sancionadores en dicho ámbito. Es decir, ¿el criterio de la naturaleza penal del procedimiento sancionador es el criterio mejor y más adecuado para determinar el ámbito de aplicación del derecho a la presunción de inocencia? Considero que ello no es así. Hacer

11. Señala en este último caso la Corte: “*Pour déterminer si la contravention administrative commise par M. Öztürk relevait ou non de la matière pénale, la Cour se référait aux critères retenus dans son arrêt Engel et autres du 8 juin 1976(...). Elle les résumait ainsi: “(...) il importe d’abord de savoir si le texte définissant l’infraction en cause ressortit ou non au droit pénal d’après la technique juridique de l’Etat défendeur; il y a lieu d’examiner ensuite, eu égard à l’objet et au but de l’article 6 (art. 6), au sens ordinaire de ses termes et au droit des États contractants, la nature de l’infraction ainsi que la nature et le degré de gravité de la sanction que risquait de subir l’intéressé”.*

12. A mero título ejemplificativo, vid. el caso *JFE Engineering Corp. c. Comisión*.

depender el ámbito de aplicación del derecho a la presunción de inocencia del carácter penal del procedimiento administrativo sancionador creo que supone adentrarse en un terreno resbaladizo atribuyendo al órgano juzgador la determinación de cuando concurre o no aquella circunstancia en función de sus apreciaciones sobre la naturaleza de la infracción y la naturaleza y severidad de las sanciones correspondientes. El principio de seguridad jurídica parece no ser buen compañero de viaje de la aplicación de la presunción de inocencia a un procedimiento administrativo sancionador dependiendo de la naturaleza penal del mismo. Considero, por ello, que un criterio más adecuado para determinar la entrada en juego de la presunción de inocencia sería el criterio del ejercicio del *ius puniendi* por parte de una organización estatal o supraestatal. Dicho de otra forma, el derecho a la presunción de inocencia es un derecho fundamental que debe entrar en juego cuando se ponga en marcha el poder punitivo de una organización estatal o de una organización supraestatal; poder punitivo por virtud del cual éstas organizaciones tratan de imponer una sanción normativamente prevista de forma coactiva, teniendo por finalidad la misma imponer un castigo<sup>13</sup>. Este criterio del ejercicio del *ius puniendi* encontraría además apoyo en el propio tenor literal del artículo 6.2 del Convenio de Roma el cual emplea el término “infracción” para delimitar el ámbito de aplicación de la presunción de inocencia, infracción que puede ser de naturaleza penal y de naturaleza administrativa.

### **3. La eficacia extraprocesal de la presunción de inocencia en el ámbito comunitario**

La presunción de inocencia en el ámbito del Derecho sancionador de la competencia europeo no entra en juego únicamente como garantía procesal (y que analizaremos a continuación) sino que su eficacia se extiende más allá del estricto marco del proceso, esto es, estamos en presencia de un derecho al que se dota de eficacia extraprocesal. En efecto, en la sentencia de 8 de julio de 2008, el Tribunal

13. A este respecto, señala Ovejero Puente que el criterio del *ius puniendi* está directamente conectado con la idea original de presunción de inocencia como derecho del ciudadano frente al Estado represor.

Por lo demás, indica esta autora que admitir que la presunción de inocencia se aplica al proceso administrativo sancionador supone, por tanto, admitir una excepción a la relación existente entre presunción de inocencia y garantía jurisdiccional porque se admite que en estos casos se puede castigar al ciudadano sin que su culpabilidad haya sido declarada por un juez, sino por otro órgano. Supone, en definitiva, admitir que no se exigirá intervención del juez para poder limitar punitivamente derechos. En estos supuestos sólo se mantiene la relación entre presunción de inocencia y procedimiento debido como exigencia previa a la imposición sancionatoria del Estado. Vid., *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*, Valencia, 2006, págs. 102 y 103.

de primera instancia, caso Y. Franchet y D. Byk contra Comisión<sup>14</sup>, ha manifestado de manera expresa que el principio de presunción de inocencia no se “limita a una garantía procesal en materia penal”, sino que su “alcance es mayor y exige que ningún representante del Estado declare que una persona es culpable de una infracción antes de que su culpabilidad haya sido acreditada por un Tribunal”.

¿Cuál es el motivo por el que la jurisprudencia comunitaria ha extendido el ámbito del derecho a la presunción de inocencia más allá del ámbito estrictamente procesal?

Según se desprende de la precitada sentencia del Tribunal de Primera Instancia, reconociendo la eficacia extraprocesal del derecho a la presunción de inocencia se consigue impedir que los órganos juzgadores a la hora de desempeñar sus funciones partan de la idea preconcebida de que el acusado ha sido quien ha llevado a cabo el acto de que se le acusa. *“La presunción de inocencia se menoscaba mediante declaraciones o decisiones que reflejen el sentimiento de que la persona es culpable, que inciten al público a creer en su culpabilidad o que prejuzguen la apreciación de los hechos por el juez competente”*<sup>15</sup>

De esta forma se pone de manifiesto claramente como en este terreno la jurisprudencia comunitaria ha acogido de manera expresa la jurisprudencia establecida al respecto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual en la ya clásica sentencia de 10 de febrero de 1995, caso *Allenet de Ribemont* contra Francia, dejó sentado que un atentado a la presunción de inocencia puede proceder no sólo de un juez o de un Tribunal sino también de otras autoridades públicas. A este respecto, la Corte Europea ha subrayado la importancia de elegir por los agentes del Estado los términos empleados en las declaraciones que ellos hagan antes de que una persona haya sido juzgada y considerada culpable de una infracción<sup>16</sup>, siendo, no obstante, lo relevante a los efectos de la aplicación del art. 6.2 del Convenio, el sentido real de las declaraciones en cuestión y no su forma

14. Los hechos que dieron origen a este pronunciamiento fueron las filtraciones a la prensa que desde la OLAF (Oficina Europea de lucha contra el Fraude) se hicieron sobre las irregularidades en la gestión

15. Además de en el caso Y. Franchet y D. Byk contra Comisión, la jurisprudencia comunitaria ha considerado de aplicación el derecho a la presunción de inocencia fuera del proceso en la sentencia de 12 de octubre de 2007 y en la sentencia de 6 de julio de 2000. En esta última señala de manera expresa: “(...) Manifiestamente la Comisión no respeta dicha presunción cuando comunica a la prensa el veredicto sometido a deliberación del comité consultivo y del colegio de comisarios antes de condenar formalmente a la empresa acusada”.

16. Vid. la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 2004, caso Y.B. y otros contra Turquía.

literal. Asimismo, para determinar si las declaraciones de una autoridad pública constituyen una violación del principio de presunción de inocencia hay que tener en cuenta, a juicio del Tribunal, las circunstancias particulares en las cuales aquellas han tenido lugar<sup>17</sup>. Esta interpretación del artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos la justifica el Tribunal en el hecho de que aquel debe ser interpretado de forma que se garanticen derechos concretos y efectivos, y no derechos meramente teóricos e ilusorios<sup>18</sup>.

Ahora bien, siendo cierto lo anterior, considero que no es menos cierto que puesto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha incluido los elementos que tradicionalmente han configurado la presunción de inocencia dentro del derecho a un proceso justo previsto en el artículo 6.1 del Convenio de Roma, es decir, considera la presunción de inocencia en tanto que garantía procesal incluida en el artículo 6.1 del Convenio donde se consagra justamente el derecho a un juicio justo o proceso equitativo, se hacía preciso dotar de contenido al principio de presunción de inocencia tal y como aparece formulado en el artículo 6.2 del Convenio, so pena de tener que asumir que lo previsto en el apartado segundo del tantas veces citado artículo 6 ha quedado reducido a la nada habida cuenta de la interpretación llevada a cabo por la Corte. En cualquier caso, y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a lo preceptuado en el artículo 6.2 del Convenio de Roma, el contenido de este precepto se concreta en extender el ámbito protegido por la presunción de inocencia fuera del proceso concediendo protección al que es simplemente sospechoso e impidiendo, por tanto, que se le considere como culpable hasta que el órgano competente haya declarado su culpabilidad.

Conceder eficacia extraprocesal a la presunción de inocencia constituye, sin duda, un claro límite al ejercicio de las libertades de expresión e información de las autoridades públicas en relación con la culpabilidad del que en principio es sólo sospechoso de la comisión del hecho ilícito. Es por ello por lo que resulta necesario encontrar un equilibrio entre ambos derechos fundamentales; equilibrio al que en términos genéricos se refiere el propio Tribunal de 1ª Instancia de las Comunidades Europeas al señalar, siguiendo también en este punto la jurisprudencia sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Hu-

17. Vid. la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 2004, caso Y.B. y otros contra Turquía.

18. Esta afirmación puede verse en el caso *Allenet de Ribemont* contra Francia: “(...) *que la Convention doit s'interpréter de façon a garantir des droits concrets et effectifs, et non théoriques et illusoires*”.

manos<sup>19</sup>, que reconocer eficacia extraprocesal a la presunción de inocencia no puede traducirse en impedir a las autoridades públicas que informen a la sociedad sobre investigaciones penales en curso; ahora bien, en lo que si se traduce es en la exigencia de que aquellas autoridades informen al público sobre tales investigaciones con toda la discreción y toda la reserva que requiere el respeto a aquel derecho fundamental. Se atribuye, pues, a los órganos judiciales o a los órganos administrativos, en su caso, un grado de discrecionalidad bastante elevado para decidir, en cada caso concreto y atendiendo a las circunstancias particulares en que se hayan producido las declaraciones, si éstas se han realizado con la discreción y reserva exigidos por la presunción de inocencia.

La justificación ofrecida por el Juzgador comunitario, acogiendo, en definitiva, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para otorgar eficacia extraprocesal al derecho a la presunción de inocencia recogida tanto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como en el Convenio de Roma, no podemos sino valorarla de forma positiva. En efecto, es de esta forma como se consigue impedir que el órgano encargado de imponer una sanción por la comisión de un hecho ilícito parta de la idea previa de que el simplemente sospechoso es ya culpable y, por tanto, se dota de verdadera eficacia al derecho fundamental a la presunción de inocencia. Es por ello por lo que no podemos compartir la opinión de aquella corriente doctrinal que considera que desde una perspectiva jurídica la presunción de inocencia es sólo una garantía procesal, es decir, sólo desplegaría sus efectos en el marco de un procedimiento que pudiera derivar en la aplicación de una sanción o en la restricción de derechos fundamentales. Y ello porque, aparte de tratarse de una simple garantía jurisdiccional, la inocencia o la culpabilidad de una persona, se afirma, sólo se pone en juego en el marco de un proceso y además, porque considerada en su condición de regla de tratamiento, su transgresión sólo puede producirse por actuaciones procesales que presupongan la culpabilidad del imputado<sup>20</sup>.

19. Pueden verse, entre otras, las ya citadas sentencias de 10 de febrero de 1995, caso *Allenet de Ribemont* contra Francia, y de 28 de octubre de 2004, caso *Y.B.* y otros contra Turquía. En este último pronunciamiento se señala textualmente: “*Certes, la Cour reconnaît que l’article 6.2 ne saurait empêcher, au regard de l’article 10 de la Convention, les autorités de renseigner le public sur des enquêtes pénales en cours, mais il requiert qu’elles le fassent avec toute la discrétion et toute la réserve que commande le respect de la présomption d’innocence(...). De même, c’est au regard de la nature de l’infraction en cause et des circonstances particulières de l’affaire qu’elle admet que la publication de photographies représentant dees suspects, objet d’une procédure pénale, ne saurait par elle même constituer une méconnaissance de la présomption d’innocence (...)*”.

20. Vid. en este sentido, Fernández López, M., *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid, 2005, págs. 108 y ss.

Es más, este sector doctrinal ahora mencionado afirma que los pretendidos ataques a la presunción de inocencia provenientes de otros ámbitos se persiguen a través de otras vías como por ejemplo los delitos contra el honor, pero no constituyen quiebras de este derecho fundamental. Como ha quedado suficientemente expuesto, reconociendo eficacia extraprocesal a la presunción de inocencia por parte de la jurisprudencia comunitaria lo que se persigue es impedir que cualquier autoridad pública realice declaraciones que hagan creer que una persona es culpable de una infracción antes que su culpabilidad haya sido declarada por el órgano competente, tras seguirse el procedimiento establecido al efecto. Por tanto, su finalidad principal es la exigencia de considerar a determinada persona como inocente por parte de los poderes públicos, hasta que se demuestre lo contrario por quien es legalmente competente, impidiendo así que este parta de la idea preconcebida de que aquella es culpable. De esta forma, resulta obvio que indirectamente también aparecen protegidos otros derechos fundamentales, como sería el caso del derecho al honor, pero sólo indirectamente, teniendo este derecho fundamental sus mecanismos específicos de protección.

#### ***4. La eficacia intraprocesal de la presunción de inocencia en el ámbito comunitario***

El marco natural en el que el derecho a la presunción de inocencia despliega su eficacia es en el interior del proceso penal o procedimiento administrativo sancionador. En este sentido, es tradicional en la doctrina<sup>21</sup> señalar que en tanto que derecho subjetivo del imputado, la presunción de inocencia actúa en el seno de aquellos, por lo que ahora nos interesa, como regla de tratamiento, como regla probatoria y como regla de juicio.

¿Los Tribunales de Justicia de las Comunidades Europeas han configurado en el ámbito del Derecho sancionador de la Competencia la presunción de inocencia con el alcance o contenido indicado?

Considero que la respuesta a este interrogante no puede contestarse sino de forma afirmativa. Veámoslo.

En primer lugar, el derecho a la presunción de inocencia tal y como es reconocido en el artículo 48.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión

21. Vid, por todos, Fernández López, M., *Prueba y . op. cit.*, pag. 117.

Europea y en el artículo 6.2 del Convenio de Roma en el sentido de que cualquier acusado ha de presumirse inocente hasta que sea declarado legalmente culpable, como no podía ser de otra forma, está imponiendo la obligación de que en el curso del procedimiento sancionador, ha de tratarse a la empresa imputada como si fuera inocente. Es de esta forma, como la presunción de inocencia prohíbe que durante el procedimiento administrativo sancionador se adopten medidas tendentes a considerar que la empresa imputada es culpable y consecuentemente que se adopte cualquier tipo de resolución que suponga una anticipación de la sanción.

Sobre este aspecto de la presunción de inocencia carece de sentido detenerse más, habida cuenta de su obviedad. Si nadie puede ser considerado culpable hasta que su culpabilidad sea legalmente declarada, carecería de toda lógica que fuera tratado como tal en el seno del procedimiento sancionador.

En segundo lugar, la presunción de inocencia constituye una regla probatoria en el seno del procedimiento administrativo sancionador de la competencia. De todos es sabido que este derecho fundamental impone una serie de requisitos o exigencias en relación con los medios de prueba practicados; exigencias o requisitos que devienen necesarios para poder considerar que la presunta inocencia ha sido destruida y que, por tanto, el imputado es culpable. Ciñéndonos al ámbito del procedimiento sancionador de la competencia, la jurisprudencia comunitaria ha sido bastante explícita en relación con este tema, exigiendo para poder considerar culpable a una empresa de una infracción en materia de competencia que haya existido una actividad probatoria suficiente, actividad probatoria que ha de ser llevada a cabo por la Comisión y que tales pruebas se hayan obtenido de modo regular.

En lo que se refiere a la exigencia de una actividad probatoria suficiente para que la Comisión y el Tribunal consideren evidente tanto la existencia del hecho constitutivo de la infracción como la responsabilidad de la empresa imputada, en la sentencia de 8 de julio de 2004 afirma el Tribunal de 1ª Instancia: “(...) en un recurso de anulación contra una decisión de la Comisión que constata la existencia de una infracción de las normas sobre la competencia e impone multas a sus destinatarios, el papel del juez al que se ha sometido el asunto consiste en valorar si las pruebas y demás circunstancias invocadas por la Comisión en su Decisión bastan para acreditar la existencia de la infracción”. Y en la sentencia de 5 de abril de 2006, el mismo Tribunal afirmará: “(...) debe determinarse si las pruebas documentales en las que se basó la Comisión pueden demostrar suficientemente con arreglo a Derecho que la demandante participó en una infracción del Derecho de la Competencia (...)”. Se pone así claramente de manifiesto como nuestra jurisprudencia comunitaria también ha configurado la presunción de inocencia como



presunción *iuris tantum*, puesto que la misma puede ser desvirtuada a través de dicha actividad probatoria suficiente en el correspondiente procedimiento administrativo de la Competencia.

La pruebas de cargo, esto es, la pruebas que desvirtúan la presunción de inocencia han de ser, según el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, precisas y concordantes, sin que ello suponga el rechazo de la validez de las pruebas indiciarias, sino todo lo contrario, estas últimas pruebas también pueden demostrar la existencia de una infracción de las normas de la competencia. En la sentencia de 27 de septiembre de 2006 afirmó el Tribunal de 1ª Instancia que “(...) es necesario que la Comisión se refiera a pruebas precisas y concordantes para demostrar la existencia de la infracción (...). Sin embargo, debe señalarse que no todas las pruebas aportadas por la Comisión deben necesariamente responder a dichos criterios por lo que respecta a cada elemento de la infracción. Basta que la serie de indicios invocada por la institución, apreciada globalmente, responda a dicha exigencia (...)”.

Cuando el/los Tribunales europeos se refieren a pruebas precisas y concordantes entendemos que están haciendo referencia a aquellas pruebas que recaen directamente sobre los hechos determinantes para considerar responsable de la infracción a la empresa imputada. Sin embargo, no son estas pruebas las más prolíficas en los procedimientos administrativos sancionadores de la competencia, sino que en estos procedimientos son más abundantes las llamadas pruebas indiciarias, lo cual no puede resultar extraño si tenemos en cuenta que cuando una empresa o varias empresas acometen prácticas vulneradoras de las normas sobre la competencia tratan de hacerlo de la forma menos “visible”. En este sentido, es sumamente explícito el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el cual en la sentencia de 25 de enero de 2007 ha afirmado que “(...) es habitual que las actividades que los acuerdos y prácticas contrarios a la competencia implican se desarrollen clandestinamente, que las reuniones se celebren en secreto y que la documentación al respecto se reduzca a lo mínimo. De ello resulta que, aunque la Comisión descubra documentos que acrediten explícitamente un contacto ilícito entre operadores, dichos documentos sólo tendrán carácter fragmentario y disperso, de modo que con frecuencia resulta necesario reconstruir algunos detalles por deducción. En consecuencia, en la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia debe inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (...)”. De lo ahora transcrito se desprende claramente que las pruebas indiciarias son aquellas encaminadas a demostrar la existencia de unos

hechos que no son los constitutivos de la infracción, sino de los que puede deducirse esta y la participación de las empresas imputadas habida cuenta del nexo causal existente entre los indicios y el hechos o los hechos constitutivos de la infracción. Dicho de otra forma, la prueba indiciaria no tiene por objeto el hecho que se pretende probar, sino otros u otros que sirven para demostrar aquel a través de un proceso deductivo.

Entre los requisitos exigidos expresamente por la jurisprudencia comunitaria para considerar a la prueba indiciaria como prueba de cargo es que los indicios existentes han de ser apreciados globalmente, en su conjunto, así como que es necesaria la concurrencia de una pluralidad de indicios (sentencia de 26 de abril de 2007, del Tribunal de 1ª Instancia). Sin embargo, llama la atención que no requiera que los indicios sean fiables; requisito éste fundamental de la prueba indiciaria y que permitiría evitar que la misma se construyera sobre la base de meras sospechas.

Por su parte, y puesto que la presunción de inocencia en el ámbito del Derecho de la competencia se traduce en que toda empresa sometida a un procedimiento administrativo sancionador es inocente hasta que no se demuestre lo contrario mediante la correspondiente decisión de la Comisión en la que habrán de estar concretados los hechos constitutivos de la infracción y la responsabilidad de las empresas en la misma, resulta obvio, por lógico, que sea el órgano que acusa (la Comisión) la encargada de probar aquellos. En este sentido, en la sentencia de 25 de octubre de 2005 del Tribunal de 1ª Instancia puede leerse que “(...) procede recordar que, en lo que respecta a la aportación de la prueba de una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, incumbe a la Comisión probar las infracciones que constate y aportar las pruebas que acrediten de modo suficiente en Derecho la existencia de hechos constitutivos de una infracción (...)”<sup>22</sup>.

Finalmente, la última exigencia requerida por la jurisprudencia comunitaria para poder considerar culpable a una empresa de una infracción en materia de Derecho de la Competencia es que la actividad probatoria llevada a cabo se haya obtenido de modo regular. En definitiva, pues, toda sanción administrativa por in-

22. Son muy numerosas las sentencias de los Tribunales de las Comunidades Europeas que afirman que la carga de la prueba incumbe a la Comisión. Por añadir sólo alguna más que la indicada *supra*, en la sentencia de 5 de abril de 2006, el Tribunal de 1ª Instancia reitera: “(...) cuando existe un litigio sobre la existencia de una infracción de las normas sobre la competencia, la Comisión, sobre quien recae la carga de la prueba de las infracciones que afirme haber descubierto, debe aportar pruebas adecuadas para demostrar suficientemente con arreglo a Derecho la existencia de hechos que constituyen la infracción(...)”

fracción de las normas de competencia comunitarias habrá de ir precedida de una actividad probatoria suficiente; actividad probatoria que ha debido obtenerse conforme a Derecho. Como ha señalado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>23</sup>, “el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre los hechos ni, en principio, para examinar las pruebas que el Tribunal de 1ª Instancia haya admitido en apoyo de éstos”, añadiendo a renglón seguido que “siempre que dichas pruebas se hayan obtenido de modo regular y se hayan observado los principios generales del Derecho y las normas procesales aplicables en materia de carga y de valoración de la prueba, corresponde únicamente al Tribunal de 1ª Instancia apreciar la importancia que debe atribuirse a los elementos que le hayan sido presentados”.

En tercer lugar, el derecho a la presunción de inocencia también constituye una regla de juicio en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador de la competencia. De cuanto llevamos dicho hasta ahora se desprende que, considerada como regla probatoria, la presunción de inocencia exige que la actividad probatoria reúna ciertos requisitos para que pueda fundamentar la imposición de la correspondiente sanción administrativa. Sin embargo, en su condición de regla de juicio, la presunción de inocencia actúa como criterio que permite decidir en esos supuestos en los que el órgano competente no ha alcanzado la certidumbre sobre la culpabilidad de la empresa o empresas imputadas.

En efecto, la presunción de inocencia como regla de juicio o *indubio pro reo* impide la imposición de una sanción que no vaya precedida de la certeza de la culpabilidad, habida cuenta que la duda en el ánimo, en este caso, de la Comisión debe concluir con un pronunciamiento absolutorio. De esta forma, la presunción de inocencia como regla de juicio entra en juego en un momento posterior a la presunción de inocencia como regla probatoria, esto es, tras la valoración de la prueba obtenida conforme a Derecho, esta valoración impide a la Comisión llegar a la certidumbre de que la empresas o empresas de que se trate son las responsables de la realización del o de los hechos constitutivos de la infracción de las normas sobre la competencia puesto que la actividad probatoria realizada es insuficiente. En supuestos así, la duda debe beneficiar a la empresa o empresas imputadas por aplicación de la presunción de inocencia.

Y esto que acabamos de poner de manifiesto constituye doctrina consolidada de los Tribunales de las Comunidades Europeas. Así, en la sentencia de 27 de

23. Vid. la sentencia de 21 de septiembre de 2006.

septiembre de 2006, el Tribunal de 1<sup>a</sup> Instancia afirma que “en lo que respecta a la práctica de la prueba de una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, (...) incumbe a la Comisión probar las infracciones que declare y determinar los elementos probatorios aptos para demostrar de modo suficiente en Derecho la existencia de hechos constitutivos de una infracción. La existencia de una duda en el ánimo del juez debe favorecer a la empresa destinataria de la decisión mediante la que se declara una infracción. Por lo tanto, el juez no puede decidir que la Comisión ha acreditado la existencia de la infracción de que se trate de modo suficiente en Derecho si sigue albergando dudas sobre esta cuestión, en particular cuando conoce de un recurso de anulación de una decisión mediante la que se impone una multa”<sup>24</sup>.

En definitiva, la consideración de la presunción de inocencia como regla probatoria y como regla de juicio supone admitir la existencia de dos momentos en la valoración de la prueba. En un primer momento, el órgano competente debe determinar si se ha llevado a cabo una actividad probatoria de cargo obtenida de forma regular y observando los principios generales del Derecho y las normas procesales aplicables en materia de carga y de valoración de la prueba. Si ello es así, comenzará el segundo momento de la valoración, cuya finalidad es, precisamente, determinar si dicha actividad probatoria es suficiente o no para imponer la correspondiente sanción, es decir, si aquella permite inferir o no la culpabilidad más allá de toda duda razonable.

Por tanto, debe quedar claro que el tradicional principio *indubio pro reo* forma parte del contenido del derecho a la presunción de inocencia en el ámbito del Derecho Comunitario Sancionador de la Competencia, estando vedada la sanción dubitativa. A la vista de lo expuesto ahora, no podemos compartir la opinión de aquellos sectores doctrinales que, en términos generales, consideran que presunción de inocencia e *indubio pro reo* son principios distintos puesto que la presunción de inocencia crea en favor de los ciudadanos un verdadero derecho subjetivo a ser considerados inocentes de cualquier infracción jurídica, hasta que se presente prueba suficiente para desvirtuar aquella; en cambio, el *indubio pro reo* es una norma de interpretación dirigida al juzgador que opera en aquellos otros casos en los que habiéndose practicado prueba bastante, no obstante la misma deja dudas en el ánimo del juzgador sobre la culpabilidad del imputado<sup>25</sup>.

24. Pueden verse en el mismo sentido las sentencias de 8 de julio de 2004 y de 25 de octubre de 2005.

25. En este sentido, vid. Jaén Vallejo, M., *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, pág. 19.

La presunción de inocencia como regla de juicio, repetimos, impone al órgano acusador la necesidad de demostrar la realidad de la infracción cometida más allá de toda duda razonable.

Pues bien, hasta aquí el contenido propio o autónomo que la jurisprudencia comunitaria ha otorgado hasta ahora al derecho a la presunción de inocencia; contenido distinto al que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dado al mismo. En efecto, el contenido propio que el Tribunal de Estrasburgo ha concedido a la presunción de inocencia es bastante limitado y ello como consecuencia de considerar que aquella está integrada dentro de un más amplio derecho que sería el derecho a un juicio justo o derecho a un proceso equitativo. En este sentido, en la sentencia de 20 de marzo de 2001 el Tribunal recuerda que “(...) como norma general, corresponde a los Tribunales nacionales el evaluar las pruebas que se les presentan, mientras que corresponde al Tribunal establecer si el procedimiento, considerado en su conjunto, fue justo, lo cual (...) incluye el cumplimiento de la presunción de inocencia”. A este respecto, es de destacar que todo lo atinente a los requisitos exigidos para llevar a cabo la práctica así como la valoración de la prueba y que permiten al órgano competente declarar la culpabilidad del imputado no se ha considerado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos un elemento derivado o impuesto por la presunción de inocencia, sino que tales aspectos, a juicio de este Tribunal, formarían parte del más amplio derecho a un juicio justo previsto en el artículo 6.1 del Convenio de Roma. “El Tribunal “, afirma el Tribunal de Estrasburgo en la sentencia de 27 de mayo de 2010 (caso Berhani contra Albania), “reitera desde el principio que la admisibilidad de las pruebas se regula primariamente a través de las normas legales domésticas, por norma son los tribunales nacionales los que evalúan las pruebas que se les presentan, establecen los hechos e interpretan la legislación doméstica. El Tribunal en principio no interviene, salvo que las decisiones alcanzadas por los Tribunales domésticos puedan parecer arbitrarias o manifiestamente poco razonables y siempre y cuando el procedimiento en su conjunto sea justo tal como lo requiere el artículo 6.1”<sup>26</sup>.

26. En este pronunciamiento concluye el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señalando: “Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, el Tribunal considera que los procedimientos ante los Tribunales domésticos, no cumplieron los requisitos de equidad que exige el artículo 6.1 del Convenio”.

En relación con este tema, señala Ovejero, *op. cit.*, pág. 266, que para Estrasburgo la protección de la actividad probatoria realizada ante un juez se reconoce en relación al artículo 6.1 del Convenio de Roma (garantía general de equidad) y no al artículo 6.2 (presunción de inocencia); e igualmente, la condena sin pruebas se considera en relación con la parcialidad del juez y el derecho al juez imparcial (artículo 6.1 del Convenio) y no como vulneración del artículo 6.2.

Por lo demás, en diversos pronunciamientos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado cual sería el contenido del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 6.2 del Convenio de Roma. En concreto, el Tribunal ha manifestado que dicho derecho incluye, entre otras cosas:

La prohibición de que el Tribunal tenga una idea preconcebida acerca de la culpabilidad del imputado

La imposición de la carga de la prueba a la acusación

La duda debe beneficiar al acusado.

Buena prueba de lo dicho ahora, lo podemos ver en la ya citada sentencia de 20 de marzo de 2001, caso Telfner contra Austria, donde el Tribunal expresamente afirma: “El artículo 6.2 exige *inter alia* que en el desempeño de su labor, los miembros del Tribunal no partan de la idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa; el peso de la prueba recae sobre el Ministerio Fiscal y cualquier duda debe beneficiar al acusado”<sup>27</sup>. Ahora bien, considerada en esta perspectiva la presunción de inocencia, es decir, como garantía procesal, el Tribunal también ha manifestado que la misma estaría incluida dentro del más amplio derecho a la obtención de la equidad en los procesos o derecho a un juicio justo, previsto en el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Así, en la sentencia de 27 de septiembre de 2007, caso Vassilios Stravropoulos contra Grecia, el Tribunal de Estrasburgo recuerda de nuevo que “(...) la presunción de inocencia, consagrada por el párrafo 2 del artículo 6, figura entre los elementos del proceso penal justo exigido por el párrafo 1 de la misma disposición”.

A la luz de todo lo expuesto hasta aquí, bien podemos ratificar la idea que poníamos de manifiesto en las páginas que nos preceden, tal es que la protección otorgada directamente por el artículo 6.2 del Convenio de Roma donde aparece consagrada la presunción de inocencia hace referencia al ámbito extraprocesal, protegiéndose al que es simplemente sospechoso e impidiendo, por tanto, que se le considere como culpable hasta que el órgano competente haya declarado su culpabilidad. Esto es, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el único contenido realmente autónomo de la presunción

27. Idéntico razonamiento puede verse en la sentencia de 6 de diciembre de 1988, caso Barberá, Messegué y Jabardo contra España.

de inocencia reconocida en el artículo 6.2 del Convenio de Roma sería el referente al precitado ámbito extraprocésal<sup>28</sup>.

**Palabras clave**

Presunción de inocencia, Derecho Comunitario, Derecho de la Competencia.

**Key words**

Presumption of innocence, European Law, Antitrust Law

**Resumen**

El presente artículo analiza el contenido con que en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador de la competencia la jurisprudencia comunitaria ha configurado el derecho a la presunción de inocencia reconocido y garantizado en el artículo 48 de la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea.

**Abstract**

The present text analyses the content which the European jurisdiction has given to the presumption of innocence recognized in article 48 of the European Union's Charter of Fundamental Rights in antitrust administrative penalty proceedings.

28. En similar sentido, vid. Ovejero Puente, *op. cit.*, pág. 283. Señala esta autora que si todos los elementos que integran la presunción de inocencia, salvo su alcance fuera del proceso, son de cara al sentido y objeto del Convenio de Roma, contenido protegido por el derecho al juicio justo, la importancia y la justificación de este derecho en el sistema de la Convención es precisamente conceder una protección extraprocésal al que es formalmente sospechoso, pero materialmente acusado.

# JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

**Pedro P. Grández Castro<sup>1</sup>**

*Profesor de la Pontificia Universidad Católica de Perú*

## SUMARIO

1. *Premisa: la “marcha triunfal” de la Justicia Constitucional y sus desafíos.*
  - 1.1. *El Tribunal Constitucional como “organo oficial” de interpretación.*
  - 1.2. *El control constitucional como colaborador.*
  - 1.3. *La argumentación como estrategia de legitimación y el Tribunal como institución republicana.*
  
2. *Ideologías y argumentación.*
  - 2.1. *El “juez vinculado” al texto de la Constitución: el control semántico de la Constitución.*
  - 2.2. *El juez escéptico y la interpretación como “creación” libre.*
  - 2.3. *Juez comprometido con los valores pero limitado por la argumentación racional.*

1. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magister en Política Jurisdiccional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomado en Gobernabilidad y Desarrollo Institucional por la Universidad Alcalá de Henares y el Instituto Nacional de Administración Pública de España (INAP). Profesor Ordinario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor en la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Escuela de Post Grado de la Universidad de San Martín de Porres. Director Ejecutivo del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional (Perú): [pgrandez@tc.gob.pe](mailto:pgrandez@tc.gob.pe)



### ***1. Premisa: la “marcha triunfal” de la Justicia Constitucional y sus desafíos***

La significativa presencia de la justicia constitucional en las democracias contemporáneas viene generando una serie de transformaciones no sólo en el ámbito propio del Derecho Constitucional, sino que sus consecuencias se expanden y tocan la propia estructura de las normas jurídicas y de la teoría del Derecho en general<sup>2</sup>. Peter Häberle<sup>3</sup> ha calificado de “marcha triunfal” con alcance “mundial” a la proyección de la justicia constitucional en las actuales democracias. En la misma dirección, Martín Shapiro ha anotado que este entusiasmo por la justicia constitucional viene en realidad auspiciado por el “entusiasmo global por los derechos”<sup>4</sup> que se ha suscitado en todo Europa en la segunda mitad del siglo XX y que sugiere una suerte de encuentro entre la tradición europeo continental tan apegada a los códigos normativos y la tradición norteamericana que tempranamente estructuró su ideal de democracia sobre la base de los derechos individuales inalienables<sup>5</sup>.

Es en este contexto que las decisiones de los tribunales o cortes constitucionales se han convertido en una pieza fundamental en el discurso jurídico contemporáneo y en un poderoso instrumento para la defensa, tanto del modelo de democracia constitucional, como de los derechos fundamentales contenidos en

2. Sobre la incidencia del modelo del constitucionalismo en la teoría del Derecho puede verse, entre otros muchos trabajos en castellano: Zagrebelsky, Gustavo (1995) *El derecho dúctil*. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta; Prieto Sanchís, Luis (1999) *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara; Sastre, Santiago (1999) *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. McGraw-Hill Interamericana de España; Carbonell Sánchez, Miguel (2003) *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta; Carbonell Sánchez, Miguel (2007) *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. 2007; Ferrajoli, Luigi; Josep Joan Moreso Mateos y Manuel Atienza Rodríguez (2008) *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo; Atienza Rodríguez, Manuel (2007) “Constitución y argumentación”. *Anuario de filosofía del derecho*. Nº 24, págs. 197-228. Un diálogo reciente entre dos profesores de Filosofía del Derecho da cuenta de la actualidad del debate en España; “Imperio de la Ley y Constitucionalismo: un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta” (2008) *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, ISSN 1889-0016, Nº. 0. Se trata en palabras de Luis Prieto, de la transformación que va operando en los sistemas jurídicos contemporáneos como consecuencia de asumir, “una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces”. Prieto Sanchís, Luis (2002) *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial* (2002) Lima: Palestra.

3. Häberle, Peter (2001) “La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado Constitucional”. Traducción de Joaquín Bague Camazano. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Nº 5, Madrid. Recientemente ha sido incluido en el volumen del autor publicado en Perú bajo el título de: *Nueve ensayos constitucionales y una lección Jubilar* (2004) Lima: Palestra, pág. 128.

4. Shapiro, M. (2008) “Revisión Judicial en democracias desarrolladas”. En: *Tribunales Constitucionales y democracia*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, pág. 242.

5. Hamilton, Alexander (2000) Peper Nº. LXXVIII. *El Federalista*, FCE.

las Constituciones. La razón de esto puede encontrarse en el consenso que ha alcanzado en la vida de las democracias más consolidadas la idea del control del poder a través del juicio de constitucionalidad, o la propia defensa de los derechos fundamentales a través de la jurisdicción constitucional, que muestran al juez constitucional como un “soberano” bastante querido por los “súbditos” del Estado Constitucional.

Desde otro lugar, Cappelletti ha presentado a la jurisdicción constitucional como la “más importante y más prometedora de las respuestas que un número creciente de naciones ha intentado dar al problema de la opresión gubernamental”<sup>6</sup>. El juez constitucional es, desde esta perspectiva, un garante frente al “enemigo” histórico de las libertades, esto es, el Estado mismo. En este sentido, se ha sostenido que la creciente presencia de los Tribunales Constitucionales, que constituyen una suerte de timonel en la marcha de la justicia constitucional, “ha desafiado al clásico principio de división de poderes”<sup>7</sup>, constituyéndose en la práctica en una suerte de árbitro inseparable de dicha “división”.

Ingresando en el ámbito propio de sus competencias, desde España, el destacado iuspublicista Eduardo García de Enterría, luego de valorar a la *judicial review* norteamericana como “la clave de bóveda” para el desarrollo histórico de la justicia constitucional también en Europa, acuñará la famosa expresión, al considerar al Tribunal Constitucional como “un verdadero *comisionado del poder constituyente* para el *sostenimiento* de su obra, la Constitución, y para que mantenga a todos los poderes constitucionales en su calidad estricta de poderes constituidos” (cursiva agregada)<sup>8</sup>. No sería pues un celoso restaurador o guardián de las grafías o textos históricos<sup>9</sup>, sino un delegado actual para defender su obra

6. Cappelletti, M. (1986) “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la ‘justicia constitucional’ “. *REDC*, Nº 17. Madrid: CEC, 1986, pág. 13.

7. Landa Arroyo, Cesar (2007) *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Tercera Edición, Lima: Palestra, pág. 74.

8. García de Enterría, E. (1981) “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Vol. 1. Núm. 1. Enero-abril, pág. 98; También en García de Enterría, E. (1983) *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª edición, Madrid, pág. 198.

9. Aunque ésta sea la tesis sustancial de lo que se ha dado en llamar el *strict constructionists* y del originalismo norteamericanos. El *originalismo* ha tenido gran desarrollo, sobre todo en el Derecho Constitucional norteamericano y ha respondido al prestigio que ha adquirido, en sus más de 200 años, la Constitución de los Estados Unidos. Sobre el originalismo y su actual desarrollo, ver Alonso García, Enrique (1984) *La interpretación de la Constitución*. Madrid. Una versión de textualismo lingüístico, aunque con matices propios del contexto europeo, puede verse en el caso español en, García Amado, Juan A. (2003) “Sobre la interpretación Constitucional”. En: *Ensayos de Filosofía jurídica*, Bogotá: Temis, págs. 67 y ss.

interpretándola en cada momento histórico y contextualizándola conforme a los requerimientos de cada época.

Aun cuando esta tesis no ha merecido mayor polémica en su país de origen, quizá por el prestigio y ascendencia de su mentor, no hay que olvidar, sin embargo, que se trata de un “punto de vista” respecto del nada pacífico espacio y competencias que corresponde a un Tribunal Constitucional en un contexto en el que, no se puede seguir subestimado “la envergadura del problema”<sup>10</sup> de su legitimidad. Un problema que enfrenta la concepción misma de la democracia constitucional y las relaciones y “desacuerdos” que se producen entre la política y los derechos, así como la forma en que los mismos deben ser resueltos<sup>11</sup>.

### **1.1. El Tribunal Constitucional como “órgano oficial” de interpretación**

Sea como fuere, al margen de este debate que tiene dimensiones no sólo jurídicas sino fundamentalmente políticas y hasta sociológicas, los Tribunales Constitucionales suelen ser identificados en las democracias contemporáneas como “intérpretes supremos” o mejor aún, como órganos “oficiales” de asignación de significados a los textos Constitucionales<sup>12</sup>. Una suerte de traductor oficial de las grafías del constituyente, y si se entiende por “grafía” –como lo hace la Real

10. En sentido Juan Carlos Bayón da cuenta de la poca relevancia que solía darse en Europa, hasta hace poco, al problema “contra mayoritario” que representa, también aquí, la justicia constitucional. Una situación que solía darse por superada atendiendo a que, en el caso español al menos, “está expresamente establecida en el texto constitucional, aprobado democráticamente”. Cfr. Bayón, Juan Carlos (2004). “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”. En AA. VV. *Constitución y Derechos Fundamentales*. Madrid: CEC, pág. 74. También García de Enterría da por resuelto el problema, al sostener que, “la cuestión (el de la legitimidad de la justicia constitucional) ha sido ya juzgada por el Tribunal de la Historia, ante el cual la justicia constitucional no sólo ha sido absuelta de tan graves cargos, sino que se ha afianzado definitivamente como una técnica quintaesenciada de gobierno humano”, Cfr. García de Enterría, E. “La posición jurídica del Tribunal Constitucional... *citado*”, pág. 79. Las permanentes disputas y conflictos que se desatan tras su actuación, sorbe todo en contextos donde, tardíamente viene implementándose, son sin embargo, suficiente indicio de que no estamos ante un asunto cerrado por el “tribunal de la historia”.

11. Otro “punto de vista” es sin duda el que propone Waldron, Jeremy (2005) *Derecho y Desacuerdos*. Traducción de J. L. Martí y Á. Quiroga. Madrid: Marcial Pons, pág. 264. Un intento de armonizar democracia representativa y poder de control de los jueces puede verse en: Ely, John (1980) *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Harvard University Press, 1980. Cito de la versión castellana, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control Constitucional* (1997). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997.

12. Gracias a la redacción de la revista, tengo acceso al texto de la Constitución de Ucrania que curiosamente encomienda al Tribunal Constitucional “la interpretación oficial de la Constitución de Ucrania y de las leyes de Ucrania” (artículo 150). Una apreciación crítica a este precepto puede verse en: Stith, Richard: “Imperio del Derecho versus Imperio de los Jueces: un alegato por el pluralismo jurídico” *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 12, N° 1, pág. 157 y ss.

Academia Española—, el “Modo de escribir o representar los sonidos”, el Tribunal Constitucional bien puede ser representado simbólicamente como la *orquesta oficial* encargada de interpretar los “sonidos constitucionales” adecuando su ritmo y compás a cada tiempo y época en que se ejecute.

El que sea la “orquesta oficial” no quita la posibilidad desde luego, que también la melodía constitucional pueda ser interpretada y ejecutada por otras orquestas o incluso por “solistas aficionados”<sup>13</sup>. La *oficialidad* no quiere decir aquí estatalidad de la interpretación, ni mucho menos verticalidad para imponer alguna “verdad oficial”. La sociedad plural del Estado Constitucional no podría admitir intérpretes oficiales en tal sentido. En cualquier caso, el rótulo de *orquesta oficial*, sólo quiere poner de manifiesto la calidad de sonido *auténtico* de la melodía que debe ser interpretada de manera autorizada por dicha “orquesta oficial”. El Tribunal actúa así, en más de una ocasión, como una especie de “retocador” de múltiples interpretaciones todas posibles desde el atril de la Constitución, institucionalizando las versiones de otros intérpretes que no tienen la posibilidad de hacer valer sus versiones si no fuera por la recepción que pueda hacer de éstas el Tribunal Constitucional. En este sentido, también actúa “convirtiendo” en *oficial* otras versiones posibles en la recreación acústica de la Constitución<sup>14</sup>.

Tener la responsabilidad de una interpretación autorizada de la partitura constitucional le ha merecido al Tribunal un prestigio indiscutible, sobre todo si analizamos sus hazañas en contextos de estabilidad democrática<sup>15</sup>. Pese a este prestigio que está precedido, como ya dijimos, de aquél que ha adquirido en el contexto de las democracias actuales, el propio modelo del Constitucionalismo como modelo de organización que maximiza los controles<sup>16</sup> viene suscitando constantes disputas con otros actores de la vida democrática, como son el Parlamento, el

13. Intérpretes autorizados y necesarios de la Constitución son desde luego el Parlamento, el Poder Ejecutivo, los órganos constitucionales autónomos, etc.

14. Se puede hablar en este sentido del “derecho de acceso a la interpretación constitucional” a través de los procesos constitucionales que es la vía a través de la cual la *sociedad plural* participa de este “proceso público”, como lo ha llamado Häberle.

15. Expresiva de estas hazañas es la siguiente frase de Alexy que alude a la obra del Tribunal Federal Alemán: “Hoy en día no se puede coleccionar lo que representan los derechos fundamentales a partir del sucinto texto de la Ley Fundamental, sino sólo a partir de los 94 volúmenes de Sentencias del Tribunal Constitucional Federal que hasta la fecha ha registrado en total su benéfica actividad desde el siete de septiembre de 1951. Los derechos fundamentales son lo que son sobre todo a través de la interpretación”. Alexy, Robert (2003) “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”. Traducción de Alfonso García Figueroa. En Carbonell Miguel (editor) *Neonconstitucionalismo(s)*. Trotta.

16. Una caracterización del constitucionalismo en sus rasgos fundamentales puede verse en: Prieto Sanchís, Luis (2004) “El constitucionalismo de los derechos”. *REDC*. N° 71, Madrid.

propio Poder Judicial, los organismos autónomos<sup>17</sup> cuando no el propio gobierno o incluso determinados actores sociales, como las ONGs o determinados sectores organizados de la sociedad. En este contexto, el argumento más recurrente ha sido desde luego, el acusar al Tribunal de carencia de legitimidad democrática para ejercer el control del Parlamento<sup>18</sup> o, cuando se trata del Poder Judicial, se suele recurrir al principio de independencia judicial, dejando entrever que la anulación de una sentencia firme por parte del Tribunal supone en muchos casos, la afectación no sólo de la cosa juzgada sino también de la propia independencia y autonomía del Poder Judicial<sup>19</sup>. Pero quizá la acusación que más debe preocupar a un Tribunal que decide conflictos como tercero imparcial sea el que se cuestione precisamente su falta de independencia e imparcialidad en determinadas causas, puesto que en el mantenimiento de estos valores radica la propia legitimidad del Tribunal<sup>20</sup>.

## 1.2. El control constitucional como colaboración

Frente a la acusación de actuar en “terreno ajeno”, o peor aún, en sentido *contra mayoritario* y sin la legitimidad necesaria, sobre todo cuando se trata del control de la legislación, Lawrence Sager<sup>21</sup> ha sugerido la idea de la *colaboración* como un modelo posible entre los esquemas teóricos que tratan de describir la práctica de la *judicial review*. La idea de la colaboración resulta del hecho real de “la generalidad con la que se expresan la mayoría de las cláusulas que garantizan la libertad”, lo que requiere para su concreción de “interpretaciones elaboradas”,

17. Especialmente relevante y significativa de esto es en el contexto peruano la reticencia pública frente a las sentencias del TC por parte del Jurado Nacional de Elecciones o del Consejo Nacional de la Magistratura. En ambos casos el TC ha establecido que tales organismos no están exentos de control por parte del Tribunal en su actuación, cuando violen algún derecho fundamental. Sobre las reacciones del propio Parlamento frente a la TC, puede verse el proyecto de reforma constitucional que intenta limitar las potestades interpretativas de este organismo. Ver al respecto, *Tribunal Constitucional y control de poderes* (2006) Lima: Centro de Estudios Constitucionales.

18. Sobre el carácter *contra mayoritario* de la justicia constitucional, las referencias son extensas. Cito por todas la reciente argumentación contra esta tesis que ha propuesto Bayon, Juan Carlos (2004) “Democracia y derechos. Problemas de fundamentación del constitucionalismo”. En AA. VV. *Constitución y Derechos Fundamentales*. Madrid, págs. 67-138.

19. En el contexto peruano, expresivo de este tipo de problemas es la sentencia del Tribunal Constitucional dictada en el Exp. N° 006-2006-CC/TC (Poder Ejecutivo v. Poder Judicial). Un análisis crítico de esta decisión puede verse en García Beluande, Domingo (2007) *¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial*. Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional N° 4, Lima: Palestra Editores.

20. Zagrebelsky (2008) *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta.

21. Sager, L. G. (2004) *Juez y Democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. Traducción de Víctor Ferreres Comella. Madrid: Marcial Pons, pág. 44.

puesto que no se tratan (las cláusulas constitucionales) de “instrucciones para la resolución de casos específicos”, sino más bien de “ideales normativos”, en los que los “juicios” de los tribunales resultan indispensables. De este modo, “la tarea de interpretar la Constitución requiere la colaboración entre las generaciones constituyentes que fijaron el texto de este documento y quienes tienen la función de aplicar los preceptos textuales a casos concretos que se plantean en nuestra comunidad política”<sup>22</sup>.

La idea de la colaboración se presenta así, como una tesis sugestiva que puede ahuyentar cualquier prejuicio que ve en la presencia de los Tribunales una suerte de “fiscalizador” antidemocrático. Por lo demás, en la práctica, es claro que la presencia del Tribunal contribuye también al propio fortalecimiento tanto del Parlamento como del Poder Judicial, en la medida en que en la gran mayoría de casos, el Tribunal confirma la constitucionalidad no sólo de la ley, sino también de la actuación del Poder Judicial en ejercicio de la potestad jurisdiccional. Este dato resulta relevante en democracias con déficit de legitimidad social y donde existe también fragilidad de las instituciones. En estos contextos, el Tribunal Constitucional bien puede ser visto también como un auténtico moderador de las luchas o conflictos de intereses y un pacificador de las tensiones que se producen entre el Derecho y los poderes fácticos<sup>23</sup>. De este modo, parece más razonable comprender el accionar del Tribunal como un *colaborador* en el desarrollo de las instituciones de la democracia y, llegado el caso, como un comprometido “nivelador” de las serias asimetrías existentes en una sociedad fragmentada como la nuestra, que en muchos casos compromete la propia dignidad humana, como es el caso de la extrema pobreza<sup>24</sup>.

Con relación a las “tensiones” con el Poder Judicial, esto acontece en nuestro medio, en el marco de un claro “despertar” del juez ordinario como juez del Estado constitucional, que encuentra en el Tribunal Constitucional una suerte de “super-juez”, capaz no sólo de actuar como instancia definitiva en los procesos constitucionales, sino que además, se presenta como un poder de corrección sustancial del proceder de la justicia ordinaria, invalidando sus decisiones cuando éstas, a criterio del Tribunal, invaden zonas vedadas, como son los derechos fun-

22. Sager (2004) 85

23. Una lectura en esta dirección puede verse en Grández Castro, Pedro (2006). “Tribunal Constitucional y transición democrática. Un ensayo de interpretación de su actuación”. En: *Gaceta Constitucional* N° 4, Lima: Tribunal Constitucional. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/gaceta>.

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

damentales<sup>25</sup>. En el caso peruano, tal actuación se desarrolla además en un esquema bastante imperfecto de articulación entre Poder Judicial y Tribunal Constitucional<sup>26</sup>, lo que permite en muchos casos, un avance en las potestades del máximo intérprete constitucional, apoyado en su propia doctrina jurisprudencial<sup>27</sup>, que tiene, en los últimos años, un importante arsenal teórico a partir de una práctica de recepción que ha sido manifiesta en los últimos años<sup>28</sup>.

Salidos de los cauces y disputas institucionales, el Tribunal Constitucional se enfrenta a otras tantas amenazas respecto de su legitimidad. Esta vez es su actuación en las decisiones difíciles para la sociedad misma. Las cuestiones sobre la moral pública deducidos desde la Constitución como auténticos problemas jurídicos llegan de modo inevitable al Tribunal y someten a éste a nuevos desafíos<sup>29</sup>. Las características de una sociedad pluralista, con múltiples credos y aspiraciones que conviven en el Estado Democrático, hace inevitable que las soluciones no puedan satisfacer a todos. Las muestras abundan, desde el aborto y el Derecho penal, hasta la libertad religiosa y la tolerancia; sin dejar de mencionar el clásico

25. Esto ocurre por ejemplo con el control de decisiones judiciales penales, en las que el Tribunal peruano no ha dudado en actuar, en más de una ocasión, ya no sólo como juez excepcional, sino como verdadera instancia de corrección, incluso controlando el sólo avocamiento en un proceso penal, al admitir por ejemplo el control del auto de apertura de un proceso penal. Véase la reciente sentencia en el caso, John McCarter, Contra la Primera Sala Penal para procesos con reos libres de la Corte de Lima (Exp. N° 4989-2006-PHC/TC)

26. Sobre el desarrollo de estas relaciones en los últimos años, *cf.* Eguiguren Praeli, Francisco (2002) “Relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en el Perú”, en su libro, *Estudios Constitucionales*. Lima: ARA, págs. 341 y ss.

27. Especial lugar ocupa en esta dirección la llamada autonomía procesal del Tribunal, recogida en tales términos de la jurisprudencia alemana y que ha servido de argumento central a muchas de las “intervenciones” por parte del TC peruano, en el seno de las decisiones del juez ordinario. Sobre la autonomía procesal y su recepción en la jurisprudencia del TC peruano *Cfr.* STC N° N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (Auto de admisión). Si bien se trataba en esta ocasión de una demanda de inconstitucionalidad, lo cierto es que la doctrina de la autonomía procesal del TC y la concepción del Derecho Procesal Constitucional, como “(...) un ordenamiento complejo de naturaleza adjetiva”, orientado a los fines “del ordenamiento sustantivo a cuya concretización sirve –la Constitución”; viene generando espacios de actuación, especialmente importantes a la hora de controlar las propias decisiones de los jueces ordinarios a través, sobre todo, del proceso de amparo contra decisiones judiciales. *Cfr.* Landa Arroyo, Cesar (2006) “La autonomía procesal del Tribunal Constitucional” en *Justicia Constitucional*, año II N° 4, Lima.

28. Pegoraro, L. “La utilización del derecho comparado por parte de las Cortes Constitucionales: un análisis comparado. Disponible en: [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id...](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id...) [fecha de visita 10 de septiembre de 2009]

29. En el caso peruano, este extremo tampoco ha estado ausente. Solo como muestra véase el caso sobre la píldora del día siguiente, resuelto vía un proceso de cumplimiento en el Exp. N° 7435-2006-PC/TC. Esta decisión ha sido dejada de lado en una polémica decisión del Tribunal por mayoría, que dispuso que el gobierno peruano se abstenga de repartir en forma gratuita el AOE a través de los centros de atención del Ministerio de Salud. (*Cfr.* STC 2005-2009-AA/TC)

conflicto entre libertad de expresión e información con los derechos al honor e intimidad<sup>30</sup>.

Este es, más o menos, el escenario en que transita actualmente la justicia constitucional, no sólo en Europa, sino también en los países donde se ha venido desarrollando en los últimos años el Estado Constitucional, como es el caso peruano. En cualquiera de los escenarios, el Tribunal Constitucional es, no obstante, juez vinculado a la Constitución que debe dar cuenta pública de sus decisiones y en el que sin duda la argumentación juega un rol relevante.

### **1.3. La argumentación como estrategia de legitimación y el Tribunal como institución republicana**

Frente al panorama descrito, la justificación (argumentación) se presenta como una poderosa herramienta de auto-legitimación, no sólo para el TC, sino para el *poder jurisdiccional* en general, entendido como poder compartido entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional. Frente a las “fuerzas” de la política, de los grupos de presión, de las “mayorías”, de los medios de comunicación y su “juicios paralelos”, “los jueces sólo pueden utilizar la fuerza de las razones jurídicas”<sup>31</sup>. Justificando cada una de sus decisiones, el juez logra conectar su potestad jurisdiccional con la *república* que es, en la sutil distinción de Zagrebelsky el *genus* de la democracia que es la *especies*. De este modo, frente a las desviaciones o “degeneraciones” de la *especie*, la justicia constitucional que protege al *género* que es la república, reivindicándola, puede incluso limitar “(...) la democracia porque sirve para preservar el carácter de especificación de la república (...)” en tal sentido: “la justicia constitucional es una función republicana”<sup>32</sup>.

Comprender la actuación de la justicia constitucional desde la perspectiva de la *república* y no de la *democracia* no supone, sin embargo, renunciar a la necesidad de presentar argumentos a favor de su legitimidad. La justificación es aquí el arma inofensiva pero irrenunciable del carácter *republicano* de la función jurisdiccional del juez constitucional. La motivación de las decisiones del juez constitucional se presenta en este punto, no sólo como legitimación de su propia

30. Sobre estos conflictos en el caso peruano EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO (2004) *La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal: su desarrollo actual y sus conflictos*. Lima: Palestra Editores. Más recientemente, MENDOZA ESCALANTE, MIJAIL (2007) *Conflictos entre derechos fundamentales: expresión, información y honor*. Lima: Palestra Editores.

31. Zagrebelsky (2008) 100

32. Zagrebelsky (2008) 102



existencia, sino también como punto de contención frente a las críticas que suelen hacerse a la forma en que desarrolla su accionar frente a los demás poderes, más conectados con la legitimidad que proyecta la *democracia*.

Se trata de comprender la argumentación constitucional en su doble función: como actividad orientada al proceso en concreto, pero también como proceso público de decisión en el que el órgano constitucional logra legitimarse en sus funciones. No es sólo “técnica” de la subsunción para la corrección en el razonamiento deductivo, sino discurso abierto en busca de adhesiones<sup>33</sup>. Esto supone, desde luego, asumir una cierta concepción de la Constitución y sus contenidos y también de las posibilidades de actuación de un Tribunal Constitucional en un determinado contexto o realidad.

Una teoría de la argumentación constitucional debe asumir de este modo, que ya no se trata sólo de conectar los textos de la Constitución con determinadas teorías jurídicas de interpretación de textos legales, porque la Constitución no puede ser comprendida como un texto legal más, sino más bien, como un pacto social que intenta la cohesión de una sociedad plural que, pese a todo, confía en las soluciones jurídicas de sus problemas. De manera que, “la interpretación constitucional en sociedades desintegradas debe pasar por incorporar la realidad en la norma e interpretar a ésta a través de las instituciones”<sup>34</sup>. Habría que postular entonces la necesidad de migrar el discurso *de la interpretación jurídica a la argumentación*<sup>35</sup> para abrir de este modo el razonamiento técnico jurídico al razonamiento moral y social más amplio, al discurso práctico general, como lo ha propuesto Alexy<sup>36</sup>, asumiendo, al mismo tiempo y sin ambages, como diría Jestaedt, (“para evitar confusiones”), que no asistimos aquí a labores propias del “conocimiento” de normas del Derecho mediante actos de “interpretación”, sino que se trata de actos “abiertamente de producción de derecho”<sup>37</sup>.

33. Viehweg T. (1964) *Tópica y jurisprudencia*. Traducción de Luis Díez Picazo. Madrid: Taurus.

34. Landa Arroyo (2007) 573.

35. En este sentido se pronuncia Matthias Jestaedt en un trabajo que resume los cambios que se van produciendo en la ciencia del Derecho Público europeo sugiriendo un “relevo” de la interpretación por la concretización y la argumentación. Esto porque las actividades de concretización no son actividades de “conocimiento” de algo preexistente (*lex ante casum*), sino más bien producción misma de normas. Jestaedt, Matthias (2008) “El Derecho Público: una ciencia”. En Eduardo Montealegre coord.: *La ponderación en el Derecho*. Universidad Externado de Colombia, págs. 11 y ss.

36. En este sentido Alexy ha planteado la necesidad de conectar el razonamiento jurídico con el razonamiento práctico: “La necesidad de razonamiento jurídico, como algo más que la mera subsunción y, en cuanto tal, más que la mera ejecución de lo autoritativo, surge de la frecuentemente mencionada textura abierta del material autoritativo [HART (1994) 126 y ss.]. El razonamiento en defecto de material autoritativo puede, por definición, no estar determinado únicamente por lo que es autoritativo. Este razonamiento puede resultar libre hasta un cierto grado”. ALEXY, Robert (1999) “La tesis del caso especial”. En *Isegoría* N° 19, pág. 24.

37. Jestaedt (2008) 38.

En una tarea de tal envergadura, la interpretación constitucional no puede limitarse a una actividad de técnica jurídica<sup>38</sup>, pues se trata en el fondo de asumir compromisos y convicciones sobre valores, derechos y preferencias a partir de un texto que, en muchos casos, resulta demasiado parco para el jurista acostumbrado a las subsunciones o, precisamente, debido esas “ambigüedades gloriosas”<sup>39</sup> de que están plagados los textos constitucionales que recogen derechos fundamentales. Más aún, la multiplicidad de métodos, antes que caminos “objetivos” para encontrar respuestas correctas y únicas desde la Constitución, nos hablan de diversos modos de entender el Derecho o la Constitución a partir de ciertas concepciones de la vida práctica o, a partir de ciertas ideologías de la propia interpretación<sup>40</sup>.

Parece así indispensable el abordar el problema en su dimensión integral, esto es, ver la actuación de los Tribunales Constitucionales como órganos de asignación de derechos y de creación de normas constitucionales<sup>41</sup> a partir de su actuación jurisdiccional, esto es, a partir de la argumentación que desarrollan de cara a los casos concretos. Ello supone analizar la estructura misma del razonamiento del juez constitucional y asumir de entrada el rol que juega en esta tarea los esquemas mentales o ideologías como “precomprensiones” tanto de la Constitución como de la realidad a la que se proyecta.

Que los Jueces constitucionales justifiquen o argumenten sus decisiones parece una obviedad; es más, en la práctica, es posible encontrar que las sentencias Constitucionales son bastante más extensas y consistentes en argumentos respecto de las que expide el Poder Judicial. Lo cual desde luego, tampoco quiere decir

38. Aun cuando incluso en esta tarea, hasta hace poco, se denunciaba cierta ausencia de trabajos de investigación en el campo Constitucional. Así por ejemplo el profesor Pérez Luño en la década del 80 del siglo pasado daba cuenta con “cierta perplejidad”, la “escasa atención que ha merecido en la teoría jurídica el tema de la interpretación constitucional”. (1984) Pérez Luño, Antonio. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos. Por esos mismos años, Francisco Rubio Llorente, con modestia confesaba enfrentarse a una “*nova terra*” al referirse a la interpretación constitucional y luego tranquilizándose un poco escribía: “Una consideración bien simple viene a tranquilizarme: la de que este antiguo desinterés y reciente apasionamiento por el problema de la interpretación no es una veleidad personal, sino por así decirlo, una actitud colectiva”, Prólogo a Alonso García, E. (1984) *La interpretación de la Constitución*. Madrid: CEC.

39. La frase se le atribuye al Juez norteamericano Hufstедler. Cfr. García de Enterría “La posición... cit. p. 123, la fuente puede verse en el pie de pagina N° 243. “No es con ironía como yo califico los términos del *Bill of Rights* de ‘ambigüedades gloriosas’”.

40. Guastini, Ricardo, (2007) *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Traducción de Miguel Carbonel y Pedro Salazar, Editorial Trotta.

41. Spadaro, Antonio (2007) “Las motivaciones de las sentencias de la Corte como “técnica” de creación de normas constitucionales”. En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. Año 2 N° 12, Lima: Palestra Editores.

que estén bien fundamentadas y, menos aún, que las respuestas dadas a los casos planteados, sean, desde un punto de vista jurídico, siempre las correctas. “Una suma de argumentos no asegura la solución correcta”, anota Garrido Falla<sup>42</sup> desde su experiencia personal como magistrado del TC español.

¿Cómo debe pues afrontarse el problema de la justificación racional de la decisión jurisdiccional y, en concreto, el de la justificación de la sentencia constitucional? ¿Es posible dar respuestas correctas desde la Constitución? ¿Cuáles son los modelos teóricos y como actúa en la práctica un Tribunal Constitucional? El punto de partida para responder estas cuestiones debe ubicarse en los compromisos o preconcepciones que constituyen el primer parámetro en el discurso argumentativo de los Tribunales.

## 2. Ideologías y argumentación

Todas las interrogantes planteadas *supra* no pueden ser abordadas en esta ocasión. Aquí<sup>43</sup>, nos limitamos a indagar sobre los modelos o esquemas ideológicos<sup>44</sup>, otrora explorados con ocasión de analizar las actitudes del juez frente a la ley<sup>45</sup>, como puntos de partida para una indagación sobre la argumentación constitucional y sus problemas. Las actitudes del juez, obviamente, deben también ser analizadas a partir de los modelos o concepciones de Constitución, pues es claro que no da lo mismo interpretar o argumentar a partir de una Constitución entendida como norma política o procedimental, que hacerlo desde una constitución entendida como norma material o con contenidos que condicionan el propio proceso político<sup>46</sup>.

42. Garrido Falla, F. (2002) “La elaboración de las sentencias del Tribunal Constitucional: una experiencia personal” en *Teoría y realidad constitucional* UNED, N° 10-11, pág. 143.

43. El presente trabajo forma parte de uno de mayor extensión sobre La argumentación constitucional y sus problemas que se encuentra en preparación.

44. Conforme escribe Guastini, “en la historia del pensamiento jurídico moderno se cuentan –podemos decir que desde siempre– tres oposiciones doctrinales principales: (I) la oposición entre una ideología “estática” y una ideología “dinámica”; (II) la oposición entre una ideología “universalista” y una doctrina “particularista”; (III) la oposición entre una actitud de *judicial restraint* y una actitud de *judicial activism*”. Cfr. *Teoría e ideología* ... citado pág. 59

45. Cfr. Prieto Sanchis (1987) *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos.

46. Sobre estos modelos véase: Aguiló Regla, Josep (2004) *La Constitución del Estado Constitucional*. Lima-Bogotá: Palestra, Temis, 2004; especialmente el Cap. II. También Comanducci, Paolo (2005) “Modelos e interpretación de la Constitución”. En: *Interpretación Constitucional*, T. I, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador), México, págs. 469 y ss.

En lo que sigue, sin embargo, quisiera referirme a las actitudes más saltantes con relación a la interpretación de la Constitución y que creo expresan *pre-compresiones*<sup>47</sup> que condicionan de manera relevante el trabajo judicial y la respuesta que suelen dar los Tribunales Constitucionales en la mayoría de casos.

### **2.1. El “juez vinculado” al texto de la Constitución: El control *semántico* de la Constitución**

El primero de los esquemas ideológicos frente a la Constitución en Europa Continental tiene su antecedente en la actitud de los exegetas frente al Código de Napoleón. Esto es, una actitud de dependencia y de compromiso frente a la obra del legislador racional y expresión del poder legítimo de la burguesía en el poder. Se trata de ver en el juez un órgano de ejecución de los actos legislativos. De este modo, se pretende separar conceptualmente los actos de creación (política) de la Ley, con los actos de aplicación (técnico-judicial) a cargo de los jueces a quienes se les delega un “poder nulo” o de simple subsunción.

En la medida que el juez del Antiguo Régimen era un juez dispuesto al soberano, pero también a su propia voluntad, la idea de los revolucionarios franceses era limitar el razonamiento judicial a la simple aplicación de la ley. De ahí que Montesquieu haya escrito que: “Si las sentencias fueran una opinión particular del juez se viviría en la sociedad sin saber con exactitud los compromisos contraídos con ella; sin embargo, puesto que el poder judicial tiene que renunciar a su opinión particular en aras de la generalidad de la ley, ha de aspirar por tanto a ser un poder nulo”<sup>48</sup>. Desde esta perspectiva, es de algún modo, el cambio de la voluntad particular del juez por la razón de la ley la que opera con el advenimiento del nuevo régimen tras la revolución burguesa.

Si trasladamos este esquema mental a la aplicación de la Constitución y vemos en ella una ley más, es fácil suponer el modelo de argumentación y de judicatura constitucional resultante. Aunque existen diversos matices al interior de un entendimiento como el presentado aquí, podríamos afirmar, de manera general, que el textualismo<sup>49</sup> es una buena expresión de este modelo ideológico. Según esta concepción, la Constitución debe ser interpretada atendiendo a lo que los constituyentes quisieron expresar al escribir determinado texto, de modo que la

47. Utilizo el término *pre-comprensión* en el sentido de Gadamer (1977) *Verdad y método*. Salamanca: Ed. Sigueme.

48. Montesquieu. *El espíritu de las leyes*. Lib. XI, Cap. 6.

49. García Amado, Juan A. (2004) “La interpretación constitucional”. *Revista Jurídica de Castilla y León*, Nº 2, págs. 35 y ss.

argumentación constitucional tiene como objeto el conocimiento o averiguación respecto de las *grafías* y de los significados tal como se entendieron en el momento en que fueron escritos.

En este sentido, García Amado expresará que “para la concepción lingüística o textual el juez, y el juez constitucional, es guardián de las palabras, vela por su significado haciendo que se respeten cuando son ciertas y determinadas y las precisa y concreta en lo que tengan de indeterminadas”, comportándose como “juez hermano (por cuanto hijo del mismo lenguaje de todos o sometido a él como todos)”<sup>50</sup>. Más recientemente García Amado ha insistido en una suerte de nuevo “noble sueño” al sostener que: “No es mera perogrullada si afirmamos que la Constitución dice lo que dice y solo dice lo que dice”.

Este modo de entender el proceso de interpretación constitucional como un acto de conocimiento o indagación en los textos se deriva inmediatamente un modelo de judicatura Constitucional cuya actividad central es, como lo precisa el propio García Amado, una actividad de control “negativo puro, consistente en inaplicar y declarar inconstitucional, en su caso, las normas legales que *patentemente* vulneran la *semántica* de los enunciados constitucionales” (cursiva agregada)<sup>51</sup>. En esta línea, la actividad de los tribunales constitucionales bien podría estar encomendada no a juristas con reconocida trayectoria profesional, como ocurre en la mayoría de los países, sino a filólogos o especialistas en descubrimiento de los significados “originarios” de textos arcaicos.

En esta misma dirección, aunque con matices propios de su tradición, encontramos al originalismo norteamericano sustentado, como es conocido, en la legitimidad histórica y social con que cuenta en dicho país los *framers* o padres fundadores<sup>52</sup>. No obstante, se trata, también aquí, de reafirmar la vinculación a los autores del texto constitucional y, desde esta concepción, reducir el papel del juez constitucional a un ser angustiado por encontrar el sentido de las frases contextualizándolas, además, en el momento en que fueron escritas.

50. García Amado (2004) 61.

51. García Amado, Juan Antonio (2007) “Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neo-constitucionalismo”. En: Carbonell, Miguel (2007) 239.

52. Puede resultar ilustrativo hacer notar que al menos una de las posibles traducciones de la palabra en inglés “*framer*” sea el de carpintero que construye *cuadros* o que enmarca una obra de arte (poner el marco a una obra). Con lo cual esta concepción también vendría a reivindicar una cierta concepción de Constitución entendida como “marco” establecido o fijado por los “fundadores” sobre la base del que la legislación tendría cierta libertad “discrecional” para elaborar la legislación.

El juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Antonin Scalia, es sin duda el exponente más visible del originalismo de nuestros días. Para el *Justice* Scalia, la interpretación de la Constitución constituye una actividad orientada a “(...) tratar de entender qué es lo que quiere decir, que entendió la sociedad y que significaba cuando fue adoptada. No creo que ello haya cambiado desde entonces”. Frente a la tesis de una concepción evolutiva en la interpretación constitucional, que permita incorporar los cambios a través de las decisiones judiciales, el *Justice* Scalia reacciona de manera enérgica: “¿Qué los hace pensar que el progreso humano es un plano inclinado que, todos los días y de todas las maneras posibles, nos hace mejores y mejores? A mi me parece que el propósito del *Bill of Rights* fue prevenir el cambio, no alentarlo y escribir ese propósito en la propia Constitución”<sup>53</sup>.

Textualismo y originalismo, aun con sus múltiples variantes de contexto, confluyen, sin embargo, en sus fundamentos y modos de abordar determinados problemas jurídicos que tienen como punto de discordia la asignación de significados a un texto constitucional. Aun cuando no es posible (y con frecuencia ahí radica el problema) distinguir el significado literal de un texto de la intención de su autor, el originalismo, a diferencia de cómo lo haría un textualista contemporáneo, pretende reconstruir el significado de un texto a partir de la intención del autor del mismo.

De este modo, cabría hacer alguna distinción entre textualismo y originalismo, en la medida que, al menos para un sector, desde el textualismo lingüístico, es posible separar el significado del texto, en sentido objetivo, de las intenciones de su autor (sentido subjetivo). En el primer caso se trata de construir los significados, al margen de las intenciones del autor, incluso acudiendo a convenciones lingüísticas o técnico-jurídicas, mientras que en el textualismo de tipo subjetivo, lo determinante es el significado original, tal como lo entendía su autor o autores. Para ser justos, esta sería la postura más compatible con el *originalismo semántico*, para el que la única lectura posible es la que es capaz de descifrar la intención original del texto vinculándola a su mentor<sup>54</sup>.

53. Traducción libre del debate con S. Breyer, disponible en: <http://www.acslaw.org/node/3909>. Debate del 5 de diciembre de 2006.

54. Un ejemplo puede ilustrar mejor esta perspectiva. En el caso *Dred Scott* (1857), la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, fiel a una concepción originalista se preguntó si un negro, “cuyos antepasados llegaron a este país para ser vendidos como esclavos, convertirse en un miembro de pleno derecho de la Comunidad política creada por nuestra constitución y, por consiguiente, gozar de todos los derechos, libertades e inmunidades que ésta garantiza”, para responder en sentido negativo esta cuestión, la Corte asignó un significado “original” al concepto “ciudadano” como sinónimo de “pueblo”. En tal

El texto y sus significados históricos o *intencionales*<sup>55</sup> por un lado, y el texto y sus expresiones o significados *convencionales*, por otro, formarían, sin embargo, dos manifestaciones de una misma concepción en la interpretación constitucional, en tanto dependientes de un texto. Por un lado, la interpretación se presenta como lectura literal (objetiva), por otro como lectura intencional (subjetiva). El *convencionalismo lingüístico*, no obstante, apostaría más bien por una asignación de significados que partiendo del texto, puede sin embargo, apartarse de una lectura literal en busca de consensos lingüísticos que contextualicen el significado<sup>56</sup>. De este modo, creo que en este esquema general, el originalismo norteamericano estaría más cerca del textualismo literal subjetivo que de un textualismo *convencional*, que considera que en la interpretación de un texto, tanto vale la intención como las convenciones lingüísticas, que, en muchos casos incluso, puede imponerse en busca de un mínimo de racionalidad que exige la labor de interpretación<sup>57</sup>.

## 2.2. El juez *escéptico* y la interpretación como “creación” libre

En la famosa esquematización de Hart, ésta sería cercana a la posición de la “pesadilla”<sup>58</sup>. “(...)El punto de vista de que los jueces siempre crean y nunca en-

sentido la Corte argumentó, “este tipo de personas (*sic*) no están incluidas, y no estaba previsto que lo estuvieran, en el concepto constitucional de “ciudadanos” y, por consiguiente, no pueden válidamente reclamar ninguno de los derechos, libertades e inmunidades que la Constitución garantiza a los ciudadanos de los estados Unidos. Al contrario, en el momento constituyente eran considerados una raza subordinada e inferior, bajo la autoridad de la raza dominante, y, en libertad o en esclavitud, continúan sometidas a ella (*sic*) y no tenían más derechos que los que las autoridades quisiesen otorgarles”. Beltrán de Felipe, Miguel y Julio Gonzales (2005) *Las sentencias Básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Madrid: CEPC, BOE, págs. 145 y ss.

55. Dworkin ha propuesto una distinción mas radical al referirse al originalismo “semántico”; “que entiende que lo que colectivamente querían decir los legisladores es decisivo para la determinación del significado constitucional” y el originalismo de la “expectativa”; “para el que lo decisivo es qué esperaban conseguir al decir lo que dijeron”. Dworkin R. (2007) *La justicia con toga*. Traducción de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz. Ed. Marcial Pons, pág. 143.

56. Aun cuando este es un problema irresuelto, como lo advirtiera el propio Kelsen: “Pese a los esfuerzos de la jurisprudencia tradicional no se ha logrado resolver, en favor de uno u otro, en manera objetivamente válida el conflicto entre voluntad y expresión (...) Inclinarsé a la voluntad supuesta del legislador, dejando a un lado el tenor literal, o bien atenerse estrictamente al tenor literal sin preocuparse por la voluntad –por lo general, problemática–, del legislador, es, desde el punto de vista del derecho positivo, equivalente por entero” Cfr. Kelsen, Hans (1979) *Teoría Pura del Derecho*. Traducción de Vernengo. México: UNAM, pág. 352.

57. Un buen sector de la teoría jurídica analítica compartiría este punto de vista incluso desde una postura que se ha dado en llamar el *positivismo inclusivo*. Moreso, J. J. (2004) “El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho”. En: *Doxa*. Nº 27, Alicante.

58. Hart H. L. A. (2000) “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”. En Pompeau Casanovas y José J. Moreso eds. *El Ambito de lo Jurídico*. Barcelona: Editorial Crítica, págs. 327-350.

cuentran el derecho que imponen a las partes en el proceso”. Si bien, Hart intenta una “imagen” de lo que sucede en el mundo jurídico norteamericano, el realismo ha traspasado fronteras. La siguiente cita recoge con bastante elocuencia el sentido de esta postura: “Las reglas jurídicas no juegan ya el papel de instrumentos fiables que ayudan a los individuos a trazar, de manera precisa, las líneas según las cuales puedan organizar su conducta. Estas reglas se convierten más bien, en instrumentos maleables que pueden plegarse a las estrategias y los intereses de cada jugador... el derecho no es lo que la *ratio* dice, tras un examen público del texto de la ley, sino lo que impone la voluntad de quien en cada ocasión tiene más poder sobre el lenguaje. El cosmos del derecho se rompe en una pluralidad indefinida de mundos, cada uno de los cuales obtiene, en definitiva, su propia legitimidad de los *speech acts* de los infinitos juegos del lenguaje, en el que los miembros de cada comunidad jurídica hacen estallar su fantasía hermenéutica”<sup>59</sup>.

Llevado al ámbito constitucional, esto supone asumir que la Constitución nada o poco le dice al Tribunal a la hora de interpretar sus cláusulas. El Tribunal es siempre libre al momento de interpretar la Constitución, la misma que, al final de cuentas, es “lo que los jueces dicen que es”, en la famosa expresión del *chief justice* Hughes<sup>60</sup>. Es verdad que esta afirmación no puede ser entendida en clave normativa o prescriptiva, sino más bien como descriptiva de lo que suele suceder en la práctica, pero es verdad también que éste es el argumento que mejor define y fundamenta el *realismo constitucional*<sup>61</sup>.

Si bien la imagen de la “pesadilla” ha sido expuesta para tratar de describir una cierta corriente de pensamiento norteamericano muy crítica del formalismo y escéptica respecto de los controles racionales a la actividad judicial; pero es verdad también que, en la medida que el modelo del constitucionalismo se resuelve en términos prácticos como judicialismo<sup>62</sup>, conviene prevenirnos respecto de los

59. Vogliotti, M. (1997) “La bande de Möbius: Un modèle pour penser les rapports entre le fait et le droit”. En *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*. N° 38, pág. 106.

60. Cfr. Hughes, Charles Evans (1971) *La Corte Suprema de los Estados Unidos*. México: FCE, pág. 7.

61. Adopto este *nomen iuris* en clara alusión al realismo jurídico de procedencia norteamericana para referirme a una cierta actitud, a veces inconsciente, en la práctica de los tribunales constitucionales que suele sobreponer su poder a los propios mandatos del poder del pueblo constituyente, sobreestimando la labor de la concreción judicial y poniendo en serio riesgo por esta vía las bases conceptuales del modelo de la democracia representativa liberal para reemplazarla por una suerte de aristocracia judicial.

62. En este sentido, Luis Prieto, cuando afirma: “En resumen, el neoconstitucionalismo como modelo de organización jurídico política quiere representar un perfeccionamiento del Estado de Derecho, dado que si es un postulado de éste el sometimiento de todo poder al Derecho, el tipo de Constitución que hemos examinado pretende que ese sometimiento alcance también al legislador. *Bien es cierto que, a cambio, el neoconstitucionalismo implica también una apertura al judicialismo*, al menos desde la



límites a la actividad judicial, sobre todo cuando dicha actividad se desarrolla en el ámbito de la justicia constitucional, que a veces, inconscientemente, parece adoptar una suerte de *realismo ingenuo*, en la creencia que el único órgano con capacidad para crear Derecho definitivo, es el Tribunal Constitucional, o que todo lo que el Tribunal dice o crea se transforma sin más en “sustancia constitucional”.

El escepticismo interpretativo tiene múltiples expresiones, por lo que conviene seguir el esquema analítico que ha planteado Moreso<sup>63</sup>. En tal sentido, las tesis atribuibles a esta perspectiva serían: a) Imposibilidad de conocer la verdad o falsedad de las proposiciones constitucionales (tesis metafísica); b) imposibilidad de asignar significados irrefutables a los enunciados constitucionales (tesis semántica); c) Imposibilidad de construir productos interpretativos verdaderos. Los significados (normas) no existen (tesis lógica); d) No existen respuestas correctas en los casos constitucionales (la tesis jurídica).

Una versión fuerte del escepticismo sería incompatible con cualquier esquema en el que se intente formular una teoría de la argumentación constitucional racional, en la medida que no sería posible incorporar criterios de corrección en la toma de decisiones. Sin embargo, desde una perspectiva de la argumentación racional, podría aceptarse la tesis jurídica de la imposibilidad de respuestas correctas, pero asumiendo como premisas algunas tesis diferentes a las establecidas en las tres tesis que anteceden a la tesis jurídica de la negación de una única respuesta en todo caso constitucional, como trataremos de ver más adelante. De este modo, el escepticismo puede resultar compatible en algunos puntos con teorías racionales de la argumentación.

La tesis de la interpretación escéptica o *libre creación judicial*, que se observa con claridad en el realismo norteamericano, no es sin embargo una tesis teórica sólo perceptible en el esquema estadounidense. Moreso ha introducido en su análisis dentro de esta perspectiva a una de las versiones, hoy por hoy, de mucha influencia en la práctica de los Tribunales Constitucionales. Nos referimos a la corriente analítica que ha propuesto la distinción entre disposición y norma. Con-

perspectiva europea, de modo que si lo que gana el Estado de Derecho, por un lado, no lo quiere perder por el otro, esta fórmula política reclama, entre otras cosas, una depurada teoría de la argumentación capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el consenso en torno a las decisiones judiciales”. Prieto Sanchís, Luis (2001) “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. En: *Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra, pág. 89 (cursiva agregada)

63. Moreso J. J. (1997) *La indeterminación del Derecho y la interpretación constitucional*. Madrid: CEC, págs. 186-187.

forme a esta concepción, el objeto de la interpretación no son las normas, sino los enunciados lingüísticos, las grafías o textos con que se expresa el constituyente. La cuestión central aquí radica en establecer si los enunciados interpretativos (es decir, la justificación de los significados de un texto), pueden o no ser sometidos a control sobre su verdad o falsedad. Respondiendo de manera negativa esta cuestión, Moreso ha sostenido que, “si la interpretación nunca tiene como resultado proposiciones susceptibles de verdad o falsedad y dado que las proposiciones jurídicas presuponen la actividad interpretativa –la atribución de significado a determinadas formulaciones normativas–, entonces la tesis lógica del escepticismo es adecuada y ello conlleva la tesis jurídica: nunca hay respuesta correcta para ningún caso, esto es, los jueces siempre crean y nunca aplican el derecho a los casos concretos”<sup>64</sup>.

Si bien es una afirmación que luego es sometida a crítica por el Rector de la Universidad Pompeu Fabra, vale la pena dejar establecido que, en esencia, ésta parece ser una descripción adecuada de lo que sucede en todo proceso de interpretación, en el que siempre es posible distinguir los actos de redacción, los de interpretación y los actos de aplicación del Derecho<sup>65</sup>. De manera que los controles que se pueden establecer no están orientados a verificar la verdad o falsedad de los enunciados interpretativos que decodifican un texto, sino más bien, a buscar la adhesión del auditorio en base a una racionalidad limitada por el contexto, respecto de las posibilidades interpretativas que ofrecen la mejor solución a un problema concreto.

De este modo, la tarea se orienta a construir un modelo de argumentación más dialógica y menos depurada lógicamente, con incidencia en su aceptabilidad o razonabilidad, y ya no tanto en su armonía lógica. Aquí cabe la contraposición que propone Zagrebelsky en el contexto del moderno constitucionalismo entre *scientia juris* y *juris prudentia*: “la primera como racionalidad formal, la segunda como racionalidad material, es decir, orientada a los contenidos. (...) Mientras que el criterio que preside la primera es la oposición cualitativa verdadero-falso, todo-nada, el que preside la segunda es una progresión cuantitativa que va desde

64. Moreso (1997) 212.

65. En sentido contrario parece manifestarse Stith cuando afirma que “Una interpretación es una fuente secundaria de información a la que recurrimos cuando no somos capaces de entender la fuente primaria por nuestros propios medios”. En este sentido la “fuente primaria” sería objeto de un conocimiento limitado al que la interpretación le resulta no obstante prescindible (*in claris non fit interpretatio*). Cfr. Stith Richard, “Imperio del derecho versus imperio de los jueces”, citado, pag. 4 (en la versión Word a la que he tenido acceso gracias a la redacción de la Revista)

lo menos a lo más apropiado, desde lo menos a lo más oportuno, desde lo menos a lo más adecuado y productivo<sup>66</sup>.

La crisis de certeza en el Derecho sin embargo, no puede conducirnos al escepticismo de no poder construir un modelo capaz de asumir los retos del modelo del constitucionalismo. El que alguien pueda juzgar un argumento como mejor que otro a partir de ciertos parámetros racionales, pone de manifiesto la posibilidad de límites a una creación interpretativa sin fronteras. De este modo, incluso en los procesos más volitivos o aparentemente libérrimos, siempre es posible un juicio externo a partir de criterios mínimos de corrección<sup>67</sup>. De este modo, Derecho válido no es todo que los Tribunales dicen que es, al margen que por la fuerza institucional del Derecho, en un caso en concreto resulten aplicables.

En el fondo, sin embargo, los dos extremos expuestos hasta hora presentan paradójicamente similares signos de irracionalidad. La primera opción, por sobredimensionar el papel del autor de los textos y desestimar el protagonismo irreducible del juez o tribunal en los procesos de interpretación y aplicación del derecho; el segundo, en cambio, por convertir el derecho en un asunto de “brujas y unicornios” y por presentar al juez como un ser incontrolable en sus decisiones. Conviene por tanto identificar un punto medio.

### **2.3. Juez comprometido con los valores pero limitado por la argumentación racional**

Como lo han puesto de manifiesto, Laurence Tribe y Michael Dorf<sup>68</sup>,

“Así como la intención original de los primeros autores –incluso si pudiera ser capturado en un laboratorio, embotellado y cuidadosamente inspeccionado bajo un microscopio– no ofrece una interpretación determinada satisfactoria de la Constitución, también del otro lado del espectro, debemos rechazar como completamente insatisfactoria la idea de una Constitución vacía o infinitamente maleable”.

De este modo, ni el *noble sueño*, de quienes creen encontrar en la Constitución respuestas claras conforme a la “original intención” de sus autores, ni la *pesadilla*

66. Zagrebelsky, Gustavo (2005) *El Derecho dúctil. Ley, derechos justicia*. Traducción de Marina Gascón. Sexta edición. Madrid: Trotta, pág. 123.

67. Moreso (1997) 215.

68. Tribe, Lawrence & Michael Dorf (1991) *On reading the Constitution*. Harvard University Press. Hay en curso una versión en castellano que publicará la editorial Palestra de Lima, a la que he tenido acceso.

de quienes creen que la Constitución es sólo un pretexto para hacer con ella lo que uno anhela, pueden considerarse como modelos aceptables de interpretación constitucional. En consecuencia, también el Profesor Tribe, cree que “debemos encontrar los principios de interpretación que puedan anclar la Constitución en alguna realidad externa más segura y determinada”. No obstante, una tercera opción sólo es posible si aceptamos la actividad interpretativa como actividad de creación, pero sometida a ciertos controles de racionalidad.

Aunque Hart ha puesto a Dworkin en el casillero de los “soñadores”<sup>69</sup>, creo que sus aportes nos acercan a lo que puede ser la “tercera vía” en esta búsqueda. De otro lado, las teorías de la argumentación racional que se han desarrollado hacia finales del siglo XX sobre todo en Europa, permiten aproximarnos a un modelo racional de argumentación que no niega, desde el inicio, que interpretar es crear y que, en consecuencia, argumentar desde una Constitución de principios y valores, supone *construir* soluciones que no preexisten a los casos.

Como bien lo ha puesto de manifiesto recientemente, García Figueroa, “desde una concepción constructivista, el discurso práctico (del que el jurídico aquí se presupone es un caso especial –*sonderfallthese*–) se *construye* y no preexiste a la actividad discursiva de los participantes en él”<sup>70</sup>

¿Es el constructivismo la tercera vía? Las propuestas del constructivismo alcanzan a toda una tradición filosófica a la que no es posible remitirnos por ahora<sup>71</sup>. Baste con dejar anotado, el hecho cada vez más aceptado, de que en los actuales sistemas jurídicos no es posible asumir la idea de un sistema cerrado de proposiciones normativas no derrotables, esto es, que los casos más trascendentes que llegan a los Tribunales, configuran, por lo general, una especie de casos para los que no ha sido posible generalizar una solución *ex ante* o, en otros supuestos,

69. A esta conclusión llega Hart, porque considera que “Para Dworkin, incluso en el más difícil de los casos difíciles, en el cual dos interpretaciones alternativas de una disposición o dos reglas en conflicto parecen adecuarse igualmente bien al derecho establecido previamente, el juez nunca crea derecho.” Cfr. Hart, H. “Una mirada inglesa.. cit. pág. 342. Propongo, sin embargo, que dejemos por ahora la propuesta de la “única respuesta correcta” y rescatemos de Dworkin las críticas al originalismo y su teoría de la interpretación.

70. García Figueroa, Alfonso (2009), “Neoconstitucionalismo y ponderación”, en: *Ponderación y derecho administrativo*, Marcial Pons, pág. 93

71. Para una reconstrucción de la tradición filosófica con especial referencia al procedimentalismo, me remito al texto de Carlos Massini Correas (2004) *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, Universidad Nacional Autónoma de México. También puede verse al respecto el texto de Nino, Carlos S. (1989) *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales.

se trata de situaciones en las que el derecho preexistente resulta “derrotable” frente a la fuerza de las razones. En consecuencia tanto la generalización (universalidad) como la certeza del Derecho están en cuestión. Se trata entonces de que las respuestas a los casos hay que construirlas basándonos en alguna idea de corrección externa y no dependiente del sistema normativo preexistente, sino en ultimo caso, a partir de algún sistema moral: en buena cuenta se trata de asumir que el discurso jurídico es una especie del discurso moral practico.<sup>72</sup>

Esta es también la idea que ha defendido, según creo comprender Dworkin en la disputa con el originalismo, al reclamar una actitud de compromiso con los valores constitucionales, proponiendo una lectura moral de la Constitución<sup>73</sup>. “La lectura moral –a decir de este autor– insiste que la Constitución significa lo que los constituyentes intentaron decir. El originalismo insiste en que significa lo que éstos esperaban que su lenguaje significaría”<sup>74</sup>. Si comprendo de manera correcta, una lectura moral supone, en primer lugar, asumir que el punto de partida del proceso interpretativo tiene que ver con enunciados de tipo moral contenidos en la Constitución. Los derechos fundamentales son “compromisos morales” dirá Dworkin, por lo que asumir una lectura moral supone, más que interpretar un texto, descifrar ciertos conceptos, sin que ello signifique reivindicar las “concepciones” que llevaron a sus autores a redactarlos en determinado momento<sup>75</sup>.

De este modo, los redactores del texto constitucional en tanto “prudentes estadistas”, apelaron a la abstracción de los conceptos, porque se proponían redactar una Constitución “a partir de principios morales abstractos, no de encriptadas referencias a sus propias opiniones (o las de sus coetáneos) sobre la mejor forma de aplicar tales principios”<sup>76</sup>

De manera que una forma de ser fiel a los *estadistas* que redactaron la Constitución sería también asumiendo los compromisos morales que ellos nos platearon, pero contextualizándolos en el momento en que dichos compromisos deben ser asumidos. A eso apunta Dworkin cuando propone la distinción entre concepto y concepción. El concepto es indispensable, pues sin él, no existe la comunidad a

72. La comprensión de la argumentación jurídica como discurso moral propuesta por Alexy apunta en esa dirección. *Cfr.* Alexy R. (1999) “La tesis del caso especial”, *Isegoría* N° 21

73. Dworkin, Ronald (2002) “La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria”. En: *Cuestiones Constitucionales*, México, págs. 3 y ss.

74. Dworkin (2002) 19.

75. Dworkin, Ronald (2002) *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 508 págs.

76. Dworkin, Ronald (2007) *La justicia con toga*. Traducción de Marisa Iglesias Vila e Iñigo Ortiz. Madrid: Marcial Pons, pág. 140.

la que dirigen los mensajes de la Constitución. Como nos lo ha hecho notar Marisa Iglesias “el concepto indica algo sobre el mundo, no sobre las palabras”, de manera que, “el concepto no tiene carácter semántico sino interpretativo. Podría decirse que es el juicio o la idea más abstracta acerca de cuál es la mejor forma de presentar un fenómeno, cuyo acierto o cuya verdad es incontrovertible en un determinado contexto discursivo y en un tiempo dado”<sup>77</sup>.

Las *concepciones*, en cambio, son las diferentes formas en que puede ser reconstruido un *concepto* en un determinado caso o en un tiempo y espacio determinados. Así, mientras los conceptos requieren unidad, pues de lo contrario nadie los identificaría como tales, las concepciones tienden a ser controvertidas. Podríamos así decir, que los conceptos sirven a la hora de generalizar, las concepciones son indispensables a la hora de particularizar o de concretar los mensajes conceptuales.

Me parece que la distinción entre *concepto* y *concepción* constituye un buen punto de partida para comprender el rol de la interpretación constitucional en el contexto de las actuales sociedades en el as que rige el principio jurídico del pluralismo. El pluralismo requiere ser incorporado en los procesos de interpretación, los cuales se muestran ya no como una estrategia orientada a descryptar textos del pasado, sino más bien como una reacción a partir de nuestras experiencias y necesidades<sup>78</sup>. La distinción entre concepto y concepción constituye también una forma de introducir las exigencias del caso en los procesos de interpretación.

En efecto, los problemas de interpretación constituyen siempre (a menos que se traten de meras especulaciones teóricas de los juristas) disputas frente a casos concretos. Esta elemental constatación muestra también que el caso es el que orienta y a veces “moldea” la solución interpretativa. Creo que en esta dirección Zagrebelsky ha dado un paso más en la propuesta de Dworkin al plantear la necesidad de la asignación de “sentido” y de “valor” en la interpretación de los casos

77. Iglesias Vila, Marisa (1999) *El problema de la discrecionalidad judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*. Madrid: CEC, pág. 137.

78. Una estrategia orientada a recoger, en la práctica de la interpretación constitucional, el mandato del pluralismo ha sido sugerida por Stith, quien luego de afirma que “Ningún tribunal debería poseer la facultad de imponer interpretaciones politizadas del derecho a toda una nación”, ha sugerido la tesis conforme a la cual, “...el poder de interpretar y aplicar la constitución y las leyes se debe otorgar a un número de instituciones jurisdiccionalmente distintas. De este modo, la multiplicidad de intérpretes contribuye a preservar el pluralismo en el pensamiento jurídico, una libertad frente a la dominación de cualquier ideología jurídica.” *Cfr.* Stith, R. “Imperio del derecho versus imperio de los jueces...” citado pág. 18 de la versión en Word.

como antesala o, mejor aún, como contrapartida a todo proceso de interpretación normativa. El sentido orienta la acción humana hacia un “resultado” social, mientras que la asignación de valor se ve condicionada por dicho sentido<sup>79</sup>.

La construcción de sentido y de valor da cuenta de la posibilidad de la objetividad en los juicios interpretativos y alejan las sospechas de subjetividad y el de incurrir en la “pesadilla” a la que alude Hart en su famoso ensayo. Pero también por otro lado, la posibilidad de leer los contenidos morales de la Constitución a partir de las exigencias que plantean los casos nos muestra que los argumentos de Dworkin no pueden ser desaprovechados acusándolo de ser un “soñador” ingenuo, por el solo hecho de haber planteado el ideal regulativo de la única respuesta correcta<sup>80</sup>.

Al parecer, la mayor contribución de Dworkin, al menos con relación a la interpretación de la Constitución, no radica en la tesis de la única respuesta correcta, sino en habernos mostrado, sin sobrecogimientos, que la tarea de interpretar una Constitución que contiene derechos supone asumir compromisos y convicciones morales y, en mostrarnos que, los desacuerdos en esta tarea no son ni metodológicos ni lingüísticos, sino básicamente se tratan de desacuerdos sobre nuestras concepciones acerca de lo que entendemos como bueno o malo en un determinado momento.

Una adecuada teoría de la interpretación supone entonces, mostrar cuál es la mejor lectura moral en un tiempo y lugar determinado, una lectura que, llegado el caso, como lo plantea el propio Dworkin, “cuando no haya manera de reconciliar el texto y la práctica en una interpretación constructiva (...)” puede incluso “(...) desbancar a una pieza tan básica de los elementos interpretativos como el texto de la Constitución”<sup>81</sup>. Creo que aquí se da la vinculación entre la teoría moral de la interpretación y las exigencias de corrección en el razonamiento interpretativo: la posibilidad de que la argumentación racional, aun cuando Dworkin no lo plantee en estos términos, pueda derrotar la propia “claridad” de los textos normativos. Interpretar la Constitución supone entonces encontrar su sentido más racional a la luz de los casos que plantea la práctica social.

79. Zagrebelsky (2005) 137.

80. Puede resultar paradójico que el potencial argumentativo de Dworkin sobre el activismo judicial y las posibilidades de lecturas alternativas al texto constitucional terminen finalmente en una formulación tan insostenible como el de la única respuesta, pero creo que el propio Dworkin se ha encargado de atenuar sus iniciales planteamientos sobre esta tesis. Véase su texto *La justicia con toga*, especialmente las páginas 52 a 54.

81. Dworkin (2007) 147.

De este modo, sin embargo, si bien se está ante un juez más comprometido con los valores que con los textos, el propio Dworkin reconoce que también se asume el riesgo de un juez con poderes peligrosamente ilimitados<sup>82</sup>. Como lo ha hecho notar Luis Prieto<sup>83</sup>, si bien esta manera de comprender la labor judicial resulta paradójica, si se toma en cuenta los demás postulados de la teoría del Derecho de Dworkin, queda claro que el compromiso con los mandatos morales de la Constitución requiere no sólo de «un Tribunal activista, en el sentido de que debe estar preparado para formular y resolver cuestiones de moralidad política»<sup>84</sup>; sino además, una teoría del razonamiento y de la argumentación que sea capaz de poner unos límites más o menos razonables, ahí donde el Derecho deja a la moral en una suerte de “tierra de nadie”. En suma, una cierta capacidad para comprender los valores de una Constitución que se muestra “abierta” pero que impone contenidos sustanciales a los poderes llamados a actuar bajo su mandato<sup>85</sup>.

Lo que sigue de aquí en adelante impone la necesidad de indagar en el desarrollo de las teorías de la argumentación que, en los últimos años, han construido un importante arsenal para mitigar de algún modo, las angustias de quienes creen que la lectura moral abre camino a un activismo sin fronteras hasta convertir a la democracia constitucional en una suerte de dictadura de los jueces. Ello, sin embargo, nos convoca a nuevas indagaciones que deben esperar por ahora.

82. “Aunque la queja familiar de que la lectura moral da a los jueces un poder ilimitado es hiperbólica, contiene suficiente verdad para alarmar a aquellos quienes creen que tal poder judicial es inconsistente con una forma republicana de gobierno”. Dworkin (2002) 17.

83. Prieto Sanchís, Luis (1985) “Teoría del Derecho y Filosofía Política en Ronald Dworkin”. *REDC*, N° 14, Madrid.

84. Dworkin (2002) 231.

85. Sin que desde luego ello implique, como bien lo ha hecho notar el profesor Díaz Revorio, incurrir en el peligroso desvío de “constitucionalizar” los propios valores del Juez”. *Cfr.* Díaz Revorio, F. J. (2004) *La Constitución abierta y su interpretación*, Palestra, Lima. Pág. 178.



### **Bibliografía consultada**

Aguiló Regla, Josep (2004) *La Constitución del Estado Constitucional*. Lima-Bogotá: Palestra, Temis,

Alexy R. (1999) “La tesis del caso especial”, *Isegoría* N° 21

\_\_\_ (2003) “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”. Traducción de Alfonso García Figueroa. En Carbonell Miguel (editor) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta.

Alonso García, E. (1984) *La interpretación de la Constitución*. Madrid, CEC.

Atienza Rodríguez, Manuel (2007) “Constitución y argumentación”. *Anuario de filosofía del derecho*. N° 24.

Bayon, Juan Carlos (2004) “Democracia y derechos. Problemas de fundamentación del constitucionalismo”. En AA. VV. *Constitución y Derechos Fundamentales*. Madrid.

Bayon, Juan Carlos (2004). “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”. En AA. VV. *Constitución y Derechos Fundamentales*. Madrid: CEC.

Beltrán de Felipe, Miguel y Julio Gonzales (2005) *Las sentencias Básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Madrid: CEPC, BOE.

Cappelletti, M. (1986) “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la ‘justicia constitucional’ “. *REDC*, N° 17. Madrid: CEC, 1986, pág. 13.

Carbonell Sánchez, Miguel (2007) *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, Trotta.

*Democracia y desconfianza. Una teoría del control Constitucional* (1997). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997.

Díaz Revorio, Francisco (2004), *La Constitución abierta y su interpretación*, Lima: Palestra,

Dworkin R. (2007) *La justicia con toga*. Traducción de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz. Madrid: Marcial Pons.

\_\_\_ (2002) “La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria”. En: *Cuestiones Constitucionales*, México, págs. 3 y ss.

\_\_\_ (2002) *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

Eguiguren Praeli, Francisco (2002) “Relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en el Perú”, en su libro, *Estudios Constitucionales*. Lima: ARA

Ely, John (1980) *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Harvard University Press, 1980.

Ferrajoli, Luigi; Josep Joan Moreso Mateos y Manuel Atienza Rodríguez (2008) *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo;

Gadamer (1977) *Verdad y método*. Salamanca: Ed. Sigueme.

García Amado, Juan A. (2003) “Sobre la interpretación Constitucional”. En: *Ensayos de Filosofía jurídica*, Bogotá: Temis.

García Amado, Juan A. (2004) “La interpretación constitucional”. *Revista Jurídica de Castilla y León*, N° 2, págs. 35 y ss.

García Amado, Juan Antonio (2007) “Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neo-constitucionalismo”. En: Carbonell, Miguel (2007)

García Beluande, Domingo (2007) *¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial*. Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional N° 4, Lima: Palestra Editores.

García de Enterría, E. (1981) “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Vol. 1. Núm. 1. Enero-abril. Madrid: CEC

García de Enterría, E. (1983) *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª edición, Madrid: Civitas

García Figueroa, Alfonso (2009), “Neoconstitucionalismo y ponderación”, en: *Ponderación y derecho administrativo*, Madrid: Marcial Pons

Garrido Falla, F. (2002) “La elaboración de las sentencias del Tribunal Constitucional: una experiencia personal” en *Teoría y realidad constitucional* Madrid: UNED

Grández Castro, Pedro (2006). “Tribunal Constitucional y transición democrática. Un ensayo de interpretación de su actuación”. En: *Gaceta Constitucional* N° 4, Lima: Tribunal Constitucional. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/gaceta>.

Guastini, Ricardo, (2007) *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Traducción de Miguel Carbonel y Pedro Salazar, Madrid: Editorial Trotta.

Häberle, Peter (2001) “La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado Constitucional”. Traducción de Joaquín Brague Camazano. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. N° 5, Madrid.

Hamilton, Alexander (2000) Peper N°. LXXVIII. *El Federalista*, FCE.

Hart H. L. A. (2000) “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”. En Pompeau Casanovas y José J. Moreso eds. *El Ambito de lo Jurídico*. Barcelona: Editorial Crítica.

Hughes, Charles Evans (1971) *La Corte Suprema de los Estados Unidos*. México: FCE.

Iglesias Vila, Marisa (1999) *El problema de la discrecionalidad judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*. Madrid: CEC.

Jestaedt, Matthias (2008) “El Derecho Público: una ciencia”. En Eduardo Montealegre coord.: *La ponderación en el Derecho*. Universidad Externado de Colombia.

Kelsen, Hans (1979) *Teoría Pura del Derecho*. Traducción de Vernengo. México: UNAM.

Landa Arroyo, Cesar (2006) “La autonomía procesal del Tribunal Constitucional” en *Justicia Constitucional*, año II N° 4, Lima.

\_\_\_\_ (2007) *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Tercera Edición, Lima: Palestra.

Mendoza Escalante, Mijail (2007) *Conflictos entre derechos fundamentales: expresión, información y honor*. Lima: Palestra Editores.

Moreso J. J. (1997) *La indeterminación del Derecho y la interpretación constitucional*. Madrid: CEC.

\_\_\_ (2004) “El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho”. En: *Doxa*. Nº 27, Alicante.

Nino, Carlos S. (1989) *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales.

Pegoraro, L. “La utilización del derecho comparado por parte de las Cortes Constitucionales: un análisis comparado. Disponible en: [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id...](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id...) [fecha de visita 10 de septiembre de 2009]

Pérez Luño, Antonio (1984),. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos.

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

Prieto Sanchís (1987) *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos.

\_\_\_ (1985) “Teoría del Derecho y Filosofía Política en Ronald Dworkin”. *REDC*, Nº 14, Madrid.

\_\_\_ (2002) *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial* Lima: Palestra.

\_\_\_ (2004) “El constitucionalismo de los derechos”. *REDC*. Nº 71, Madrid.

\_\_\_ (1999) *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara

Sager, L. G. (2004) *Juez y Democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. Traducción de Víctor Ferreres Comella. Madrid: Marcial Pons,

Sastre Ariza, Santiago (1999) *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. McGraw-Hill Interamericana de España.

Shapiro, M. (2008) “Revisión Judicial en democracias desarrolladas”. En: *Tribunales Constitucionales y democracia*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Spadaro, Antonio (2007) “Las motivaciones de las sentencias de la Corte como “técnica” de creación de normas constitucionales”. En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. Año 2 N° 12, Lima: Palestra Editores.

Stith, Richard: “Imperio del Derecho versus Imperio de los Jueces: un alegato por el pluralismo jurídico”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 12, N° 1. págs. 157 y ss.

Tribe, Lawrence & Michael Dorf (1991) *On reading the Constitution*. Harvard University Press.

Viehweg T. (1964) *Tópica y jurisprudencia*. Traducción de Luis Diez Picazo. Madrid: Taurus.

Vogliotti, M. (1997) “La bande de Möbius: Un modèle pour penser les rapports entre le fait et le droit”. En *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*. N° 38.

Waldron, Jeremy (2005) *Derecho y Desacuerdos*. Traducción de J. L. Martí y Á. Quiroga. Madrid: Marcial Pons, pág. 264

Zagrebelsky (2008) *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta.

\_\_\_ (2005) *El Derecho dúctil. Ley, derechos justicia*. Traducción de Marina Gascón. Sexta edición. Madrid: Trotta.

### **Resumen**

En el presente ensayo, el autor propone la necesidad de asumir una teoría exigente de argumentación jurídica como herramienta de legitimación en la actuación de los tribunales y cortes constitucionales, en un contexto en el que éstos juegan un importante papel en la definición de los conflictos jurídicos y en la adjudicación de los derechos. En esta tarea, que no es sólo de técnica jurídica, resulta de especial importancia identificar las preconcepciones o “precompromisos” que forman parte irreducible de la discreción judicial que acompaña a las tareas de adjudicación constitucional. En tal sentido, el autor identifica tres “actitudes” o ideologías que condicionan las concreciones interpretativas de la Constitución: una primera, orientada a la fidelidad al texto; una segunda, que expresa un escepticismo frente a los límites semánticos; y una tercera, que intenta intermediar entre ambas posturas, al aceptar el texto como punto de partida de todo proceso de argumentación constitucional que, no obstante, debe responder de modo central al problema planteado, buscando siempre una respuesta racional a un caso constitucional en el que no es posible prescindir de la razón práctica y de los compromisos morales. El autor asigna un rol central a la teoría de la argumentación racional en esta dirección.

### **Palabras clave**

Justicia constitucional, argumentación jurídica, preconcepciones,

### **Abstract**

This essay proposes the need of a strong theory of juridical argumentation as an implement to legitimize the actions of the courts and constitutional courts, within a context in which they play an important role in the resolution of controversies between rights. In this task, that is not only a legal technique, are particularly important preconceptions or “pre commitments” to be assumed as irreducible part in judicial discretion. In this vein, the author identifies three determining “attitudes” in the summing up of interpreting the Constitution: the first aimed to fidelity to the text, the second expressing a skepticism about the semantic limits, and the third trying to mediate between the two positions to accept the text as a starting point of many process of constitutional argument. However, it must answer the heart of the problem, always seeking a rational response to a constitutional case where it is not possible to do without a general practical reason.

### **Key words**

Constitutional justice, juridical argumentation, preconceptions



THE HISTORY OF “ALASH ORDA” AUTONOMY AS THE ATTEMPT OF  
BOURGEOIS GOVERNMENT’S DETERMINATION ON THE  
TERRITORY OF KAZAKHSTAN IN 1918-1920

**G. Z. Kozhakhmetov**

*Decano del Departamento de Derecho*

*Universidad Estatal de Karaganda*

*República de Kazajistán*



This article devoted to the history of the formation “Alash-Orda “ autonomy in Kazakhstan in 1918-1920. Alash-Orda “ autonomy had been shown as the one of national-models of state’s building in this period, alongside wite guard’s variant and Bolshevik’s soviet. Although this article explores reasons and circumstances of licuidation «Alash-Orda» government in Kazakhstan.

February bourgeois-democratically revolution of 1917 in Russia left it’s trace in the history of humanity finishing one of the hard, totalitarian regime of that time.

As the result of revolution the imperator of Russia Nikolai II renounced from his throne. There was formed the Temporary government where representatives of different political forces were entered. The main purpose of the Temporary government was the convocation of All-Russian Constituent Assembly, where was supposed to decide finally the form of Russian government’s ruling, but it was uniquely that it supposed to be in the manner of democratically republic.

Unfortunately, the Temporary government couldn’t solve it’s problems, because was obliged to participate in World War I, because of obligations with it’s ally. The country, in the condition of war was plunged to hard economical crisis: there was the lack of provisions, the rise of unemployment , which later will be a communists’ weapon for government up herald’s realization in October 1917. As the result of the revolution the country will go another historical way with a hard consequences for the Russian nation and it’s colonial fringes.

Returning to the epoch of Temporary government, it should be added , that a huge, disintegrating empire had a choice: to take a way of European bourgeois democracy with a granting more or less broad rights for national fringes or to build socialistic republic with the determination of the dictatorship of the proletarian, which was offered by radical revolutionaries social-democrats –Bolsheviks and finally the way, which was offered by “white motion”, the remainders of imperial army– the restoration of old autocratic Russia, with adding some democratic elements, which created visibility that Russia went by the way of bourgeois democracy.

It should be marked, that the way of bourgeois-democratically development of Russia was supported by national fringes, one of them was Kazakhstan. During all it’s colonial history from the half of XVIII century it was the region where natural wealth were extorted end it was the raw appendage for developing industry of Russia. A huge territories of steppes also was used for transmigration of the people from parent state. There was no even the simplest forms of local public home

rule, the region was ruled by the military official of colonial administration. Any discontent of local people was accompanied by cruel shifft with using the police and armed power. Because of it the fringes, as nobody else needed federative government with the confession of civil rights and political liberty among all population of the country. From this point of view, "Alash Orda" autonomy which was formed in Kazakhstan at this years presented very alternative variant of development not only Steppe areas, but also all Russia.

The history of "Alash Orda" autonomy goes to those saturated historical events of 1917.

The association of the public motion "Alash" into the party had occurred on I All-Kazakh congress which passed from 21 till 28 July 1917 in Orenburg, the party's program was published later in November. It's developers were A.Bukeikhanov, A.Baitursinov, M.Dulatov, E.Gumarov, E.Turmyhamedov and others. The main principles of Kazakh government building were formulated in this program.

So, according to this program Kazakhstan was announced as independent state in form of national-territorial autonomy in structure of Russia Federative State. Russian State was supposed to be a parliament republic; as the head of legislative power was supposed to be The Dyma –the parliament of Russia, as the head of executive power– the President.

In the program there was clearly noted that even one law couldn't be changed or accepted without the Parliament –State Dyma. Also the Dyma had a right of the request and checking an executive power– the Ministry [1-259].

Insight and prescience, science character in approach to its projects always characterized the leaders of "Alash" party. In difference from Bolsheviks they were distant from utopian ideas and in greater degree in their activity they relied on practical experience accumulated by the mankind.

It should be marked, that in the program of "Alash" party there was given a special place for manors, as one of the universal forms of the local home-ruling. As it well-known, in Russia, the manors was incorporated in the second half of XIX century during the greatest reforms conducted by Aleksandr II. However, reforms of Aleksandr II, including the manors, weren't spread colonial fringes, one of which was the Kazakhstan. Because of it, one of the main problem of Kazakh democratically intelligential, as the whole "Alash" party, beginning

from 1905 was the requirement to give Steppe regions manor home-ruling. This requirements were the main activity of deputies from Kazakh population of first and second State Duma. However tsarism was relentless. It had no intention to give the manors to the region, because it was complacent by colonial ruling. Only due to Temporary government had got fondest home-ruling. For fairness there should be marked, that during 7 month of staying at the head of government the Temporary government in condition of the sharp political fight in society made a lot of useful things for national fringes, in comparable with Russian autocracy. In fact, there were incorporated manor home-ruling, jury, the mobilization of Kazakh to the military work was stopped, and so on.

“Alash” party’s leaders was obliged to the Temporary government and with a help of seal pages treed to explain to people a practical profit of manor home-ruling. For example, in the ”Manor” article of the Alikhan Bukeikhanov, he wrote that manors are institutions, which were selected by population themselves, and manors are their protector, handhold and hope. Nothing can help people in their everyday life as manors. So he called Kazakh people to support election and choose for this job title more worthy and more literate representatives [2-253].

But Bolsheviks had another opinion in relation of manors. For example, Lenin in his works wrote, that manors are the fifth wheel in “cart” of Russian government’s ruling. His negative opinion to manor is understandable since they had their own plan of the changing the bourgeois form of democracy to Soviets.

From 5 till 13 December 1917, in Orenburg, there was held the Second All-Kazakh congress, where was selected Temporary National Soviet, the chairman of which was elected Alihan Bukeikhanov.

The Temporary National Soviet consisted of 25 person and 15 of them were selected on the congress. Such well-known public figures as Ahmed Beremzhanov, Haleb Gabbasov, Mystafa Chokaev, Alimhan Ermekov, Myhametzhan Tinishbaev, Dzhansha Dosmyhamedov, Bahtigerei Kylmanov, Zhakip Akbaev and others entered in it from different regions of Kazakhstan. [3-74].

It is notable, that the decision of II All-Kazakh congress other ten places were left for deputies from Russian people and other nationalities.

From the first days of it’s formation, Kazakh autonomy “Alash Orda” having practiced on itself tsarist government’s politic in the manner of national inequality and humiliations, began to build it’s own state on the principles of internality.

Headquarter of "Alash Orda" autonomy was supposed to be in Semipalatinsk city. Later, on the autonomy's territory of West and East departments will be formed.

A special activity was shown by Soviet of National Commissars and other institution of Soviet Russia. "Alash Orda" party's leaders tried to obtain confession of Kazakh autonomy from Bolsheviks in this conditions. For this purposes there were held negotiations with Soviet government. However, as the further events showed Bolshevik's management uniquely hinted that Kazakh autonomy can be accepted only in condition of confectioning the power of Soviet.

A distrust to Bolsheviks as to whole October revolution, which took place in nomadic cattle breeders' regions grew every day. Akhmet Baityrinov described the attitude of the scolded inhabitants to Soviet: "How Bolshevik's motion occurred in the central parts of Russia- kirgizs didn't know. In fringes it was accompanied with violence, robbery, abuse and special dictatorial power. ...My allies and I didn't accept with such position earlier under tsarist authorities and can't accept it now, knowing that such things take place all over Soviet Russia, they were against Soviet authorities" [4-308].

Since the time the relationship between "Alash Orda" government and Soviet power had altered to open armed opposition.

The Bolshevik government of Russia using an open military power under pretext of the Civil War disposed with national bourgeois-democratic nations and it's state formations. For example, on the III All-Russian congress in January 1918, Stalin in his report on national problem openly declared that Soviet government "...had to continue so called Civil War" on fringe, which on-essences is a fight with Bourgeois nationalistic government, which doesn't want to accept the power of Soviets on it's territory [5-35].

After white guard rout and the abolition of Soviets in 24 June 1918, in Semipalatinsk, "Alash Orda" took a resolution about unavaibleness of all Soviet authorities' laws on the autonomy territory [6-173].

In this period, there lasted a construction of autonomy, if fact, there was formed a Military Soviet, consisting from 3 people with the functions of military ministry and with a right of forming a local military soviets. There were restored all existed manors' institutions.

In this period there were enclosed a great effort for forming the military parts in the manner of horse militia by the autonomies management.

In quickly changing military-political situation, “Alash Orda” autonomies’ government took an attempts to adjust relationships with “White Motion” and obtain the confession of Kazakh government. Among them there was a Temporary Siberian Government. The projects, agreements, negotiations which were winnowed by “Alash Orda” government hadn’t any results. The official Temporary Siberian government’s seal in August 1918 “Siberian speech” wrote: “Only the state, daring on self-destruction, could go of own accord on that sort of separatism”. Then, the newspaper noted that the Temporary Siberian Government couldn’t acknowledge “Alash Orda” autonomy and one thing that it could provide for Kazakhstan is the satisfaction of cultural national necessities [7-73].

Couldn’t get a positive result in negotiation with Temporary Siberian Government, “Alash Orda” directs it’s attention to another object of anti-Bolshevik’s camp-Komuch.

Competing with Liberian Government, Komuch acknowledged all autonomy formations on national fringes territory. “Alash Orda” was acknowledged as the governments of Bashkir, Orenburg and Ural.

As it was seen the breakout had succeed. Esser’s liberalism played it’s role in supporting of Steppe region’s interests. However, a Komuch days were limited.

In September 1918, anti-Bolshevik’s power of Siberia, Ural on the Uphim counsel signed a final act about the formation of Temporary Russian Government-Directory.

The activity of Directory wasn’t long. In November 1918, in Omsk where was situated its headquarter, as a result of military upheaval. The whole power was alter real to the Sovereign Ruler an admiral A.V.Kolchak.

In comparable with his own predecessors in fight with Bolshevik government, Kolchak didn’t try to “play” in democracy. As a true military he conducted direct and cruel politician for saving the empire which had no assuming any independent for national military.

Finally, at the end of 1919 and in the beginning of 1920, unacknowledged by Bolshevik and anti-Bolshevik camp later, “Alash Orda” Kazakh autonomy had to take the conditions of Soviet power. It means that they had to say pack the weapon, dismiss the army, bodies of power and ruling and to give all property to the Kazakh Revolution Committee.

It is necessary to note that this decision wasn't easy for leaders of "Alash Orda" party. They donated the autonomy for saving nation from vain bloodshed.

The events of that hard time for Kazakhstan show us that nation intellectuals and other population from which "Alash" party consisted used its chance, given by history to create Kazakh national government to which nomads aspired on extents of many hundred years. As the result of it appeared the model of national-territorial autonomy, which was based on principles of Bourgeois democracy in the manner of "Alash Orda" autonomy. Unfortunately, objective conditions and military political situation of that time hadn't allowed to realize their plans till the end. However their labor and victims, brought into the name of liberty didn't disappear in vain for future generation.

The ideas, which were put in a basis of the state are conformable with present day time where Kazakhstan nation builds the democratic legal state, where the main places occupies person's rights and liberties. The power assists with all power to the development of harmonious personalities and promotes the conservation of the national culture and distinctive of all nationalities, which are included into Sovereign Kazakhstan.

**The list of used literature:**

Alikhan Bokeikhanov "Compositions". Almaty. Kazakhstan. 1994. pág. 259.

In that place. pág. 253.

Alash Orda: the document collection. Compilers: Martinenko N. Alma-Ata. Aicap. 1992. pág. 74.

Omarbekov T., Omarbekov Sh. A national look to the history and historiography of Kazakhstan. Almaty. Kazakh university. 2004. pág. 308.

Stalin V.I. The collection of compositions. V.4. Ogiz. 1947. pág. 35.

Nyrpeisov K. Alash Orda. Almaty. Atatek. 1995. pág. 173.

Amanzholova D.A. Kazakh autonomy and Russia. M. Young Russia. 1994. pág. 73.

### **Anotation**

The history of “Alash-Orda” autonomy’s creation is researched in this article. It is shown the meaning of February revolution, bourgeois-democratic revolution of 1917 year, because of it appeared objective condition for overthrow in Russian Imperia.

According to the author’s opinion, the main accomplishment of February revolution is rendering opportunity for national outskirts for creation their own State system in the frame of isolated Russia.

The article “Alash-Orda” autonomy was alternative to Bolshevik and monarchy variants of Russia’s development in the meaning.

National intellectuals, which head “Alash-Orda” autonomy, saw Kazakhstan in its project as independent state in the compound of Russian Federation. Russia was presumed to be democratic and parliamentary republic with the head of legislative body must to be parliament – State council, and head of executive body must be – President.

According to the democrats’ opinion political rights and citizens’ freedom must be proclaimed in the country, electoral law must be universal and equal in the conditions of multi-party system.

According to this, leaders of “Alash-Orda” autonomy were against of Bolshevik’s class revolutionary way of Russia’s society development, and didn’t want to admit Soviet power and this condition predetermined their future destiny.

Under the urge of Red Army “Alash-Orda” autonomy must dissolve their power body and armed forces, but according to the author’s opinion it will not be unnecessary for the freedom of future generation.

Nodaway ideas of generation give good material for consolidation of democracy and the basis of state society for Kazakhstan, which builds his own sovereign state.

### **Key words**

“Alash-Orda” autonomy – was founded in 1917 among national states on the Russia’s territory after the February revolution.

Kazakh Autonomic Soviet Socialistic Republic – was founded on August 26, 1920 by Bolshevik’s government on the Kazakhstan territory.

THE HISTORY OF "ALASH ORDA" AUTONOMY AS THE ATTEMPT OF BOURGEOIS  
GOVERNMENT'S DETERMINATION ON THE TERRITORY OF KAZAKHSTAN IN 1918-1920

Temporary government – was founded by democratic parties of Russia after February revolution of 1917, and was overthrown by Bolsheviks in the result of October revolution of 1917.

White Guard – is stream of Russia's monarchy power, monarchy parties and rest of armed forces of tsarist Russia was in its structure.

Constituent Assembly – is All-Russian parliament, which was founded by temporary government and its main role was to create future Russia's destiny. It was dissolved on December, 1917 by Bolsheviks.





---

---

## III. CRÓNICAS

---

---

*(1 de enero de 2009 a 31 de diciembre de 2010)*

### SUMARIO

- **Enrique Belda Pérez-Pedrero**, “La cuestión territorial como tema de debate. Problemas de su reforma”
- **Enrique Belda Pérez-Pedrero**, “La visión jurídica del territorio”
- **Tomás Vidal Marín**, “Un bien escaso y sumamente conflictivo: el agua en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Comentario a las STC 247/2007, 31/2010, 48/2010 y 49/2010”
- **María 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”



LA CUESTIÓN TERRITORIAL COMO TEMA DE DEBATE.  
PROBLEMAS DE SU REFORMA

**Enrique Belda Pérez-Pedrero.**

*Titular de Derecho Constitucional*

*Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Ciudad Real (UCLM)*

*Consejero Consultivo de Castilla-La Mancha*

**SUMARIO**

- 1. Pocos avances desde 2004.*
- 2. Una primera consecuencia del debate: la herida mortal del hecho provincial.*
- 3. La carrera competencial como fuente de problemas.*
- 4. El intento de ceñirse a los aspectos nominales: el enfoque del Consejo de Estado.*
- 5. Sugerencias que el Consejo de Estado añade a la propuesta de reforma del Gobierno, y crítica al respecto.*
- 6. La organización territorial, debate abierto.*

### ***1. Pocos avances desde 2004***

La primera impresión que podría extraerse de la tentativa de reforma que se operó entre 2004 y 2007, sería su lógica, inocencia y pertinencia; ya que se trata de reflejar en la Constitución el resultado del trascendente proceso histórico de descentralización política, con la mera mención de los nombres de las Comunidades Autónomas. Con términos similares a los mencionados por Balaguer Callejón<sup>1</sup>, la Norma Fundamental subrayaría su vertiente simbólica e integradora, incorporando un reconocimiento constitucional específico del Estado Autonómico, lo cual, esta vez en palabras de Fossas Espadaler “(...)no consiste en un banal ejercicio de estilo”<sup>2</sup>.

Lo que sucede es que el observador político y jurídico, por el contrario, la primera sensación que percibiese ante ella sería la radicalmente opuesta. Esta propuesta de reforma desencadena una notable inquietud en lo que pueda servir como instrumento de recordar y avivar el omnipresente debate de la igualdad territorial efectiva. De hecho, el problema no es otro que reformar un asunto relativo al territorio, por insustancial que pudiera presentarse, en el convulso terreno del debate autonómico (político y competencial)<sup>3</sup>.

### ***2. Una primera consecuencia del debate: la herida mortal del hecho provincial***

El Informe del Consejo de Estado de 16 febrero de 2006, aprovechó la solicitud del Gobierno sobre el lugar, los criterios de orden y los efectos de la enu-

1. Balaguer Callejón, Francisco, “Reformas constitucionales relativas al Título VIII en relación con la recepción constitucional de la denominación oficial de las Comunidades Autónomas”. En VV.AA., *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*. Consejo de Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Francisco Rubio Llorente y José Álvarez Junco (eds.), págs. 565 a 583, Madrid, 2006. Pág. 582.

2. Fossas Espadaler, Enric, “La inclusión de la denominación de las Comunidades Autónomas en la Constitución: el Jurista Persa satisface (parcialmente) su curiosidad”. En VV.AA., *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*. Consejo de Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Francisco Rubio Llorente y José Álvarez Junco (eds.), págs. 585 a 608, Madrid, 2006. Pág. 606.

3. Algunos autores, al margen de consideraciones de oportunidad, desde un punto de vista estrictamente jurídico niegan la pertinencia de la mención constitucional, señalando a los estatutos de autonomías como lugares apropiados para recoger las denominaciones propias de cada Comunidad Autónoma, evitando la petrificación de la propia terminología. Medina Guerrero, Manuel, “La inclusión de las Comunidades Autónomas (y Ciudades Autónomas) en el texto constitucional (o sobre la conveniencia de preservar el principio dispositivo en la concreción de la denominación de las Comunidades Autónomas)”. En VV.AA., *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*. Consejo de Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Francisco Rubio Llorente y José Álvarez Junco (eds.), págs. 609 a 625, Madrid, 2006.

meración de las Comunidades españolas, para realizar una serie de reflexiones en torno a los caracteres generales de nuestro Estado Autonómico. Las bases son las conocidas doctrinalmente y que recuerda el propio Gobierno en su solicitud de informe (lo que conocemos como el proceso abierto, evolutivo y variable que se ha desarrollado en el país desde 1979, y en el que están habitualmente presentes desde categorías derivadas del acceso a la autonomía, a problemas competenciales, labor del Tribunal Constitucional o conjugación de fuentes del derecho)<sup>4</sup>.

Ya desde las consideraciones previas, el Consejo de Estado expresa una línea de argumentos, que más tarde extenderá a sus reflexiones sobre la reforma del Senado, en la cual el asumido protagonismo institucional de las Comunidades Autónomas parece engrandecerse aún más ante futuras reformas, a costa del territorio provincial y de su Diputación. Se quiere con ello justificar la evolución operada desde 1978 en el cual esas corporaciones gozaban de un papel impulsor de la Comunidad, y que hoy, alumbrada ya esa realidad, provincia y diputación parecen tender a desaparecer, no sólo quedar en un segundo plano, como madres sacrificadas una vez cumplieron su papel de referencia en el nacimiento del nuevo orden, en aquellos territorios (la mayoría de las actuales Comunidades Autónomas), donde los hechos diferenciales brillaban por su ausencia. En el marco actual, el alto órgano consultivo afirma que son las Comunidades Autónomas, y no las provincias, las dueñas de sus propios destinos<sup>5</sup>. La afirmación es más que evidente y ya el propio Título VIII CE marcó la infranqueable barrera entre la autonomía política de la Comunidad, y su nivel de protección, con base en el mismo art. 2 CE, y la autonomía de las instituciones locales, *de segundo nivel, administrativa, o en el marco de la ley*, como se ha caracterizado en multitud de estudios, y su garantía institucional<sup>6</sup>.

4. ICEST (Informe del Consejo de Estado sobre la reforma de 16 de febrero de 2006), págs. 128 a 135.

5. ICEST, págs. 136 y 137.

6. Belda Pérez-Pedrero, Enrique, *Los representantes locales en España*, CEPC, Madrid, 2000. Sobre la autonomía local y su garantía existen centenares de referencias bibliográficas. Destacar, entre otras: Bandres Sánchez-Cruza, Juan Manuel, *La autonomía local en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En VVAA: *La autonomía local. Análisis jurisprudencial*. Ed. Diputació de Barcelona-M. Pons, Barcelona, 1998. Fanlo Loras, Antonio, *Fundamentos constitucionales de la autonomía local*. CEC. Madrid. 1990. García Morillo, Joaquín, *La configuración constitucional de la autonomía local*. Ed. Marcial Pons-Diputació de Barcelona-Universidad Carlos III. Madrid-Barcelona, 1998. Jiménez Campo, Javier, *Notas sobre la protección de la autonomía local frente al legislador en el Derecho español*. REDC nº 53. Mayo-Agosto de 1998. Morell Ocaña, Luís, *La autonomía local: cualidad de una colectividad o de una institución*. En VVAA: *Defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*. INAP-MAP. 1997. Parejo Alfonso, Luciano, *La autonomía local. Contenido constitucional y configuración legal básica*. En *Cuadernos de Derecho Judicial. Administración autonómica*. CGPJ. Madrid, 1992. Perez Tremps, Pablo, *Autonomía local y procesos constitucionales*. En VVAA, *Defensa de la autonomía*

El desarrollo del proceso descentralizador ha provocado el desembarco de las competencias en calidad y cantidad sobre las nuevas autonomías, a la par que dentro de las corporaciones locales, la unidad básica municipal recobraba su protagonismo natural. La provincia y la diputación (en menor medida la isla, y los cabildos o consejos, y desde luego no las diputaciones forales vascas), han pasado al último plano de la capacidad de decisión y de la influencia de poder efectivo en la sociedad. En cualquier caso, antes de suponer una desaparición futura de la referencia territorial provincial y de su institución constitucional representativa (llámese diputación o, a tenor del art. 141.2 CE, de cualquier otra forma), procedería reflexionar sobre la conveniencia de suprimir el ente territorial intermedio, o si procede su sustitución por cualesquiera otras figuras, como parece ocurrir en territorios donde la comarca (con denominación variada) goza de arraigo. No es el informe del Consejo el lugar adecuado para ello, no obstante lo cual, de la lectura del documento se descubre la apuesta por la postergación del hecho provincial para consagrar el nuevo centro de poder, y con ello el *neocentralismo*, de las sedes de autoridad de las Comunidades Autónomas sobre territorios heterogéneos. Esta conclusión es, cuando menos, alarmante: Cómo explicar al vecino de una pequeña localidad de la provincia de Almería, que los servicios que no pueda prestar su ayuntamiento, han de ser atendidos en el centro de toma de decisiones que se encuentra en la lejanísima Sevilla, como antaño pasaban las soluciones por Madrid. O al de Molina de Aragón, en Guadalajara, desde Toledo, setenta kilómetros más lejano aún que el antiguo Ministerio de la Gobernación. O al municipio segoviano o leonés respecto de Valladolid, o a El Hierro desde Las Palmas. ¿Pueden los órganos desconcentrados de la administración autonómica suplir un referente institucional de representación provincial o insular?

### ***3. La carrera competencial como fuente de problemas***

Junto con la postergación provincial como fenómeno de la nueva realidad institucional, el Consejo de Estado repasa también los problemas que ha generado el principio dispositivo en la evolución de las nacionalidades y regiones, y entre ellos en particular, la carrera por la asunción de competencias. Como elemento de preocupación más reciente en el panorama español, derivado de la configuración entrelazada del derecho autonómico al margen de unas reglas claras de conexión, alude con acierto a la crisis política que traslada a todo el

*local ante el Tribunal Constitucional*. Ed. INAP-MAP. 1997. Sánchez Morón, Miguel, *La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional*. Ed. Civitas-UCM. Madrid, 1990.

territorio nacional cualquier proceso de modificación estatutaria en una Comunidad<sup>7</sup>. Ante lo cual se plantea si no sería mejor trasladar a la Carta Magna, siguiendo la dinámica del derecho comparado, una delimitación competencial precisa. Evidentemente y como hilo a sus reflexiones introductorias sobre el tema, esa es tarea compleja y, en cualquier caso, tampoco la ocasión es la propicia ya que el Gobierno que insta el proceso de reflexión o la iniciativa previa, quiere reformar controladamente el panorama, y en este preciso asunto, hacer un mero reconocimiento nominal de la nueva realidad territorial; mientras que las soluciones de fondo, sin duda, alterarían el sistema autonómico español conocido hasta la fecha.

Sería cuestión de un detenido estudio constatar si, precisamente la tendencia hacia la igualación, hacia el máximo nivel competencial, y el paso del tiempo, ha terminado ya con la posibilidad de disponer, de variar, y de crear diferentes tipos de Comunidades; mutando la sustancia del Estado Autonómico pensado en 1978 con la finalidad de satisfacer a ciertos territorios y posibilitar las expectativas del resto en un incierto futuro. Llegados al final de la carrera de asunción competencial y constatando que el sistema del Título VIII ya ha cambiado ¿Por qué ha de entenderse que la reforma excedería sus límites? Se trataría del caso más claro de adecuación de la norma a la realidad.

Se constata así, que el tema de la mención nominal de las Comunidades Autónomas se puede llegar a presentar como menos sencillo o formal de lo que a primera vista se pretende, al esconder el único problema institucional grave y latente que ha acompañado el fructífero desarrollo de la España constitucional: el territorial.

#### ***4. El intento de ceñirse a los aspectos nominales: el enfoque del Consejo de Estado***

El Consejo de Estado presenta sus soluciones al respecto, ceñidas a las tres cuestiones planteadas por el Gobierno de Zapatero, impulsor de la reforma en 2004-2005: el lugar de mención de las Comunidades, los criterios de relación y los efectos para los artículos afectados con los cambios que se sugieran.

7. ICEST, pág. 143 y ss. En unas fechas donde la polémica tramitación del Estatuto de Cataluña es la primera causa de discusión de la clase política y la doctrina científica. Seguidamente ocurre lo mismo en la tramitación de otros estatutos, especialmente con el valenciano y el andaluz.



a) Respecto del lugar idóneo en la sistemática constitucional, el órgano consultivo señala el Título Preliminar o el Título VIII. En el primer caso, se resaltaría y se acentuaría la importancia. El precepto sería el art. 2 CE, que consagra los principios de unidad y autonomía<sup>8</sup>. Esta solución demandaría también la reforma de otros preceptos en el Título VIII para aludir por su nombre a las Comunidades, con lo que esta hipotética opción legislativa se acumularía a la que seguidamente se describe. En el segundo caso, se podría limitar la reforma al Título VIII, modificándose el art. 137 CE o bien en el art. 143 CE, inclinándose a su vez el Consejo por éste último, tras estudiar diversas alternativas, entre ellas la de modificar ambos preceptos<sup>9</sup>.

La mención se realizaría, proponen, en lengua española, añadiendo una advertencia sobre que su denominación oficial es la establecida en los respectivos estatutos, para así constitucionalizar el modo utilizado también en la lengua cooficial o la denominación de instituciones adoptada en su día (por ejemplo, *Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*).

Este precepto también aludiría a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, que a su vez serían citadas en una modificación del art. 137 CE que también propone, para describir la organización territorial de España, que supera la dualidad Comunidad Autónoma-Corporación Local (Municipios y Provincias), para añadir la Ciudad Autónoma<sup>10</sup>. El Consejo evita entrar en la caracterización actual

8. Insertaría en el art. 2 CE, tras la garantía de la autonomía de nacionalidades y regiones, una llamada a que ya están “(...) constituidas en Comunidades Autónomas (...)”. Esta opción es solidamente defendida por Tajadura Tejada, Javier, “Inclusión de las Comunidades Autónomas en la Constitución”. En VV.AA., *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*. Consejo de Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Francisco Rubio Llorente y José Álvarez Junco (eds.), págs. 627 a 650, Madrid, 2006. Previamente del mismo autor: “La constitucionalización del mapa autonómico: una reforma necesaria pero insuficiente”. En *La reforma constitucional: la organización territorial del Estado, la Unión Europea y la igualdad de género*, Roura Gómez Santiago A. y Tajadura Tejada, Javier (dirs.), Biblioteca Nueva, págs. 281 a 336, Madrid, 2005. Opina que sería preciso constitucionalizar el Estado autonómico con un reparto de poderes en base al principio de igualdad, sistema de financiación, potenciación del Senado y de los mecanismos de cooperación.

9. Propone un texto que diga “*Las Comunidades Autónomas que integran el territorio nacional son las siguientes (...)*”, enumerando las mismas, como enseguida veremos, según el criterio cronológico de aprobación de sus estatutos de autonomía. O bien, dejando claro en el art. 137 CE que éstas integran ya España, proclamar en el art. 143 que “*De acuerdo con el ejercicio que las nacionalidades y regiones han hecho de su derecho a la autonomía, el territorio nacional queda integrado por las siguientes Comunidades Autónomas (...)*”

10. ICEST, pág.169.

de autonomía que gozan las Ciudades de Ceuta y Melilla<sup>11</sup> (aunque el hecho de que proponga su inclusión distintiva en el art. 137 CE al margen de las Comunidades Autónomas y los municipios, es todo un acierto que consolida la realidad de tercer género autonómico de estos enclaves) proponiendo dos redacciones alternativas para su mención junto con las Comunidades, también en el art. 143 CE<sup>12</sup>. En las redacciones alternativas que propone del art. 137 CE también pone en evidencia la distinta naturaleza de la autonomía política de las Comunidades Autónomas, que se desenvuelve en el ámbito de la Constitución y de sus propios Estatutos, frente a la autonomía de los municipios y provincias cuyos intereses serán gestionados autónomamente pero en el marco de la ley (evidentemente que no solo estatal, sino también autonómica)<sup>13</sup>.

b) Por lo que se refiere a los criterios de relación nominal de las Comunidades, el Consejo repasa el derecho histórico y comparado, concluyendo a partir de este último que una enumeración sistemática es la práctica más extendida. El modo de efectuarla, puede ser desde el orden alfabético a la creación histórica, criterio éste último sin duda preferible por el apoyo que desde el propio articulado de la Constitución ofrecen preceptos como el art. 148.2 y la Disposición Transitoria 2ª CE<sup>14</sup>. Así, la fecha de aprobación estatutaria, criterio hasta el momento aceptado por las Comunidades para su presencia institucional y protocolaria en actos de Estado, resolvería el orden en la relación, sin acarrear ninguna otra consecuencia, como una hipotética preferencia de fondo de unas sobre otras, por motivos históricos o de competencias efectivas.

c) Finalmente, sobre los efectos de la mención expresa de las Comunidades Autónomas constituidas, en el resto del articulado constitucional, el Consejo plantea la necesidad de modificar: 1º) la rúbrica o encabezamiento del mismo Tí-

11. Icest, pág. 166. Sobre la naturaleza de la “autonomía” de las ciudades autónomas: Belda Pérez-Pedrero, Enrique, “La organización institucional de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 8, (septiembre-diciembre de 1999), INAP, Madrid, 2000, págs. 119 a 138. Otras publicaciones: Carbonell Porras, E., “La naturaleza jurídica de Ceuta y Melilla y su encuadramiento en la estructura territorial del Estado”, en *Civitas, Revista española de derecho administrativo*, nº 110 (abril-junio de 2001), págs. 251 a 268. López Mira, A.X., “Ceuta y Melilla. ¿Comunidades Autónomas o peculiares entidades locales?”, en *Revista de Derecho Político*, nº 43, págs. 147 a 156, 1998. Requejo Rodríguez, Paloma, “Ceuta y Melilla: ¿Ciudades con Estatuto de Autonomía o Comunidades Autónomas con Estatuto de Heteroorganización?”, en *REALA* nº 277, págs. 67 y ss., mayo-agosto de 1998.

12. En el art. 143 CE: “*Gozan igualmente de autonomía las Ciudades de Ceuta y Melilla*”. O “*Forman igualmente parte del territorio español las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla*”.

13. Icest, pág. 169.

14. Icest, págs. 147 a 150, y pág. 154.

tulo VIII CE, que se denominaría “*De la organización territorial*”, prescindiendo de su terminación “*del Estado*”, a fin de evitar equívocos entre las variadas acepciones del término, en especial con la que habitualmente se utiliza en este mismo Título como sinónimo de “Administración Central del Estado”, o “Instituciones del Estado Central”. 2º) Los elementos transitorios, o más bien ya utilizados temporalmente y agotados, que habrían de ser suprimidos<sup>15</sup>. Tanto del art. 143 CE, donde el Consejo centra la posibilidad de enumeración de las Comunidades Autónomas, como, por la misma razón, del art. 151 CE, que podría ya desaparecer en su totalidad. En conexión con este último habrá que subrayar que las variaciones institucionales futuras de la Comunidad que accedió al proceso mediante este cauce, se sustanciaría por su propio Estatuto, por lo que procede la correspondiente supresión del art. 152.1 CE. La supremacía estatutaria se podría garantizar en el art. 147 CE, para todas las Comunidades Autónomas, ya que sus Estatutos han de contener unos mínimos (*denominación, organización y sede de las instituciones propias*) así como en el párrafo dedicado por el art. 152.2 CE a la obligación de referéndum para la reforma de este tipo de Estatutos<sup>16</sup>. 3º) El art. 144 CE, eliminando las referencias transitorias una vez completado el sistema de articulación, pero dejando abierta la posibilidad de acceso a un régimen autonómico para territorios no integrados actualmente en una Comunidad Autónoma<sup>17</sup>. A salvo de hipótesis de laboratorio protagonizadas por una anexión territorial a costa de otros Estados (¿Gibraltar?), tal previsión solo podría referirse a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla o a sus peñones cercanos. 4º) Por idénticas razones de inutilidad, propone la supresión del contenido del actual art. 146 CE, ya que los procedimientos de reforma establecidos en cada Estatuto sustituyen este precepto que recogía la asamblea *ad hoc* para la elaboración de los primeros proyectos de Estatuto de las Comunidades Autónomas que pretendían acceder al autogobierno por el procedimiento fijado en el art. 143 CE, y que fueron conocidas como Autonomías de *vía lenta*. 5º) En base a parecidos criterios de inaplicabilidad o por

15. Algunos problemas sobre estas normas constitucionales, ya fueron adelantados en Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, “La consolidación de un Estado de hecho y el problema de las disposiciones adicionales y transitorias”. En VV.AA., *La reforma constitucional*, Ministerio de Justicia (XXVI Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado, 27, 28 y 29 de octubre de 2004), págs. 371 a 398, Madrid, 2005.

16. Siempre y cuando, parece entenderse, que el Estatuto de Autonomía andaluz garantizase tal referéndum, porque de lo contrario, una reforma estatutaria en este sentido podría alterar el procedimiento de reforma y eliminar esta decisión constituyente, por lo que sería dudoso aceptar sin más la supresión de este mandato por razones de economía legal.

17. Icest, pág. 182, “*Las Cortes generales, a propuesta del Gobierno y siguiendo el procedimiento previsto para la reforma de los Estatutos, podrán por motivos de interés nacional autorizar o acordar, en su caso, un Estatuto de Autonomía singular para territorios que actualmente no estén integrados en ninguna Comunidad Autónoma*”

su uso irreplicable, el extenso art. 148 CE, ha de ser eliminado, porque el marco de las competencias autonómicas ha sido ya una realidad marcada a partir de la asunción de la materia no expresada en el art. 149.1 CE, gracias a la habilitación contenida en el art. 149.3 CE, que concede a las Comunidades Autónomas la posibilidad de asumir todo lo no reservado para el Estado, si así se recoge en sus propios Estatutos de Autonomía. Aunque no se haya agotado su contenido, basta el juego del propio artículo 149 CE para delimitar las competencias entre ambos niveles territoriales. 6º) La mayor parte de Disposiciones Transitorias de la Carta Magna, en cuanto se refieren a la cuestión territorial estarían en condiciones de desaparecer, por su propia esencia: las Disposiciones 1ª, 6ª y 7ª, ejecutadas en los inicios del proceso autonómico, la DT 4ª sobre posible incorporación de Navarra al País Vasco (cuyo contenido sólo sirve de base para ataques infundados al autogobierno de la Comunidad Foral desde ciertos sectores de la Comunidad vecina), o la DT 5ª, sobre posibilidad de constituirse en Comunidades Autónomas las ciudades de Ceuta y Melilla en acuerdo adoptado por la mayoría absoluta de los miembros de sus respectivos ayuntamientos, y con autorización de una ley orgánica, en los términos previstos en el art. 144 CE<sup>18</sup>.

Sobre la eliminación de esta última Disposición Transitoria referida a las ciudades norteafricanas, cabe puntualizar el contenido del informe del Consejo. Como se ha expuesto más arriba, y en otros lugares<sup>19</sup>, y el propio documento del órgano consultivo deja zanjado, Ceuta y Melilla son Ciudades y no Comunidades Autónomas, por lo que no hicieron en el fondo uso de este precepto, convirtiéndose en un género nuevo a medio camino entre la corporación local que ya eran, y la Comunidad a la que se parecían en notables caracteres (presencia de un Estatuto, denominación de órganos ejecutivos y representativos) pero de la que diferían en otros (capacidad de legislar) haciendo inviable su equiparación con el resto de Autonomías. Por ello, suprimiendo esta Disposición se corre el riesgo de provocar un cierre del derecho a la autonomía, de grado igual a la que disfrutaban las Comunidades. No parece que fuera a ocurrir de este modo, primero porque, formalmente, el contenido de esta disposición de derecho transitorio deviene en imposible al haber desaparecido sus ayuntamientos, pero en segundo lugar, y como motivo más relevante, porque el propio Consejo, tras sugerir que se constitucionalice, tanto en el art. 137 como en el art. 143 CE, la categoría de Ciudad Autónoma referida a estos dos enclaves, parece dejar la puerta abierta a la autonomía de caracteres similares a los de las restantes (en su propuesta de mantener el art. 144 CE, de cara a la posibilidad de

18. Icest, pág. 179 y ss., detalla todas las reformas propuestas.

19. Belda Pérez-Pedrero, Enrique, "La organización institucional de las Ciudades Autónomas"....  
*Op. cit.*

que los territorios no integrados en una Comunidad Autónoma, pudiesen gozar de un Estatuto de Autonomía singular). Pero en este caso, ha de entenderse que las Leyes Orgánicas 1 y 2/1995, que aprueban sendos Estatutos para las Ciudades Autónomas no cerrarían la posibilidad a una organización política similar a la de las otras diecisiete partes integrantes del territorio español, sirviendo de habilitación este art. 144 CE, para superar el modelo de *ciudad autónoma* camino del de *comunidad autónoma*. De lo contrario, primero, sería interpretada la singularidad que la propuesta del Consejo atribuye a los Estatutos de las ciudades, como referida a una fuente normativa distinta al del resto de Estatutos (su contenido, aunque no la fuente, sin duda lo es). Y segundo, se abriría la puerta a un amplio debate para descubrir si el poder de reforma podría suprimir la salida ofrecida por el constituyente como opción de futuro para estos territorios, de ser Comunidades, y no Ciudades Autónomas (DT 5ª CE y art. 2 CE).

Como se puede comprobar, la, en principio, formal mención de las Comunidades autónomas además de no resultar tan limitada, conduce a una *limpieza normativa* de consideración, acertada por regla general, desde una actitud de compromiso con la actualización y el saneamiento de la norma, aunque no tanto con la finalidad de la reforma, cuya pretensión meramente descriptiva, podría convivir con esta serie de disposiciones sin causar daños al funcionamiento del sistema. En todo caso, parece más que evidente que un órgano como el consultado, de naturaleza jurídica indiscutible, está en la obligación de apuntar todos estos elementos en desuso, logrando una depuración y actualización del sistema.

##### ***5. Sugerencias que el Consejo de Estado añade a la propuesta de reforma del Gobierno, y crítica al respecto***

Y en base a los mismos criterios de compromiso jurídico, y sin duda, por la inquietud de los miembros del más alto órgano consultivo, por los problemas de derecho público, el informe en cuestión se atreve, al hilo de la mención de las Comunidades, a reflexionar (gracias a la fórmula abierta que le permite la demanda del Gobierno y dentro de los términos de la Ley Orgánica del Consejo) sobre determinados problemas de fondo que inciden en la actividad institucional de España, desde prácticamente 1978, y que se presentan con cierta crudeza en paralelismo al intento de reforma constitucional, durante la VIII Legislatura Constitucional (2004-2008).

a) La primera de las reflexiones surge con la formulación de sus alternativas articuladas ante la pregunta del Gobierno, y se refiere a la necesidad política que

algunas de nuestras Comunidades tienen de diferenciarse expresa y constitucionalmente del resto. Sobre ello, el Consejo señala que la estructuración territorial de España se presenta distinta a la consagrada en el *Estado Integral* de la Constitución de 1931, que permitía la coexistencia de dos modelos de organización territorial. La Constitución actual suscita un nuevo panorama con el que se pretende instrumentar la distribución de competencias fruto de una descentralización política y administrativa, que demanda unidades territoriales en las que descargar el poder, hasta ese momento central, que se reparte. También por ello, difiere del modelo federal<sup>20</sup>. Así, la formulación buscada resulta, a juicio del órgano consultado, la más correcta, enunciando conjuntamente todas las Comunidades con independencia de la tradición histórica y los antecedentes jurídicos que presentaban ya en el período constituyente, unas regiones existentes por gozar de cierta identidad, hechos diferenciales o por motivos geográficos o naturales.

Ciertamente el Consejo opta por la fórmula de igualar en el plano formal de la enumeración constitucional, todas y cada una de las Comunidades, con razones jurídicas de peso que transcurren desde el modelo elegido que combina unidad y autonomía, hasta la constatación de la igualdad de los habitantes en derechos y obligaciones con independencia del territorio que habiten (art. 2 y arts. 138.2 y 139.1 CE). Lo que parece más preocupante de la solución propuesta es la ausencia (probablemente acertada pero seguramente criticada) de un reflejo explícito, no ya hacia las Comunidades históricas, sino hacia la continuidad en el Título VIII y en otros preceptos, de las variadas referencias distintivas que el constituyente regaló a esos territorios: una repercusión expresa, aunque fuese meramente formalista, de la distinción entre nacionalidades y regiones, una prolongación de las ventajas o “atajos” que en el momento fundacional del Estado de las Autonomías se facilita a las regiones con tradición organizativa propia derivada de variados motivos (País Vasco, Cataluña, Galicia, Navarra, Baleares, y Canarias). Así, ante la desaparición de preceptos que contienen referencias explícitas, especialmente las Disposiciones Transitorias, el efecto percibido por la clase y la representación política de esos territorios puede tender al de una sensación de uniformidad, no conformándose con la potenciación práctica de sus capacidades de autogobierno en los propios Estatutos.

b) Una segunda de las preocupaciones suscitadas por el Consejo de Estado, se refiere a la delimitación o aclaración de los principios constitucionales que

20. ICEST, pág. 172.

inspiran las relaciones de las Comunidades Autónomas con el Estado, y de aquellas entre sí: los de solidaridad, igualdad, y cooperación o colaboración. 1º) Ante el principio de solidaridad, sugiere la necesidad de que el Estado lo distinga como una cláusula efectiva, que supere precisamente la condición de principio, para todas las relaciones interautonómicas pero también intraautonómicas<sup>21</sup>, apelando para ello a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional desde hace varios años (SSTC 152/1988 y 183/1988, 64/1990, 100/1990, 236/1991 o 51/1993 entre otras)<sup>22</sup>. Sería esta reforma, a su juicio, una buena oportunidad para concretar la solidaridad, cuya indeterminación ha sido paliada por la actividad del más alto intérprete de la Constitución, por lo cual enumera los artículos del texto vigente donde tales previsiones se pueden afinar. 2º) En cuanto a la efectividad de la igualdad entre territorios, estudia con detenimiento su presencia en los arts. 138.2, 139.1, 149.1.1ª y 152, todos ellos en relación con el art. 14 CE, así como la jurisprudencia constitucional en la materia, centrada en la cohabitación del principio de igualdad y el principio de autonomía. Concluye que su efectividad pasa por la actuación estatal aseguradora de unos mínimos servicios en toda la geografía nacional, aprovechando la finalidad distributiva perseguida desde el art. 158 CE.<sup>23</sup> 3º) Respecto de los principios de cooperación y colaboración, tras un análisis jurisprudencial igualmente detallado, que comienza en la STC 18/1982, concluye como en los anteriores casos con la actual falta de precisión sugiriendo su consagración explícita como un deber constitucional<sup>24</sup>.

c) Otra de las reflexiones del Consejo ya perfilada desde las primeras líneas del tratamiento de esta propuesta de reforma, es la que expone la (baja) consideración que a su juicio debe recibir el territorio *provincia*, de producirse las reformas constitucionales. Con brevedad, anticipa los rasgos fundamentales de lo que pudiera ser la nueva situación, que concretará posteriormente al abordar en el informe la reforma del Senado. El balance final que espera a la provincia como institución local, y a la diputación, como su institución representativa, es desesperanzador. En este extremo, la moderación y el carácter completo y reflexivo que marca la tónica general del excelente informe del Consejo de Estado, se desvanece ante la ausencia de justificaciones jurídicas (que sin duda existen) para rebajar o eliminar la presencia del ente territorial intermedio en buena parte del articulado constitucional, prescindiendo de barajar, aunque fuera para eliminar-

21. Evitando así el nacimiento de diferencias entre las distintas zonas de la Comunidad.

22. ICEST, pág. 191.

23. ICEST, págs. 194 a 199.

24. ICEST, págs. 199 a 202.

los, los argumentos que sostienen la prolongación en nuestro sistema de la estructura territorial e institucional intermedia, muy en especial en las Comunidades Autónomas en las que su arraigo es notable, que no son pocas<sup>25</sup>.

Tras un somero repaso del proceso de crisis de la provincia como división territorial y como ente local, aboga por la supresión de su autonomía y personalidad, proponiendo incluso la desaparición de la más elemental garantía de supervivencia o existencia de los límites territoriales provinciales actuales, que quedarían a merced de las Comunidades Autónomas, ya que apuesta por la modificación de la reserva de ley orgánica habilitada para la alteración de su espacio, en el art. 141.1 CE<sup>26</sup>.

A nuestro juicio, el papel de la provincia y sus instituciones, parece que demanda una reflexión mucho más calmada, y no basta con aprovechar una reforma que les afecta tangencialmente, para revisar la apuesta del poder constituyente por su continuidad: circunscripción, base para la creación de las nuevas Comunidades Autónomas, estructura intermedia o instrumento para la ejecución de políticas públicas en ámbitos supramunicipales. Es probable que tienda a desaparecer la socialmente desconocida diputación, o que el sentimiento autonómico supere y sustituya el sentimiento provincial, pero como es natural esta cuestión demandaría en su caso un proceso de debate previo a una reforma, en la que la voluntad de los promotores y de los representantes, se manifieste respecto de transitar el camino de la postergación provincial de una manera expresa y consciente.

El posicionamiento del Consejo, es más que evidente que se fundamenta sobre las opiniones doctrinales mayoritarias y que, con toda probabilidad, no afectaría la práctica institucional de las provincias ni sus funciones. Lo que parece también incuestionable es que respaldaría el proceso, abierto ya, de crecimiento (porque, entre otras cosas, las corporaciones provinciales no tienen instrumentos jurídicos de defensa, de la magnitud que posee la administración estatal o autonómica) de competencias autonómicas a costa de las provinciales. El núcleo del problema, trasciende el ámbito jurídico, y es el siguiente: la estructura territorial e institucional intermedia es imprescindible para el cumplimiento de determinadas funciones en aquellas Comunidades (no, evidentemente, las uniprovinciales) que el proceso de descentralización política y administrativa desde la Administración Central del Estado a las nuevas autonomías, no es suficiente para acercar la gestión públi-

25. Castilla-León, Castilla-La Mancha, Andalucía, Valencia, Extremadura, Galicia, y en menor medida Aragón.

26. ICEST, pág. 202 y ss.



ca y el conocimiento de las necesidades a la ciudadanía. En muchas regiones (ya citadas: las dos Castillas, Andalucía, Valencia, Extremadura, Galicia, y en menor medida Aragón), la identificación provincial y las peculiaridades de carácter geográfico, demandan una estructura que, como reconoció el constituyente en el art. 141.2 CE, puede encomendarse a las diputaciones o cualesquiera otras instituciones de carácter representativo, para posibilitar la triple relación *conocimiento del problema-toma de decisión política-ejecución o prestación del servicio*. Esta actividad demanda una institución o mejor dicho, una red completa de ellas que se extienda por el territorio autonómico con criterios uniformes, por lo que no basta con la potenciación de una red de mancomunidades o consorcios que, por su propia naturaleza tienden a imponerse una serie de límites sectoriales en sus fines, ni tampoco la sustitución por una estructura comarcal, donde ésta no tiene aceptación del administrado o, en el mejor de los casos su reconocimiento es notablemente más reducido que el de la provincia y su institución<sup>27</sup>. Por su parte, tampoco los municipios, que a duras penas por su financiación pueden responder de sus propios servicios, pueden autogestionar todos y cada uno de los extremos de su competencia cuando su número de residentes es reducido, demandando una actuación supramunicipal continua.

Lo que pudiera presentarse como solución al problema, la asunción de las funciones representativas y la atención poblacional por parte de la Comunidad Autónoma, es precisamente el combustible para alimentar el nuevo problema territorial latente, generado desde hace veinticinco años con la implantación de las Comunidades Autónomas: el *neocentralismo*. Todos los efectos positivos que proyecta el *Estado de las Autonomías* en el desarrollo político, social, económico, asistencial y cultural de la España de los últimos años han tenido sus notas discutibles y, es más que probable, que también ciertos reflejos negativos en variados terrenos. Ninguno de ellos tan grave como aquél que destruye la idea original que alienta el proceso de descentralización, como es el acercamiento institucional y de toma de decisiones aproximado al ciudadano. De esta forma, cuando los diferentes territorios del Estado (utilizando la acepción *territorio* en sentido amplio, no siempre sinónimo de Comunidad Autónoma, sino de región, municipio, isla, comarca, etc.), sin importar su preexistencia histórica, logran el acceso al autogobierno y con ello la posibilidad de detectar y atender desde la cercanía con más

27. O cuando existe una comarca o comarcas arraigadas, tendría que constatarse su generalización y eficacia en todo el territorio, como sucede en Cataluña, o como parece intentarse en Aragón desde su Ley 10/1993, de 4 de noviembre, sobre Constitución y regulación de las Comarcas. La tónica habitual en el resto de Comunidades es la inexistencia de este tipo de unidad intermedia, o su arraigo parcial (caso de la Ley 1/1987 de Castilla-León, sobre la comarca de El Bierzo).

eficacia sus derechos y necesidades, salvando la lejanía de la capital administrativa del Estado; comienzan al tiempo a detectar, en muchos casos, que ese núcleo centralista superado con la Constitución y sus resortes, reaparece o se transustancia en un nuevo ente de poder tanto o más fuerte, ejercitado desde la capital, los núcleos de decisión y las elites políticas de su Comunidad Autónoma. Como ya se ha apuntado, el jienense, granadino o almeriense, respecto de las instituciones andaluzas; el alcarreño, conquense o puertollanense respecto del centro ejecutivo de toma de decisiones en Castilla-La Mancha, ubicado en Toledo; o el soriano, abulense, salmantino, zamorano, o leonés frente a Valladolid (entre otros muchos ejemplos); pueden terminar asumiendo la misma intensidad en la dependencia, ajena a un referente propio identificable y cercano.

Los aspectos anteriores son susceptibles de análisis desde otras disciplinas pero el derecho constitucional está en la obligación de ofertar una solución jurídico-constitucional a la necesidad social, muy en particular cuando se evalúa un proceso de reforma constitucional en el que, nuestra labor principal es esa, ya que toda la motivación del ejercicio del poder de reforma es la readaptación al tiempo y la circunstancia, de la norma fundamental. La provincia y su institución representativa se erigen en la actualidad como uno de los escasos frenos o muros de contención a la, hasta ahora, ilimitada voracidad competencial de las Comunidades Autónomas que, en trámite de arrebatar los últimos resquicios competenciales que le quedan al Estado extramuros del art. 149.1.1ª CE, procede desde hace dos décadas a expandirse a costa de las corporaciones locales. Además, no ha de olvidarse que, desde otro punto de vista, el fortalecimiento de la unidad básica territorial (el municipio), y la indiscutida legitimidad social de su corporación representativa y sus agentes ejecutivos (ayuntamiento y alcaldes, respectivamente, avalados por una mayor voluntad legislativa estatal de dotar de contenido su autonomía, y de garantizar la misma, y beneficiados por corrientes que avalan, en lo político, una segunda descentralización); arroja al ente intermedio provincial al abismo de desapoderamiento competencial y financiero, transformándolo en una entidad sin raigambre que participa residualmente, y en ocasiones de forma alegal, de las competencias de los demás entes territoriales.

Que la situación indefinida de las diputaciones ha de ser solucionada es tan cierto como que las Comunidades Autónomas carecen de un patrón común de arraigo territorial que les permita omitir la raíz del fenómeno provincial en buena parte de nuestra geografía nacional, y tan cierto, por último, como que nacionalidades y regiones deben evitar la reproducción del centralismo sobre sus propio territorio cuya erradicación es el origen de ellas mismas. Sin entes locales inter-

medios, o con ellos débiles, eso sucede, y la postergación del referente provincial acentuará esta tendencia<sup>28</sup>.

La sustancialidad de este problema escapa a un tratamiento tangencial derivado de la relación nominativa de las Comunidades Autónomas y de la reforma del Senado, y las consecuencias de la indiscutible necesidad de mejora en uno y otro ámbito deben sopesar la voluntad de los iniciadores de la reforma, y evidentemente, la percepción del constituyente en este terreno. De esa manera de puede afrontar este aspecto provincial en una reforma amplia de todo el modelo territorial, en el cual se habrían de tratar numerosas ramificaciones del problema, más palpables y sangrantes que el desarrollo de la Cámara Alta e incluso, la propia naturaleza de ciertas Comunidades Autónomas. Por ejemplo, el desarrollo de la participación democrática en los municipios, la financiación de los mismos, las duplicidades competenciales entre Comunidades y Ayuntamientos, la garantía de los servicios locales básicos y la responsabilidad ante su incumplimiento, la solidaridad intraautonómica, etc.

El proceso de retorno al centralismo, es inapreciable en las Comunidades uniprovinciales o en aquellas, como Cataluña, que logran por variadas razones un entramado intermedio que representa el hecho supramunicipal. Pero es especialmente interesante el estudio de todo lo expuesto sobre la institución intermedia, en tres Comunidades, en las dos insulares y en el País Vasco, por la siguiente cuestión: resolver la crisis de la provincia pasa por determinar, como hemos anticipado, si es necesario un ente local intermedio generalizado (que evite el comarcalismo esporádico o el parcialismo de finalidades de las mancomunidades), o por el contrario carece de sentido este nivel representativo y administrativo, pudiendo asumir sus funciones la propia Comunidad Autónoma, con representantes (como ya sucede) de esos territorios en sus asambleas y atendiendo las necesidades a través de una red de cargos y órganos de gestión desconcentrada radicados en esos lugares. Si se determina la ausencia de tal necesidad ante una presencia territorial organizada de la Comunidad Autónoma, poco cabe decir. Pero si la necesidad del eslabón intermedio pervive, por los motivos aludidos y compartidos en nuestro entorno democrático (Francia, Italia, Alemania...) y muy especialmente como contrapeso de fomento del institucionalismo democrático frente a la omnipresencia de la administración autonómica; lo que procede de inmediato es una reforma que termine con su incertidumbre. No es este el lugar

28. Otras recientes opiniones sobre la relación de Provincias y Comunidades Autónomas: Morell Ocaña, Luís, "La dinámica provincial a partir de la Constitución". *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 300-301, págs. 13 a 33, 2006.

adecuado para un análisis profundo, pero es obligado apuntar al esquema organizativo de esas tres comunidades señaladas si se quiere encontrar un modelo autóctono adecuado para cimentar una nueva estructura político-administrativa que supere la de las diputaciones actuales. Así, los Consejos de las Islas Baleares, los Cabildos canarios y las Diputaciones Forales de los Territorios Históricos del País Vasco, realizan la función institucional intermedia en Comunidades Autónomas con similares o mayores (en el caso vasco) manifestaciones de voracidad competencial, sin renunciar al espacio que les es propio, y manteniendo vigente en sus instituciones a través de distintos periodos de nuestra historia, cierto nivel de notoriedad. Su capacidad de gestión, competencias propias y delegadas y sobre todo, su índice de aceptación social basado en la participación política a través de representantes escogidos en elecciones directas; contribuyen a la legitimación y reconocimiento social de las mismas, mostrando al resto de entes un modo racional de organización.

d) El último objeto de disertación del Consejo de Estado en torno al sistema territorial español, desde la naturaleza abierta del informe, es el de mayor complicación técnica, y es calificado como “*la apertura del sistema*”<sup>29</sup>. En este punto se alude a las consecuencias de un proceso temporalmente paralelo a la emisión del informe, el de la reforma de varios Estatutos de Autonomía, y la incidencia de esos resultados en la configuración, o en su caso se diría en la *mutación*, del texto constitucional. Del texto hay que subrayar que el asunto abierto en ese momento al debate, era el riesgo de desacuerdo entre la opinión del Parlamento de Cataluña y las Cortes Generales, ante un proceso de reforma. Sin profundizar en estos asuntos, constata la existencia de procedimientos de reforma distintos en el derecho autonómico español, por lo que plantea variados ajustes, entre los que destacaríamos la consideración del estatuto como ley orgánica<sup>30</sup>, o la reintroducción del recurso previo de inconstitucionalidad<sup>31</sup>.

Por lo que se refiere a los límites de capacidad de los estatutos de las Comunidades Autónomas, normas que formando parte del sistema de fuentes inciden sobre el modelo en su conjunto, el Consejo de Estado sugiere dos posibles reformas clarificadoras: suprimir la dualidad actual entre lo que se entiende como transferencia y lo que se denomina como delegación, y evitar que los estatutos incorporen las competencias estatales transferidas a la Comunidad Autónoma<sup>32</sup>.

29. ICEST, pág. 207 y ss.

30. ICEST, pág. 218.

31. ICEST, pág. 219.

32. ICEST, págs. 220 a 223.

El muy tratado tema de la incidencia estatutaria en el sistema de fuentes, es recurrente en cada uno de los problemas surgidos en los procesos de reformas catalán, valenciano, andaluz o balear. La desconexión, denunciada entre otros por Ortega Álvarez<sup>33</sup>, entre el mismo y esta reforma constitucional, vuelve a presentarse como un déficit de seriedad del planteamiento general del proceso en la pasada Legislatura (2004-2008).

El Título VIII de la Constitución española, en consonancia con el resto del articulado que trata las fuentes del derecho, origina una configuración específica del contenido del tipo de norma denominado “Estatuto de Autonomía”. Este, debiera tener limitada su capacidad de relacionar o describir determinadas temáticas. Si se entendiese que los estatutos de Autonomía pueden gozar de un contenido posible o adicional, complementario del descrito en el art. 147.2 CE, surgiría la necesidad, en todo caso, de reiterar el imperativo constitucional de respetar la asignación territorial y competencial del sistema constitucional de fuentes.

### ***6. La organización territorial, debate abierto***

La reforma planteada en su día y aletargada hoy, pone sobre el tapete buena parte de los problemas de la organización territorial de España, que han de ser atendidos tarde o temprano. Es cierto que la propuesta de reforma en este extremo de la relación nominal de Comunidades, y en la reforma del Senado, se presentó como limitada, y a ella no cabe exigirle un efecto curativo absoluto. Pero la cuestión está en si la misma puede al menos, remediar o paliar cierto número de desajustes advertidos y denunciados reiteradamente desde todos los ámbitos. La vinculación ciudadana con el modelo territorial no puede debilitarse ante una ocasión como la que se pretendía suscitar con la reforma, para concluir después de una modificación constitucional, que los cambios sólo se referían a cuestiones puntuales y que es necesario plantear un nuevo proceso de reforma sobre el territorio. Aquí reside, pues, la principal debilidad de la propuesta: sus objetivos limitados y meramente formales. Abrir el debate sin resolver el fondo, en el que se encuentran cuestiones como el papel del Tribunal Constitucional, que está en la práctica haciendo de *constituyente*, y un sistema de estatutos de autonomía que, examinados e interpretados conjuntamente sustituyen lo que la Constitución de

33. Ortega Álvarez, Luis, *Reforma constitucional y reforma estatutaria*, Cuadernos Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005. Tajadura Tejada, Javier, “La constitucionalización del mapa autonómico...”. *Op. cit.*, también crítica el riesgo de que las reformas estatutarias superen la Constitución.

1978 no llega a decir<sup>34</sup>. Puede que la base de todo ello fuera abordar sin complejos el tipo de Estado que tenemos y el que queremos, comenzando por afrontar su naturaleza<sup>35</sup>.

34. Como subraya Cabo Martín, Carlos de, *La reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho...*, págs. 77 y ss.

35. Ruipérez Alamillo, Javier, “Una cuestión actual en la discusión política española:...”. Pág. 136: este autor, en línea con otros desde Antonio La Pergola suscribe que los llamados Estados federal, integral, regional, de las autonomías...; “(...) *no son más que manifestaciones estructurales concretas de una misma realidad: el Estado Federal o, si se prefiere, el Estado políticamente descentralizado.*”. Puede que sea cierto, llevando por tanto a extender este calificativo a buena parte de los sistemas descentralizados que no son calificados como tales. Desde luego, en España, si los grandes partidos mayoritarios asumieran el término “federal” como apellido de nuestro Estado, terminarían un tiempo con muchos de los problemas actuales. Al menos, hasta que los nacionalismos periféricos reaccionaran ante la evidencia de lo que en realidad es un Estado Federal, leyendo también a Ruipérez en sus acertadas palabras: “(...) *en el Estado Constitucional no existe más soberano que el poder constituyente que elabora, discute, aprueba, establece y sanciona la constitución, hecho lo cual, y como entre otros, han puesto de manifiesto Schmitt y De Vega, el Constituyente desaparecerá de la escena política, dando paso a la actuación de los poderes constituidos. Lo que, en definitiva, nos dice que forma parte de la naturaleza del Estado Federal el que tanto la organización central como los centros autónomos de decisión política no pueden ser entendidos como titulares de derechos de soberanía, sino, muy al contrario, de derechos de autonomía.*”. (Ruipepérez Alamillo, Javier, “Una cuestión actual en la discusión política española:...”, pág. 137). En pág. 141: En España, es el Pueblo español en su conjunto, el único soberano.

### **Resumen**

La reforma de la Constitución en los aspectos referidos a su organización territorial, se sigue planteando como una necesidad por la clase política y los profesionales del Derecho público. La fallida propuesta de reforma conocida entre 2004 y 2007, quedó en aspectos de escasa importancia.

### **Abstract**

The constitutional reform in the aspects referred to his territorial organization, It continues appearing as a need for the political class and the professionals of the Public law. The unsuccessful reform proposal known between 2004 and 2007, it remained to aspects of minor relevancy.

### **Palabras clave**

Territorio  
Reforma constitucional  
España

### **Key words**

Territory  
Constitutional reform  
Spain

## LA VISIÓN JURÍDICA DEL TERRITORIO

**Enrique Belda Pérez-Pedrero**

*Titular de Derecho Constitucional*

*Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Ciudad Real (UCLM)*

*Consejero Consultivo de Castilla-La Mancha*

- 1. El territorio en la Constitución.*
- 2. El concepto de territorio en la jurisprudencia constitucional.*
- 3. Enfoques desde los cuales aborda la doctrina el territorio.*
- 4. Reseña bibliográfica.*
- 5. Artículos constitucionales alusivos al territorio .*



### ***1. El territorio en la Constitución.***

El territorio es utilizado por la Constitución española para el cumplimiento de numerosas finalidades, no siempre relacionadas:

Las más evidentes son la identificación del elemento constitutivo del Estado español, delimitando la eficacia de las normas jurídicas en este ámbito. Asimismo realiza la mismas funciones en las divisiones estatales: municipios, provincias y Comunidades Autónomas. Por otra parte, y respecto de este último ente se convierte habitualmente en elemento sustancial del mismo, como instrumento de formación de las CCAA (que cumple su principal cometido en los primeros años de vigencia del sistema, en los arts. 143, 144 y 151.2.5 CE) y después como su factor esencial constitutivo (art. 147.2.b CE).

A través de las normas constitucionales se descubren otras finalidades explícitas e implícitas en sus distintas manifestaciones: es una materia competencial (art. 148.1. 2 y 3 CE), un criterio de reparto que contribuye a elaborar un determinado sistema electoral, siendo pieza o componente de mismo (arts. 68 y 69 CE), una referencia para el ejercicio y la eficacia de los derechos fundamentales (art. 139 y art. 19 CE), un adjetivo que imprime protección constitucional específica (art. 23.2 CE y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional), un factor para evaluar una magnitud económica, planificar o redistribuir (arts. 40.1, 131.1, 138, y 158 CE), un hecho generador de un comportamiento positivo de los poderes públicos a favor del ciudadano por su ausencia del suelo estatal, promoviendo el regreso del emigrante o el voto (arts. 42 y 68.5 CE) y objeto de conflictos ante el Tribunal Constitucional (art. 161.1.c CE).

Y en último término, como sinónimo de división del Estado, es una zona del mismo susceptible de estar representada (arts. 68, 69, y 152.1 CE), que recibe por su ubicación geográfica, alguna atención en el sistema electoral (art. 69 CE) y que constituye cauce para el cumplimiento de los fines del Estado (arts. 103.1, descentralización, y 154 CE, referencia de la Administración Central del Estado para los Delegados del Gobierno).

### ***2. El concepto de territorio en la jurisprudencia constitucional.***

El Tribunal Constitucional ha tratado en numerosas sentencias problemas territoriales relacionados con la distribución competencial, pero muchas menos veces se ha referido al territorio para otorgarle un contenido o utilizarlo de alguna

manera como criterio interpretador. Podría resumirse diciendo que no existe una teoría jurisprudencial sobre el concepto territorio, con la definición y alcance que se descubre tras otras figuras. Lo cierto es que es poco lo que cabe explicar e interpretar de un concepto cuya aparente complicación se basa en las distintas acepciones que asume a lo largo de la Constitución.

No obstante, parece oportuno destacar un determinado número de sentencias donde el territorio cumple para el Tribunal un cometido concreto, y que se podrían agrupar en varios núcleos, intentando seguir en la medida de lo posible el esquema clasificador empleado sobre los artículos constitucionales, con algunos cambios de enunciado para ajustarnos a la finalidad principal de la mención jurisprudencial. Así encontraremos resoluciones atinentes a su uso como espacio delimitador de la eficacia de las normas de las Comunidades Autónomas (en adelante CCAA) y del propio Estado, como criterio de apoyo en la determinación del significado de algún derecho fundamental, como dato a valorar en cuanto a la promoción de la igualdad y política social, y finalmente, como objeto de conflicto entre subdivisiones territoriales o entre estas y el Estado, cuando se trata de la materia *ordenación del territorio*, del art. 148.1.3 CE.

a) *Sentencias relativas al territorio como elemento del Estado*. No existen resoluciones al respecto de este tema, siendo la única de las cinco facetas que se describen en las que el Tribunal no ha tenido ocasión de pronunciarse ni siquiera colateralmente, mediante la utilización del factor territorial.

b) *Sentencias que aluden al territorio como espacio de delimitación y eficacia de las normas*. Las referencias más evidentes se centran en el ámbito de validez de las normas autonómicas. Es el caso de una de las primeras sentencias, la STC 37/1981, de 16 de noviembre, en el que se solventa la impugnación de una Ley del Parlamento Vasco sobre centros de contratación de cargas en transporte terrestre de mercancías. En su fundamento jurídico primero (en adelante f.j. 1), manifiesta con gran claridad una idea de sustancial importancia para entender el considerable valor que adquiere la normativa autonómica en el nuevo (por aquel entonces) marco estatal: las normas y actos autonómicos limitan su eficacia a los propios territorios, pero ello no supone su inexistencia para el resto de las CCAA, ya que determinados efectos pueden producir consecuencias prácticas en otros lugares del Estado. El Tribunal estima con acierto que ello supondría privar a los entes autonómicos de toda capacidad de actuación al ser escasas las relaciones jurídicas que no puedan potencialmente tener una repercusión extracomunitaria. También se observa esta finalidad, con alguna variación, el de la STC 82/1986

de 26 de junio<sup>1</sup>, en la cual el territorio funciona como delimitación del espacio de uso de la lengua cooficial de las CCAA, disponiéndose la utilización de la misma para todas las relaciones jurídicas en las que intervengan los poderes públicos, y señalando expresamente al territorio como criterio delimitador de la oficialidad: “(...) *por tanto, el criterio delimitador de la oficialidad del castellano y de la cooficialidad de otras lenguas españolas(...) independientemente del carácter estatal (en sentido estricto), autonómico o local de los distintos poderes públicos*”. (f.j. 9).

Las Comunidades Autónomas, por otra parte, no se limitan a crear y ejecutar su propio derecho, sino que su posición en el sistema les exige un compromiso de atención y ejecución de normas de todo tipo, por supuesto estatales, pero también supracomunitarias. Son los casos resueltos a través de algunas resoluciones, como la STC 165/1994 de 26 de mayo, que dispone para las CCAA que en razón de la materia puedan ejecutar en su territorio disposiciones ajenas, como las de la Unión Europea (f.j. 4)<sup>2</sup>, y actuaciones extraterritoriales relativas a su ámbito de competencia, incluso fuera del Estado, siempre que eviten las relaciones internacionales (f.j. 5). En todo caso esta actividad es intrínsecamente limitada y no permite manifestaciones como el *ius contrahendi*, que origine obligaciones recíprocas con poderes públicos extranjeros (f.j. 6)<sup>3</sup>.

Cuestión distinta dentro del tema del territorio como elemento delimitador de la eficacia legal, es el caso del alcance de las normas del Estado. En su ámbito de competencia, alcanzan al territorio español y cualquier conflicto jurídico-competencial con CCAA no cuestiona su hipotética aplicación en razón del territorio sino de la materia. Es de más interés centrarse, como se acaba de hacer respecto de las normas autonómicas, en su posible eficacia extraterritorial. Dicha circunstancia fue doctrinalmente avivada tras el procesamiento del general Pinochet por un juez español, en 1999. El Tribunal, en sentencia 21/1997, de 10 de febrero, aborda un supuesto de detención en alta mar con base en nuestro derecho, manifestando que el legislador ha atribuido un alcance universal a la jurisdicción espa-

1. La que trata la Ley vasca 10/1982 de Normalización del Uso del Euskera.

2. También en las SSTC 258/1988 y 79/1992.

3. Es necesario aludir a una circunstancia bien distinta a la delimitación de eficacia de las normas jurídicas en el territorio de las CCAA, y es el caso contenido en la STC 114/1994 de 14 de abril: el Tribunal señala que las resoluciones emitidas por los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA no limita la eficacia del fallo. Una cosa es que como consecuencia de la previsión constitucional del art. 152.1 CE, se pueda delimitar la demarcación judicial correspondiente a estos tribunales, y otra que se restrinja el alcance del fallo en esa demarcación; lo cual sería difícilmente conciliable con la unidad judicial (f.j.3). De nuevo se recuerda, que la Justicia recae sobre el territorio de todo el Estado, aplicando el conjunto del ordenamiento y otorgando eficacia general.

ñola para conocer de unos delitos determinados, en correspondencia con su gravedad y proyección internacional. Por ello, la extraterritorialidad de la eficacia de las normas y actos funciona excepcionalmente en atención a causas justificadas: persecución del delito, operaciones de paz, etc.; manifestándose una flexibilidad del territorio estatal como límite de la aplicación de su propio derecho, igual que sucede con el de las CCAA.

En definitiva, se puede observar que el territorio, no actúa como límite absoluto de eficacia de normas y actos, lo que demuestra que nuestro Estado de cara a su organización territorial interna rechaza los compartimentos normativos estancos, apostando por un sistema en que la integración de los poderes públicos de las divisiones territoriales es la clave para el funcionamiento del conjunto del sistema. Y también, cabe concluir, por otra parte, que la comunidad internacional y su derecho permite la eficacia de actos jurídicos basados en los distintos ordenamientos nacionales fuera del ámbito territorial internacionalmente reconocido a los Estados.

c) *Territorio y derechos*. Las Sentencias más relevantes sobre este tema se centraron en reiterar la igualdad constitucional de derechos y obligaciones con independencia del territorio donde se resida. Por ejemplo las SSTC 37/1981, de 16 de noviembre, la 90/1989, de 11 de mayo, la 46/1991, de 28 de febrero (La STC 31/2010 de 28 de junio, sobre el estatuto de Cataluña no cambia en lo esencial este planteamiento). En ellas se argumenta sobre la declaración del art. 139.1 CE, que se dirige al territorio (del Estado), como espacio común de ejercicio de derechos y obligaciones, y genéricamente a cualesquiera otras subdivisiones, físicas o administrativas, como ámbitos donde no cabe desigualdad alguna en el respeto y cumplimiento de los mismos. La labor interpretativa del Tribunal sobre ello, también es en este caso consecuente con la diversidad latente en la propia armadura del Estado autonómico recordando, por ejemplo desde la STC 37/1981 (f.j. 3º), que lo exigido en todo el territorio es una igualdad en condiciones básicas de ejercicio de los derechos, impeditiva de discriminación, nunca una igualdad absoluta<sup>4</sup>. En otras palabras, y respecto de la potestad sancionadora de las CCAA en su ámbito de competencia, la STC 27/1988 de 29 de noviembre, sobre la Ley de Aguas, admite las divergencias interterritoriales proporcionadas y razonables, dentro de los principios básicos estatales (f.j. 29). En este sentido se pronuncia también la STC 168/1993, de 27 de mayo (f.j.8)<sup>5</sup>. Las variaciones normativas

4. “(...) nuestro ordenamiento tiene una estructura compuesta por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional (...)”. STC 37/1981 f.j. 3.

5. Y muchas otras anteriores, como las SSTC 87/1985 (f.j.8), 137/1986 (f.j. 3), 48/1988 (f.j.8) o 152/1988 (f.j.14).

entre territorios, en lo que puedan afectar al derecho de igualdad entre los ciudadanos, son tratadas tangencialmente por la STC 90/1989, cuando en su f.j. 5, señala que los mandatos del art. 14 CE no implican forzosamente la uniformidad de posiciones jurídicas de los ciudadanos en todo el territorio español, independientemente del municipio, provincia o Comunidad Autónoma en que residan.

A modo de resumen de lo dicho, bien puede argumentarse una resolución que aborda precisamente el art. 139.1 CE, encargado de prohibir las diferencias en los derechos y obligaciones entre las distintas zonas del territorio, como es el caso de la STC 17/1990, de 7 de febrero, que en su f.j. 17, recuerda que este precepto no determina una “(...) *monolítica uniformidad del ordenamiento que reclame la plena identidad de derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio nacional (...)*”. Esta doctrina se reproduce, entre otras, en la STC 46/1991, de 28 de febrero (f.j. 2), respecto de la obligación de adquirir conocimientos lingüísticos en CCAA con régimen de cooficialidad. De entre las numerosas resoluciones al efecto, también la STC 319/1993, de 27 de octubre (f.j. 5): el art. 139.1 CE asegura, junto con otros preceptos, una determinada uniformidad normativa en todo el territorio, preservando una posición común de los españoles. Esa igualdad *integradora de la autonomía*, convive con la diversidad emanada de los ordenamientos autonómicos<sup>6</sup>. Es preciso aludir también, por último, a la STC 89/1998, de 21 de abril que en su f.j. 3, entiende que la finalidad del recurso de casación para la unificación de la doctrina es la de garantizar la igualdad de los ciudadanos en la aplicación e interpretación de la Ley en todo el territorio nacional. Hay que subrayar que el Poder Judicial trasciende de las particularidades territoriales en cumplimiento del art. 139.1 CE, garantizando la aplicación igual y a la vez *diversa* de derechos y obligaciones.

Otro grupo destacado de resoluciones son aquellas donde el territorio es relevante para la interpretación de un derecho fundamental o legal. En este sentido, la STC 8/1986, de 21 de enero, respecto de la libertad de residencia, declara en el f.j. 3, que la fijación de la misma tiene “(...) *beneficios y perjuicios, derechos, obligaciones y cargas que, materialmente o por decisión de los poderes públicos competentes, corresponden a los residentes en un determinado lugar o inmueble por el mero hecho de la residencia, derechos, obligaciones y cargas que pueden ser diferentes en cada caso, en virtud de circunstancias objetivas y de acuerdo a lo dispuesto en el ordenamiento (...)*”. Del caso particular de la libertad de residencia, el Tribunal extrae una conclusión mucho más genérica respecto del

6. También la STC 337/1994, de 23 de diciembre, f.j. 19.

ejercicio de todo tipo de derechos, en ese mismo fundamento: *“El hecho de que los residentes en una determinada zona del territorio nacional hayan de soportar obligaciones y cargas mayores que las de otros, lo que normalmente se corresponde con la atribución de mayores beneficios o de una situación de hecho más ventajosa, no limita o restringe su derecho a la libre elección de residencia (...)”*. En efecto, el Alto Tribunal va a constatar que el ejercicio de muchos de los derechos y el cumplimiento de las distintas obligaciones, no es uniforme y que su lugar de ejercicio condiciona el mismo, aún cuando el contenido esencial sea igual en todo el territorio del Estado. Así, la libertad en la fijación de residencia, en la íntima decisión de habitar en un concreto territorio, va a producir consecuencias jurídicas distintas en las facultades de un ciudadano, dentro de dos límites: que las modulaciones en el ejercicio del derecho o cumplimiento de la obligación no desvirtúen el sentido básico o esencial de la figura jurídica en todo el Estado, y que no se afecte la igualdad en el sentido genérico que manifiesta la Constitución.

El Tribunal, en el tratamiento de la libertad de residencia, por su conexión territorial, ha tocado siempre temas de esta naturaleza. Así, la STC 90/1989, de 11 de mayo (f.j.5), rechaza que la diferencia de normativas aplicables a un ciudadano según el lugar (Comunidad, pueblo o provincia) en la que resida, afecten en modo alguno a la libertad de residencia: *“(...) en tanto no impidan que el ciudadano opte por mantener su residencia en donde ya la tenga, o por trasladarla a un lugar distinto, lo que constituye el presupuesto jurídico necesario del trato diferente entre diversas regiones. Ciertamente, quien así lo haga habrá de asumir las consecuencias de su opción (...)”*.

Desde el punto de vista de este trabajo ha de resaltarse que el territorio es relevante a efectos del ejercicio concreto de derechos y obligaciones como consecuencia del perfil constitucional emanado de los arts. 137 y ss. en un sentido amplio. El ejemplo que más lo evidencia son los efectos jurídicos sobre residentes de distintas CCAA por la capacidad normativa de las mismas. Pero sin duda es igualmente fundamental el campo de distinción experimentado entre vecinos de diferentes términos municipales en el ejercicio de derechos no fundamentales, que no siempre pagan la misma cuantía, por ejemplo, ante un mismo hecho impositivo, o no pueden edificar las mismas alturas, en un solar de iguales dimensiones... . Situaciones similares se dan entre habitantes de otros entes locales territoriales como las comarcas, o incluso en divisiones territoriales inferiores al municipio (por ejemplo, el distinto uso de las zonas de aparcamiento y su pago, entre diversos distritos de la misma ciudad). En resumen, que en la modulación del ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, es un hecho que la ubicación territorial del titular justifica distinciones.

d) *Territorio como factor corrector de desigualdades e instrumento de consecución de políticas sociales*. En este conjunto pueden incluirse todas las resoluciones que admiten los factores territoriales como un justificante de tratamientos normativos específicos. En ellas se valora la ubicación geográfica como factor habilitador de tratos positivos correctores. Como puede apreciarse, existe una clara relación con las sentencias referidas a derechos que acaban de tratarse, pero avanzando un paso más mediante la aplicación de principios latentes en la consideración constitucional del territorio: el de solidaridad, el de redistribución o el de representación. Ejemplo de este reconocimiento de la diversidad de trato constitucionalmente admitida es la STC 35/1984, de 13 de marzo, que justifica peculiaridades en el régimen fiscal de territorios infraestatales como Ceuta, Melilla y las Islas Canarias, como consecuencia de su ubicación geográfica.

También en este tipo de sentencias, habrían de incluirse las que permiten modificaciones del sistema electoral para atender las peculiaridades geográficas que afectan a un determinado territorio (pues su meta no es otra que la cohesión social y representativa), sin afectar la igualdad de las candidaturas concurrentes a un proceso electoral. En este caso se encuentra la STC 72/1989, de 20 de abril, que reconoce que ciertas previsiones de la legislación electoral para potenciar la representación de las zonas territoriales de la Comunidad Autónoma, no sólo son razonables, sino incluso imprescindibles (f.j. 3). La ubicación territorial, por tanto, alienta una suerte de discriminación positiva para conseguir mayor representación<sup>7</sup>.

Pero, en ocasiones, esta distinción o diversidad es de tal calado que puede poner en cuestión la justificación de la misma, si distorsiona la finalidad del sistema en el que se inserta. En este orden de cosas se puede citar el ejemplo del legislador canario, que ha extremado la atención a su diversidad territorial mediante el manejo de las barreras y porcentajes electorales<sup>8</sup>, lo que llevó de nuevo al Tribunal Constitucional a analizar su sistema en la STC 225/1998, de 25 de noviembre. El Tribunal ha recordado su anterior resolución sobre el sistema canario (STC 72/1989), la justificación constitucional de la peculiaridad insular en los arts. 69.3 y 141.4 CE y la representación zonal derivada del art. 152.1 CE, como

7. Siguiendo esta línea se encuentra la STC 28/1991 de 14 de febrero, f.j. 8, que evalúa la circunscripción establecida para las elecciones al Parlamento Europeo, que no es una Cámara de representación territorial. El sistema de circunscripción única nacional es válido, como lo podía haber sido otro que se hubiese establecido en base al territorio de las CCAA.

8. Sobre este problema López Aguilar, Juan Fernando: “Los problemas de constitucionalidad del sistema electoral autonómico canario”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 51, septiembre – diciembre de 1997.

elementos legitimadores para atenuar el imperativo de proporcionalidad (también del art. 152.1) de las Cámaras parlamentarias<sup>9</sup>.

e) *Territorio como subdivisión estatal. Problemas de delimitación y problemas de la competencia autonómica sobre el territorio.* Quizá sea este el conjunto de resoluciones más relevante cualitativa y cuantitativamente. Cabe observar dos grandes grupos, de una parte las sentencias en las que la propia delimitación territorial es objeto de conflicto y de otra las sentencias sobre la competencia autonómica de ordenación del territorio.

Respecto confrontaciones territoriales entre CCAA, el ejemplo más claro es el de la STC 99/1986 de 11 de julio, sobre el Condado de Treviño, en la cual uno de los temas fondo del conflicto es la determinación del espacio territorial de dos Comunidades Autónomas en sus propios estatutos<sup>10</sup>. El Tribunal decidió en la práctica el procedimiento concreto que debía seguir el citado territorio constituido por dos términos municipales de la provincia de Burgos, en el corazón del territorio de Álava, para segregarse de la Comunidad Autónoma de Castilla-León e incorporarse al País Vasco. Los Estatutos de ambas CCAA diferían en la fijación del proceso de cambio para esta circunstancia geográfica fruto del devenir histórico, siendo el asunto fundamental a tener en cuenta la existencia de dos Estatutos aprobados por las Cortes Generales con una dilación temporal de varios años entre los que existe contradicción, y la apuesta de la mayoría del Tribunal por resolver el conflicto en contraste directo de ambas normas con la Constitución en vez de cotejar preceptos estatutarios diversos (f.j. 4)<sup>11</sup>.

9. El sistema electoral de Baleares se evalúa en STC 45/1992, de 2 de abril.

10. Si bien el mayor protagonismo se traslada al campo de las fuentes del derecho por las formulaciones contenidas en la sentencia y en el voto particular, que rivalizan en el interés de sus planteamientos. Sobre este tema: Aguado Renedo, César: “La jurisprudencia constitucional sobre la delimitación del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Castilla y León”, *Autonomías*, n.º 11 (diciembre), págs. 109-120, 1989. Aguiar De Luque, Luis: “Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 19, 1987. Belda Pérez-Pedrero, Enrique: “El Condado de Treviño: la STC 99/1986, de 11 de julio, doce años después”, en *La Justicia Constitucional en el Estado Democrático*, Tirant lo blanch-Cortes de Castilla La Mancha, págs. 203 a 230, Valencia 2000. Díez-Picazo, Luis María: “Sobre la delimitación estatutaria del territorio de las Comunidades Autónomas y la rigidez de los Estatutos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 20 (mayo-agosto), págs. 139-176, 1987. Rivero Ysern *et alli*: *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Castilla-León*, IEAL, Madrid, 1985. Ruipérez Alamillo, J.: “Problemas en la determinación territorial de las Comunidades Autónomas: el caso de Castilla-León” *Revista de Estudios Políticos*, n.º 56, abril - junio de 1987.

11. El voto particular del Magistrado Leguina Villa apostaba, de cara a la tarea interpretativa, por la evaluación de todo el *bloque de constitucionalidad*.



En lo que concierne al tema de este trabajo, es obligado destacar (f.j. 4) la interpretación que efectúa el Tribunal Constitucional del art. 147.2.b CE, cuando advierte que ese precepto está generando la obligación de las CCAA de delimitar su territorio. Pero esa consignación estatutaria, añade, no es meramente definitiva, sino que es susceptible de verse acompañada por previsiones atinentes a una hipotética alteración territorial. A continuación desgrana las distintas posibilidades que recogen los estatutos para definir su territorio: en base a las provincias que lo componen, los municipios..., argumentando una idea que por su especial interés hay que reproducir: “(...) *Este tipo de delimitación (la provincial) del territorio autonómico –que se halla, entre otros, en el Estatuto de Autonomía de Castilla y León (art. 2)– supone, en sentido estricto, una definición del ámbito espacial de aplicabilidad de las disposiciones y actos de la Comunidad Autónoma, mas no una determinación de cuál sea el espacio natural, geográfico, al que desde su entrada en vigor se extiende el Estatuto de Autonomía, pues la identificación de los territorios provinciales integrados en la Comunidad no es, al mismo tiempo, identificación de los límites geográficos de todos y cada uno de ellos. Puede así decirse que en este modo de delimitar el territorio autonómico se actúa mediante normas cuyo objeto no es, en rigor, el territorio mismo, sino el ámbito espacial de aplicación de los actos y disposiciones jurídicas pertenecientes al subsistema normativo de cada Comunidad Autónoma*”. Se observa que el Tribunal percibe que la delimitación territorial autonómica efectuada sobre la base de otros entes territoriales estará sujeta a los cambios que experimenten esas unidades de referencia. Por el contrario cuando la delimitación estatutaria acude a una referencia de carácter físico o geográfico (por ejemplo, el caso del territorio vasco, así delimitado en el art. 2.2 de su Estatuto), la alteración del territorio autonómico pasaría inevitablemente por la reforma del estatuto (f.j. 5): “*Esta segunda forma de delimitación del territorio impide toda alteración del mismo que no se realice mediante el procedimiento establecido para la revisión del Estatuto, a no ser que en éste se contengan reglas específicas para llevar a cabo dichas alteraciones*”. Así, pues, hay que llegar a la conclusión de la particular relevancia que puede tener el procedimiento de fijación del territorio autonómico, y las consecuencias jurídicas que la diferente protección de la *integridad* de otros espacios territoriales (provincias, alteradas por ley orgánica, y municipios, por ley autonómica), pueden hipotéticamente generar en su territorio.

De esta rica decisión es conveniente, también, resaltar una última consecuencia, como es la necesidad de respetar el mutuo espacio de determinación territorial que cada Estatuto marca, entendido en consonancia con los demás. De tal manera, que ninguna Comunidad Autónoma está en condiciones de poder reglar su propio territorio sino es con la aquiescencia del Poder Legislativo del Estado. No

cabe duda, pues, que la capacidad autonómica de regular alteraciones territoriales significativas en su propio territorio, dentro de la Constitución (por ejemplo, sobre municipios, comarcas) no se ve acompañada por una posibilidad de disponer de su propio territorio como Comunidad Autónoma, pues ello necesariamente va a conllevar la afectación de otra, limitándose en este campo sus facultades a regular parte del procedimiento de *alteración* territorial<sup>12</sup>. Por todo ello, el art. 147.2.b CE ha demandado una aplicación concordada que evite de antemano una posible yustaposición de divisiones territoriales originadoras de conflictos, aunque en el caso que es el sustento de la presente Sentencia, la anticipación temporal del Estatuto vasco creara esta disfunción.

Entre las resoluciones que interpretan la competencia (autonómica) sobre ordenación del territorio, es obligado comenzar con la cita de la STC 77/1984, de 3 de julio (f.j.2), que define a ésta como la actividad consistente en delimitar los diversos usos a que pueda destinarse el suelo o *espacio físico territorial*. La STC 149/1991, de 4 de julio, al abordar el recurso de inconstitucionalidad presentado frente a la Ley de Costas, muestra algunas claves para entender esta competencia: La finalidad de la ordenación del territorio es la coordinación y armonización de los planes de actuación de las distintas administraciones. La competencia se concede a CCAA con claridad pero no en términos absolutos que *eliminen o*

12. F.j 6: “*La reserva estatutaria establecida en el art. 147.2 de la Constitución supone no sólo la concreción en los correspondientes Estatutos de los contenidos previstos en el mencionado precepto, sino también el aseguramiento de que los contenidos normativos que afectan a una cierta Comunidad Autónoma no queden fijados en el Estatuto de otra Comunidad, pues ello entrañaría la mediatización de la directa infraordenación de los Estatutos a la Constitución, siendo así que, como hemos señalado anteriormente, ésta constituye el único límite que pesa sobre cada uno de ellos. La predeterminación del contenido de unos Estatutos por otros en virtud, meramente, de la contingencia de su momento de aprobación, ampliaría los límites en que han de enmarcarse los contenidos estatutarios –que, de acuerdo con el art. 147 C.E., son sólo los establecidos constitucionalmente–, lo que, de modo indirecto pero inequívoco, redundaría en la constricción de la autonomía de una de las Comunidades, que vería limitado el ámbito de aplicación de sus actos y disposiciones y el modo de decisión de sus órganos no ya por una fuente heterónoma –también el propio Estatuto lo es–, sino por una fuente cuyos contenidos normativos fueron adoptados sin su participación y respecto de los cuales tampoco tendría la ocasión de expresar su voluntad en una hipotética modificación futura.*

*De todo lo anterior se deduce que, contra lo que los recurrentes entienden, el Estatuto de una Comunidad no puede regular de un modo «completo y acabado» la segregación y correspondiente agregación de los enclaves ubicados en su territorio cuando éstos pertenecen al de otra Comunidad Autónoma. La regulación estatutaria no puede contener el procedimiento de modificación territorial que deberán seguir las dos Comunidades implicadas, sino tan sólo el proceso de formación y manifestación de la voluntad de cada una de ellas para perfeccionar mediante actos distintos, pero complementarios, el complejo procedimiento en que consiste la segregación de un enclave y su agregación a otra Comunidad.”.*

*destruyan* las competencias que la propia Constitución reserva al Estado (f.j. 1)<sup>13</sup>. El Tribunal estima, en el mismo fundamento, que la ordenación no es tanto una técnica como una *política*, que tiene un contenido muy amplio, si se interpreta según la Carta Europea de Ordenación del Territorio<sup>14</sup>: sería la capacidad ordenadora de la expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de toda la sociedad. Ciertamente es un ámbito demasiado ambicioso el que se recoge en esta Sentencia, lo que llevaría a que esta potestad autonómica pudiera atraer parcelas de otros entes territoriales o confundir los propios espacios de su competencia. Por lo que afecta al tema que se trata, el territorio (en este caso de la Comunidad Autónoma), éste es objeto de *planificación* (que es el término que la propia sentencia reconoce que se utiliza en otros Estados europeos) que no ha de superar una estricta finalidad administrativa o geográfica.

Cabría entender que desde esta competencia no hay que deducir una *vis* atractiva para la regulación de otras manifestaciones competenciales, sino tan sólo parece adecuado hablar de una capacidad de delimitación espacial al servicio de la eficacia de las políticas a las que se refiere esta Sentencia. En cualquier caso, y al margen de este pronunciamiento, no existe en la jurisprudencia constitucional una tendencia a *engordar* esta competencia, como se demuestra en la propia resolución, que separa la determinación y regulación costera del ámbito de la misma (f.j. 1). La STC 36/1994, de 10 de febrero, sobre una Ley murciana de protección y armonización de usos del Mar Menor, contiene expresamente el alcance de esta competencia en los términos razonables que estamos expresando (f.j. 3): “(...) *el núcleo fundamental de esta materia competencial está constituido por un conjunto de actuaciones públicas de contenido planificador cuyo objeto consiste en la fijación de los usos del suelo y el equilibrio entre las distintas partes del territorio mismo. Sin embargo, también hemos advertido que dentro de este ámbito material no se incluyen todas las actuaciones de los poderes públicos que tienen incidencia territorial y afectan a la política de ordenación del territorio*”. Añade la sentencia que el ejercicio de la competencia está supeditado al ejercicio del resto de las que afectan al espacio, produciéndose una materialización conjunta a través de mecanismos de coordinación y cooperación. En definitiva esa fuerza atractiva de la *ordenación del territorio*, no existe, manifestándose en esta propia resolución algún otro ejemplo de ello, como el que se observa en relación con las acciones medioambientales (f.j. 3): “*La competencia de ordenación del territorio, aunque debe ponderar los efectos sobre el medio ambiente, no atrae*

13. Reiterando lo establecido en la STC 56/1986, de 9 de junio.

14. Aprobada por la Conferencia Europea de Ministros de Ordenación del Territorio el 23 de mayo de 1983.

*hacia sí las normas relativas a la protección de la naturaleza, (...)*<sup>15</sup>. Esta línea perdura en la STC 306/2000 (f.j. 5), y no se ve alterada en el último decenio tras las polémicas sentencias dedicadas a varios estatutos de autonomía.

### **3. Enfoques desde los cuales aborda la doctrina el territorio.**

Para finalizar la visión general del tema propuesto, es preciso mencionar los puntos de partida de los autores al respecto, sin ánimo de exponer en profundidad más allá del mero enfoque, puesto que el contenido material de los trabajos a los que nos referiremos persigue finalidades variadas y poco relacionadas entre sí, no cabiendo por ello extraer de las mismas ningún tipo de teoría unitaria y general sobre el concepto y la utilización constitucional del término *territorio*. Como se sabe, los estudios que versan sobre temas territoriales se han canalizado en dos vertientes: una primera, en la que aparecen obras cuyo enfoque principal es el en-

15. En este sentido, las SSTC 28/1997 de 13 de febrero, 61/1997 de 20 de marzo, 40/1998 de 19 de febrero. Destacaríamos, por su capacidad de síntesis, la STC 149/1998 de 2 de julio (f.j.3): *“Este Tribunal ha elaborado al respecto una consolidada doctrina jurisprudencial, cuyo recordatorio resulta, por tanto, oportuno y conveniente. En una primera aproximación global al concepto de ordenación del territorio, ha destacado que el referido título competencial «tiene por objeto la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que puede destinarse el suelo o espacio físico territorial» [SSTC 77/1984, fundamento jurídico 2.; 149/1991, fundamento jurídico 1. B)]. Concretamente, dejando al margen otros aspectos normativos y de gestión, su núcleo fundamental «está constituido por un conjunto de actuaciones públicas de contenido planificador cuyo objeto consiste en la fijación de los usos del suelo y el equilibrio entre las distintas partes del territorio del mismo» (SSTC 36/1994, fundamento jurídico 3.; 28/1997, fundamento jurídico 5.). Sin embargo, también ha advertido, desde la perspectiva competencial, que dentro del ámbito material de dicho título, de enorme amplitud, no se incluyen todas las actuaciones de los poderes públicos que tienen incidencia territorial y afectan a la política de ordenación del territorio, puesto que ello supondría atribuirle un alcance tan amplio que desconocería el contenido específico de otros títulos competenciales, no sólo del Estado, máxime si se tiene en cuenta que la mayor parte de las políticas sectoriales tienen una incidencia o dimensión espacial (SSTC 36/1994, fundamento jurídico 3.; 61/1997, fundamento jurídico 16; 40/1998, fundamento jurídico 30). Aunque hemos precisado igualmente que la ordenación del territorio es en nuestro sistema constitucional un título competencial específico que tampoco puede ser ignorado, reduciéndolo a simple capacidad de planificar; desde el punto de vista de su incidencia en el territorio, actuaciones por otros títulos; ordenación del territorio que ha de llevar a cabo el ente titular de tal competencia, sin que de ésta no se derive consecuencia alguna para la actuación de otros entes públicos sobre el mismo territorio [SSTC 149/1991, fundamento jurídico 1. B); 40/1998, fundamento jurídico 30].*

*La multiplicidad de actuaciones que inciden en el territorio requiere la necesidad de articular mecanismos de coordinación y cooperación, pero no su incorporación automática a la competencia de ordenación del territorio, de manera que el competente en esta materia, al ejercer su actividad ordenadora, estableciendo los instrumentos de ordenación territorial, deberá respetar las competencias ajenas que tienen repercusión sobre el territorio, coordinándolas y armonizándolas desde el punto de vista de su proyección territorial [SSTC 149/1991, fundamento jurídico 1. B); 36/1994, fundamento jurídico 3.].*

cuadramiento del modelo autonómico en los sistemas de conformación territorial conocidos en el derecho político (y que surgen más frecuentemente en los primeros años de vigencia constitucional), y una segunda, que contiene un considerable número de artículos y monografías sobre temas que han originado conflictos competenciales, sobre el análisis de sentencias al respecto, o más genéricamente, sobre el desarrollo práctico del modelo consagrado en el Título VIII.

Evidentemente, por el interés secundario del tema, no se ha realizado un *corte horizontal* a la Constitución para intentar elaborar una teoría en torno al concepto *territorio*, acudiendo derechamente al análisis del mismo como objeto de división y soporte para el armazón jurídico (institucional, normativo y competencial), del Estado autonómico. Por todo ello, las menciones que a continuación se enumeran, hay que entenderlas en el contexto de algunas de estas líneas argumentales expuestas, y nunca destinadas a la búsqueda en el término *territorio* de un criterio de interpretación o de cualquier otra finalidad intrínseca. Tras ello, se hará referencia a obras en las que se menciona al territorio en sentido amplio, aproximándose más a una posible autonomía del mismo como objeto de estudio

a) *Sobre atención genérica y menciones específicas del territorio en la Constitución*. Por lo que se refiere a planteamientos generales, podría destacarse algún escrito de Cruz Villalón<sup>16</sup> que ha tenido ocasión de referirse a una *constitución territorial del Estado*, defendiendo que el texto de 1978 sólo contiene una parte de lo que pudiera definirse como tal, teniendo que sumar a ella las normas que “(...) *dan el perfil definitivo a esa constitución territorial, los estatutos de autonomía* (...)”<sup>17</sup>. Según el autor, y siempre en torno al modelo de organización territorial del Estado, la Constitución de 1978 permitía una variedad de resultados lo que llevó a tomar protagonismo a los Estatutos, originándose una *desconstitucionalización*. Destaca el autor, que la Constitución contiene respecto del territorio, varios tipos de preceptos: unos que están destinados a desaparecer, agotándose tras su aplicación en la fase inicial de la implantación de las CCAA y otros que mencionan la capacidad autonómica pero su contenido y alcance no es definido, estando sujeto a la variedad y pluralidad. Ello le lleva a reiterar que la Constitución acoge una “(...) *variada gama de autonomías posibles* (sin que) *ninguna de esas autonomías esté regulada en la propia Constitución* (...)”<sup>18</sup>. En definitiva, la Constitución sin los Estatutos

16. Cruz Villalón, Pedro: “La constitución territorial del Estado”, *Autonomías*, n.º 13, págs. 61-69, 1991.

17. Cruz Villalón, Pedro: “La constitución territorial del Estado”..., pág. 62.

18. Cruz Villalón, Pedro: “La constitución territorial del Estado”..., pág. 64.

de Autonomía es *inoperante*<sup>19</sup>. La Constitución territorial del Estado es una suma de normas constituida por la Constitución de 1978 y diecisiete normas *subconstitucionales*, convirtiendo a España en un Estado descentralizado resultado de la suma de Estatutos, con lo que el sistema ya no depende sólo del legislador estatal. Concluye afirmando que recae una enorme responsabilidad en los Estatutos en el contenido de la *constitución territorial*, quedando en la Constitución un Título protagonizado por normas de derecho transitorio<sup>20</sup>. Algunas de estas ideas se precisan con acierto por **Gumersindo Trujillo**<sup>21</sup>: “(...) *el Estado autonómico se “prefigura” en la Constitución y lo “conforman” ésta misma y los Estatutos, integrando tanto aquella como éstos su “ordenación jurídica fundamental” que, consecuentemente incluye su < cierre >”*<sup>22</sup>.

**Tomás y Valiente**, señala la complejidad del sistema, que se mueve entre el principio de diversidad y el de una homogeneidad mínima, constituida, siguiendo la STC 76/1983 de 3 de agosto, por unos *puntos de conexión*, a saber: su igualdad ante la Constitución, que los Estatutos estén recogidos en normas con rango de Ley Orgánica, que en el Senado tengan representantes derivados de los mismos principios, igual legitimación ante el Tribunal Constitucional, existe para todas una prohibición de privilegios, sus regímenes no pueden verse afectados por Decreto-Ley, participan por igual en la elaboración que realice el Gobierno de los proyectos de planificación económica, todas pueden ser requeridas por las Cortes Generales a prestar información y ayuda, y, finalmente, sus representantes regionales no pueden acumular el acta con la de Diputado al Congreso. A todo ello hay que sumar otros criterios indirectos de homogeneidad como la igualdad entre los ciudadanos de las CCAA<sup>23</sup>.

Las anteriores aportaciones son ejemplo, entre otras muchas<sup>24</sup>, de la identificación del territorio, o más ampliamente de lo que denomina *constitución territo-*

19. Cruz Villalón, Pedro: “La constitución territorial del Estado”..., pág. 65.

20. Cruz Villalón, Pedro: “La constitución territorial del Estado”..., pág. 68.

21. Trujillo Fernández, Gumersindo: “Homogeneidad y asimetría en el Estado autonómico: Contribución a la determinación de los límites constitucionales de la forma territorial del Estado”, *Documentación Administrativa*, n.º 232-233 (octubre), págs. 101-120, 1992-1993.

22. Trujillo Fernández, Gumersindo: “Homogeneidad y asimetría...”, pág. 109. El cierre no es definitivo, siendo posible la reforma como también la admite la propia Constitución.

23. Tomás Y Valiente, Francisco: “El Tribunal Constitucional y la organización territorial del Estado”, En *Organización Territorial del Estado*, Narcis Serra et alii, ed. Universidad, págs. 109 a 118, Salamanca, 1993, págs. 11 y 112.

24. Son de especial interés los trabajos de **Solozabal**, como: Solozabal Echavarría, Juan José, “Sobre los supuestos jurídicos de la cobertura institucional del pluralismo territorial en el Estado autonómico español”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 46-47 (junio-octubre), págs. 11-34, 1985.

rial, con el desarrollo del Título VIII, o con desarrollo de *parte* del Título, puesto que las autonomías locales rara vez suelen ser contempladas como objeto de análisis (al menos desde la óptica del derecho constitucional). En algunos otros trabajos, el enfoque se realiza principalmente desde el art. 2 CE, y concurren menciones a otros factores territoriales ajenos al Título consagrado al territorio<sup>25</sup>.

Nuestro modesto parecer, es que siendo ese el principal enfoque del tema, cabría un enriquecimiento a partir de otras manifestaciones del territorio como las que se han apuntado en anteriores apartados, incluyendo los efectos de carácter *territorial* que esconden otras figuras constitucionales (ciertos derechos, ciertas instituciones).

En cuanto a las restantes consideraciones particulares del territorio en la Constitución, las obras a mencionar son numerosas. La mayoría de estudios o monografías resaltan un problema específico de carácter competencial o analizan la situación de una materia<sup>26</sup>. Es preciso destacar alguna aportación que aborda aspectos tratados aquí, como la de **Diez-Picazo**, que comentando la STC 99/1986 sobre el Condado de Treviño<sup>27</sup>, otorga unas claves sobre otro de los temas trata-

25. Es el caso de Fernández Segado, Francisco: “Los principios inspiradores de la organización territorial del Estado en la jurisprudencia constitucional”, en *Organización territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, VV.AA., Instituto de Estudios Fiscales, vol. II, págs. 1053-1105, Madrid, 1984, destaca (pág. 1060), que en nuestro texto constitucional autonomía y solidaridad interterritorial son dos caras de la misma moneda. La solidaridad tomando como base el territorio, hemos visto que aparecía en varios artículos como el 40.1 CE, además de en el Título VIII.

26. Entre otros muchos: Ávila Oribe, José Luis: *La ordenación del territorio en el País Vasco: análisis, ejercicio y delimitación competencial*, Civitas / Instituto Vasco de Administración Pública-Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundea, Madrid, 1993. Carro Fernández-Valmayor, José Luis: “Territorio y Organización Territorial en el Artículo 2 del Estatuto Gallego”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 249 (enero-marzo), págs. 85-102, 1991. Cuchillo I Foix, Montserrat: “La organización territorial de Cataluña: opciones y niveles de concreción”, *Autonomies*, n.º 12 (diciembre), págs. 33-42, 1990. Enériz Olaechea, Francisco Javier: *La ordenación del territorio en la legislación de Navarra*, Instituto Vasco de Administración Pública, Civitas, Madrid, 1991. Escribano Collado, Pedro: “Comunidades Autónomas y ordenación del territorio”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 2, págs. 33-61, 1990. Guaita Martorell, Aurelio: “El territorio valenciano: sus límites y divisiones”, en *Homenaje a José Antonio García-Trevijano Fos*, Instituto de Estudios de la Administración Local, págs. 297-327, Madrid, 1982. Lasagabaster Herrarte, Iñaki y LAZCANO Brotons, Íñigo: *Régimen jurídico de la ordenación del territorio en Euskalherria*, IVAP, Oñati, 1999. López Ramón, Fernando: “La ordenación territorial en la Comunidad Autónoma de Madrid”, en *Estudios sobre el Derecho de la Comunidad de Madrid*, dir. R. Gómez Ferrer, Civitas, págs. 413-447, Madrid, 1987.

27. Diez-Picazo, Luis María: “Sobre la delimitación estatutaria del territorio de las Comunidades Autónomas y la rigidez de los Estatutos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 20 (mayo-agosto), págs. 139-176, 1987.

dos, como es la delimitación del territorio de las CCAA: el art. 147.2.b CE reserva al estatuto la fijación del territorio, pero hay otros límites constitucionales a los que atender, como son el del art. 143 CE (preexistencia de las provincias como unidades constitutivas de las CCAA, salvo excepciones) y el del art. 141.1 CE (la fijación de los límites, en realidad de los cambios, en las provincias se articula por ley orgánica)<sup>28</sup>. Por ello no cabe defender que las CCAA gocen de un pretendido *derecho al territorio*, ni a la vista de la Constitución ni de la resolución del Tribunal que es objeto de comentario<sup>29</sup>. Tampoco el hecho de tratarse de entes de base territorial, les adjudica el territorio como elemento corporal o material inseparable del ente (prueba de ello es que éstos continúan existiendo tras haber sufrido modificaciones), ni un derecho real del que fuera titular ese ente (los entes infraestatales no tienen soberanía alguna, y solo tienen sobre su territorio las facultades reconocidas por el ordenamiento estatal). Por último, el 141.1 CE no concede poder decisivo a las CCAA, pues sólo por ley orgánica se modifican los límites provinciales, y sin esos cambios, con carácter general, no son posibles alteraciones en las CCAA. De esta forma, la consideración del espacio físico autonómico concuerda con la idea kelseniana de estimar el territorio como marco de referencia o ámbito espacial de validez del ordenamiento jurídico y para el ejercicio de competencias de cada ente<sup>30</sup>.

b) *El territorio como objeto de estudio más sustancial y autónomo*. Conveniría destacar dos estudios que se centran más específicamente en el concepto territorio, aunque también particularizando alguna de sus facetas. El primero es de **Lasagabaster**<sup>31</sup>, que comienza constatando la existencia de valiosos estudios sobre CCAA que *desconocen totalmente* el elemento territorial. Señala este administrativista, siguiendo a **Pastor Mesanza**<sup>32</sup> que el territorio desempeña una multiplicidad de papeles, entre los que destaca ser el ámbito espacial de ejercicio de las competencias autonómicas, el criterio de distribución de competencias en algunas materias que así lo señalan expresamente, constituirse en límite de validez y eficacia de las normas, ser elemento para determinar el *interés supraterritorial* y erigirse en título habilitante a favor del Estado. Relaciona también una serie de

28. Díez-Picazo, Luis María: "Sobre la delimitación estatutaria del territorio...", págs. 148 y 149.

29. Díez-Picazo, Luis María: "Sobre la delimitación estatutaria del territorio...", págs. 153 y 154.

30. Díez-Picazo, Luis María: "Sobre la delimitación estatutaria del territorio...", pág. 154.

31. Lasagabaster Herrarte, Iñaki: "El territorio y la eficacia de las normas jurídicas", en *Informe Pi i Sunyer sobre Comunidades Autónomas 1994*, dirs. M. Ballbé Mallol y J. Ferret i Jacas, Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals, vol. II, págs. 791-806, Barcelona, 1995. Pág. 791.

32. Pastor Mesanza, Monserrat: "*La conflictivitat competencial. L'abast territorial de les competències autonòmiques*", IEA, Barcelona, 1992.



tratadistas que han elaborado el concepto de territorio: Weckmann, que lo define como el ámbito geográfico de vigencia de la soberanía y autoridad estatal (Estado moderno) que sustituye al antiguo Estado articulado por relaciones personales de dependencia; Zippelius, que muestra en la base del Estado moderno el territorio, constituyendo la soberanía la base de su inviolabilidad, y Rousseau, cuando escribe que en el Estado moderno la soberanía se extiende sobre los terrenos, además de sobre las personas. Con Jellinek el territorio se considera elemento del Estado, y Kelsen culmina la teoría y lo define como ámbito de validez del ordenamiento jurídico<sup>33</sup>. Tras esta exposición, Lasagabaster opina que la relación del territorio con el derecho es más amplia que la que se deduce de las formulaciones tradicionales y que sus efectos sobre las normas también lo son, ya que sobre el territorio se proyectan todos los actos de soberanía: determina qué personas (las que están en él) se someten a la misma y excluye poderes ajenos a los que se encuentren cimentados en las normas estatales. Tras centrarse en algunas de las facetas o funciones del territorio (límite de validez de las normas jurídicas) y, como el resto de los autores, en el ámbito autonómico, concluye con razonamientos similares a los de las sentencias del Tribunal Constitucional se han mencionado en el pasado epígrafe, formulando conclusiones sobre el objetivo particular de su trabajo, que no es el del presente<sup>34</sup>.

También hay que destacar un extenso trabajo cuyo objeto principal es la ordenación del territorio como competencia, firmado por Pérez Andrés<sup>35</sup>, del que pueden extraerse interesantes ideas de carácter general emanadas de estudios de corte administrativo. El territorio es para el autor un hecho jurídico: en palabras de Guaita Martorell la norma ha convertido a la tierra en territorio<sup>36</sup>, así como una medida del poder administrativo y político<sup>37</sup> indispensable del Estado Moderno; que puede ser susceptible de conceptualizarse desde tres puntos de vista: como elemento espacial de ejercicio de la soberanía o la autonomía, como sustento de actividades productivas o de infraestructuras y como parte integrante del medio ambiente<sup>38</sup>.

33. Lasagabaster Herrarte, Iñaki: “El territorio y la eficacia de las normas jurídicas”... , pág. 793.

34. Lasagabaster Herrarte, Iñaki: “El territorio y la eficacia de las normas jurídicas”... , págs. 805 y 806.

35. Pérez Andrés, Antonio Alfonso: *La ordenación del territorio en el Estado de las Autonomías*, Instituto García Oviedo – Marcial Pons, Madrid, 1998.

36. *La ordenación del territorio en el Estado....* Pág. 25. Guaita Martorell, Aurelio: *División Territorial y descentralización*, IEAL, págs. 3 a 7, Madrid, 1975.

37. *La ordenación del territorio en el Estado....* Pág. 26, en base a la doctrina administrativa.

38. *La ordenación del territorio en el Estado....* Pág. 27.

Respecto de la competencia *ordenación del territorio*, protagonista del trabajo, parte de un enfoque interdisciplinar para su estudio, como una *materia de materias*<sup>39</sup>, considerando que a partir de la que califica como *absoluta indefinición*<sup>40</sup> del concepto en la Constitución no hay una línea doctrinal unificada que califique su naturaleza. Así para algunos autores se trata de una mutación surgida del Urbanismo (Carceller Fernández, Pemán Gavín...)<sup>41</sup>, para otros es una función coordinadora de todas las políticas con incidencia física sobre el territorio y no sólo mero urbanismo (Morell Ocaña –para quien el territorio es la única competencia realmente horizontal–<sup>42</sup>, Escribano Collado, A. García Álvarez, Fernández Rodríguez)<sup>43</sup>. Para unos terceros, la ordenación del territorio es una técnica de plasmación geográfica de la planificación económica (Ridruejo Brieva, Torres Riesco, Martín Mateo entre otros<sup>44</sup>. Un cuarto grupo, desde una posición más abierta, califican el territorio como una función pública global que coordina todas las políticas que inciden sobre el espacio (Parejo Alfonso, López Ramón, Martín Rebollo, S. Martín Retortillo, López-Rodó, entre otros muchos)<sup>45</sup>. Por último, existe una tendencia abierta la consecución de otros fines, de carácter más global, que entendería la ordenación del territorio como todas las actividades encaminadas al bienestar (Rodríguez Arana, Menéndez Rexach)<sup>46</sup>. Subraya Pérez Andrés, con Enériz Olaechea, que la diferencia fundamental se encuentra en la amplitud del contenido material de la función pública de ordenar<sup>47</sup>. Concluye calificando la ordenación del territorio como “(...) *moderna función pública, que surge tras la Segunda Posguerra Mundial, orientada a dar una respuesta global a los problemas que plantea la utilización del espacio físico, es decir, a la materialización de un determinado modelo territorial (...)*”<sup>48</sup>. Como competencia autonómica, es de “(...) *carácter horizontal que tiene un contenido propio y diferenciado del resto de competencias autonómicas y estatales, y no se reduce a una suma ordenada de las competencias autonómicas de incidencia territorial. En su conte-*

39. *La ordenación del territorio en el Estado*.... Pág. 20, citando la expresión de Escribano Collado, Pedro: “La ordenación del Territorio y el Medio Ambiente en la Constitución”. En *Homenaje a García de Enterría*, Civitas, t. IV, pág. 3705, Madrid, 1991.

40. *La ordenación del territorio en el Estado*.... Pág. 235.

41. *La ordenación del territorio en el Estado*.... Pág. 129 a 131.

42. *La ordenación del territorio en el Estado*.... Pág. 134. Morell Ocaña, Luis: *Estructuras locales y ordenación del espacio*, IEAL, Madrid, 1972. Pág. 13.

43. *La ordenación del territorio en el Estado*.... Pág. 134.

44. *La ordenación del territorio en el Estado*.... Pág. 135 a 138.

45. *La ordenación del territorio en el Estado*.... Pág. 138 a 142.

46. *La ordenación del territorio en el Estado*.... Pág. 142 a 144.

47. *La ordenación del territorio en el Estado*.... Pág. 144. El autor analiza también la ordenación del territorio en derecho comparado (pág. 155 y ss.) y en el derecho autonómico pág. 280 y ss.

48. *La ordenación del territorio en el Estado*.... Pág. 730.

nido se incluirán todo tipo de previsiones tendentes a: la definición de los usos racionales del suelo; proporcionar las grandes magnitudes de la estructura del suelo; armonizar los impactos territoriales de las políticas sectoriales; articular territorialmente la programación económica; la gestión responsable de los recursos naturales y la protección del medio ambiente; la corrección de los efectos producidos por el incontrolado crecimiento urbano-industrial, y la regulación y organización de la gestión de la ordenación del territorio.”<sup>49</sup>.

#### **4. Reseña bibliográfica.**

Aguado Renedo, César, “La jurisprudencia constitucional sobre la delimitación del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Castilla y León”, *Autonomías*, n.º 11 (diciembre), págs. 109-120, 1989

Aguado Renedo, César, “El principio dispositivo y su virtualidad actual en relación con la estructura territorial del Estado”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 98 (octubre-diciembre), págs. 137-158, 1997

Alba Navarro, Manuel, “Concurso de la representación territorial a la legislación. El Senado” en *IX Jornadas de Derecho constitucional comparado: democracia representativa y parlamentarismo (Alemania, España, Gran Bretaña e Italia)*, dir. Antonio López Pina. Secretaría General del Senado, págs. 295-304, Madrid, 1994

Alonso de Antonio, José Antonio, *La organización territorial del Estado en la Constitución española de 1978 (El sistema de distribución de competencias legislativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas como técnica jurídica garantizadora del principio de solidaridad)*, Universidad Complutense, Madrid, 1985

Alzaga Villaamil, Oscar *et alli*, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, EDERSA – Cortes Generales, XII vols., Madrid, 1996 a 1998

Aparicio Pérez, Miguel Ángel, “Sobre la configuración del modelo territorial de Estado y el bloque de la constitucionalidad” en *Informe Pi i Sunyer sobre Comunidades Autónomas 1995-1996*, VV.AA, Fundació Carles Pi i Sunyer d’Estudis Autonòmics i Locals, Barcelona, 1997

49. *La ordenación del territorio en el Estado*.... Pág. 741.

Aparicio Pérez, Miguel Ángel (dir.), *La descentralización y el federalismo. Nuevos modelos de Autonomía Política (España, Bélgica, Canadá, Italia y Reino Unido)*, CEDECS, Barcelona, 1999

Aragón Reyes, Manuel, “Problemas actuales de la organización territorial del Estado”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 102, octubre - diciembre de 1998

Ávila Oribe, José Luis, *La ordenación del territorio en el País Vasco*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1992

Ávila Oribe, José Luis, *La ordenación del territorio en el País Vasco: análisis, ejercicio y delimitación competencial*, Civitas / Instituto Vasco de Administración Pública-Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundea, Madrid, 1993

Aymerich Cano, Carlos I., “O principio de solidaridade interterritorial e a política rexional”, *Revista Galega de Administración Pública*, nº 7, 1994

Baño León, José María, *Las Autonomías Territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1988

Biescas Ferrer, José Antonio, *et alii*, *El Fondo de compensación interterritorial: memoria de un cambio*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1992

Caminal Badía, Miguel, “Representación, territorio y plurinacionalidad: una propuesta asimétrica para un Estado de las nacionalidades y regiones” en *El Senado: cámara de representación territorial: III Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Coord. F. Pau i Vall, Tecnos, Madrid, 1996

Cano Bueso, Juan (coord.), *et alii*, *Comunidades Autónomas e instrumentos de cooperación interterritorial*, Tecnos, Madrid, 1990

Carro Fernández-Valmayor, José Luis, “Territorio y Organización Territorial en el Artículo 2 del Estatuto Gallego”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 249 (enero-marzo), págs. 85-102, 1991

Castells Oliveres, Antoni, “La reforma del Fondo de Compensación Interterritorial”, en *Informe Pi i Sunyer sobre Comunidades Autónomas 1989*, dir. E. Aja Fernández, Fundació Carles Pi i Sunyer d’Estudis Autonòmics i Locals, págs. 260-273, Barcelona, 1990

Clavero Arevalo, M.F., “La organización territorial del Estado desde 1950 al 2000”, *Revista de Administración Pública*, n.º 150, págs. 33 a 56, 1999

Cuchillo I Foix, Montserrat, “La organización territorial de Cataluña: opciones y niveles de concreción”, *Autonomies*, n.º 12 (diciembre), págs. 33-42, 1990

Cruz Villalón, Pedro, “La constitución territorial del Estado”, *Autonomies*, n.º 13, págs. 61-69, 1991

Cruz Villalón, Pedro, “La constitución jurisprudencial del Estado de las Autonomías», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 31, págs. 249-260, 1991

De Carreras, F. y Valles, J.M., *Las elecciones. Introducción a los sistemas electorales*, Ed. Blume, Barcelona, 1977

Díez-Picazo, Luis María, “Sobre la delimitación estatutaria del territorio de las Comunidades Autónomas y la rigidez de los Estatutos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 20 (mayo-agosto), págs. 139-176, 1987

Enériz Olaechea, Francisco Javier, *La ordenación del territorio en la legislación de Navarra*, Instituto Vasco de Administración Pública, Civitas, Madrid, 1991

Enériz, J.; Larumbe Biurrún, K., y Nagore Sorabilla, H., “La actividad legislativa de las Comunidades Autónomas (III): anotaciones sobre la Ley foral de ordenación del territorio de la Comunidad foral de Navarra”, en *Urbanismo y Comunidades Autónomas*, VV.AA., Escola d'Administració Pública de Catalunya, págs. 135-156, Barcelona, 1990

Escribano Collado, Pedro, “Comunidades Autónomas y ordenación del territorio”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 2, págs. 33-61, 1990

Espín Templado, Eduardo, *Lecciones de Derecho Político*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994

Falcón Y Tella, Ramón, “El Fondo de Compensación Interterritorial” *Palau 14*, n.º 11, págs. 89-98, 1990

Fernández-Carnicero González, Claro José, “Representación política y representación territorial en el sistema constitucional español” en *I Jornadas de Derecho parlamentario*, VV.AA., Servicio de Publicaciones del Congreso de los

Diputados, vol. II, Serie IV, monografías, n.º 3, págs. 949-962, Madrid, 1984

Fernández Rodríguez, Tomás Ramón, “Los principios inspiradores de la organización territorial del Estado en la jurisprudencia constitucional” en *Organización Territorial del Estado* (Comunidades Autónomas) VV.AA., Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1984

Fernández Segado, Francisco, “Los principios inspiradores de la organización territorial del Estado en la jurisprudencia constitucional” en *Organización territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, VV.AA., Instituto de Estudios Fiscales, vol. II, págs. 1053-1105, Madrid, 1984

Figuroa Laraudogoitia, Alberto, “La organización del territorio en los Estatutos Catalán y Vasco. Algunos criterios de interpretación” en *Jornades sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, VV.AA., Academia de Legislació y Jurisprudencia de Catalunya, Barcelona, 1980

Galán Sánchez, Rosa María, “Delimitación espacial de las competencias de las Comunidades Autónomas: problemas de inter territorialidad”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 267 (julio-septiembre), págs. 591-606, 1995

García Llovet, Enrique, “Constitución económica y Constitución territorial económica”, *Autonomies, Revista Catalana de Derecho Público*, n.º 22 (julio), págs. 121-153, 1997

García Roca, Javier, *Contribución al estudio de la forma territorial del Estado* Universidad Complutense, Madrid, 1985

García Roca, Javier, “Asimetrías autonómicas y principio constitucional de solidaridad”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 47 (II), enero-abril, págs. 45-96, 1997

García Roca, Javier, “El concepto actual de autonomía local según el bloque de constitucionalidad”, *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, n.º 282, págs. 23 a 70, enero-abril de 2000

Guaita Martorell, Aurelio, “El territorio valenciano: sus límites y divisiones” en *Homenaje a José Antonio García-Trevijano Fos*, Instituto de Estudios de la Administración Local, págs. 297-327, Madrid, 1982

Guimón Ugartechea, J., *El derecho de autodeterminación: el territorio y sus habitantes*. Universidad de Deusto, Bilbao, 1995

Hernández Martín, Valeriano, “El principio de solidaridad y el Fondo de Compensación Interterritorial” en *Organización territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, VV.AA. Instituto de Estudios Fiscales, vol. II, págs. 1561-1572, Madrid, 1984

Larumbe Biurrun, Kepa, “Apuntes sobre el territorio de la Comunidad Autónoma” en *Estudios sobre el Estatuto de Autonomía del País Vasco*, VV.AA., Instituto Vasco de Administración Pública, tomo I, págs. 31-54, Oñati, 1991

Larumbe Biurrun, Pedro María, *El territorio de la Comunidad Autónoma: Notas jurídicas*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1988

Lasagabaster Herrarte, Iñaki, “El territorio y la eficacia de las normas jurídicas” en *Informe Pi i Sunyer sobre Comunidades Autónomas 1994*, dirs. M. Ballbé Mallol y J. Ferret i Jacas, Fundació Carles Pi i Sunyer d’Estudis Autònomic i Locals, vol. II, págs. 791-806, Barcelona, 1995

Lasagabaster Herrarte, Iñaki y Lazcano Brotons, ÍÑIGO, *Régimen jurídico de la ordenación del territorio en Euskalherria*, IVAP, Oñati, 1999

Lázaro Riol, Ángel, “Proporcionalidad, territorialidad e igualdad en los sistemas electorales autonómicos”, En *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 59, mayo-agosto de 2000

López Guerra, Luis, y Varela, Santiago, “La determinación de los límites territoriales de las regiones como problema constitucional en España”, en *Federalismo y Regionalismo*, ed. G. Trujillo Fernández, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979

López Mira, Álvaro X., *Territorio e democracia Un modelo de participación democrática para Galicia, nacionalidade histórica*. Edicións do Castro, La Coruña, 1996

López Ramón, Fernando, “La ordenación territorial en la Comunidad Autónoma de Madrid” en *Estudios sobre el Derecho de la Comunidad de Madrid*, dir. R. Gómez Ferrer, Civitas, págs. 413-447, Madrid, 1987

López Ramón, Fernando, “En busca de un ámbito para la ordenación del territorio por las Comunidades Autónomas” en *Informe Comunidades Autónomas, 1992*, dir. E. Aja Fernández, Instituto de Derecho Público, págs. 349-362, Barcelona, 1993

Lozano Serrano, Carmelo, “Consideración jurídica del Fondo de Compensación Territorial” en *Organización Territorial del Estado*, VV.AA., Instituto de Estudios Fiscales, vol. III, págs. 1749-1770, Madrid, 1984

Marcet I Morera, Joan, *Consenso y disenso en doce años de ley electoral. Revista de las Cortes Generales* n.º 41, 1997.

Meilán Gil, José Luis, “Funcionalidad del territorio de las Comunidades Autónomas”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 226, págs. 275-296, 1985

Ministerio de Administraciones Públicas, *Régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: Ordenación del territorio, Urbanismo y Vivienda*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1993

Montoro Puerto, Miguel, “Competencia de las entidades locales en materia de ordenación del territorio” en *Organización territorial del Estado (Administración Local)*, VV.AA., Instituto de Estudios Fiscales, vol. III, págs. 2213-2233, Madrid, 1985

Moreno Fernández, Luis, *La federalización de España. Poder político y territorio*, Siglo XXI, Madrid, 1997

Múgica, Ramón; Larburu, Miguel Ángel, y Truán, Antonio, “El territorio” en *Primeras Jornadas de Estudio del Estatuto de Autonomía del País Vasco*, VV.AA., Instituto Vasco de Administración Pública, vol. I, págs. 181-241, Oñati, 1983

Nagore Sorabilla, Héctor, y Larumbe Biurrun, Kepa, “Anotaciones sobre la Ley Foral de Ordenación del Territorio” *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 5, págs. 121-135, 1988

Navajas Laporte, Álvaro, “La representación territorial de los territorios en la Comunidad Autónoma. Una disgresión sobre el art. 39 del Estatuto. «Legalidad y legitimidad sobre los derechos históricos»” en *Jornadas de Estudio sobre la actualización de los derechos históricos vascos*, VV.AA., Universidad del País Vasco, págs. 288-308, Bilbao, 1986



Nohlen, D., *Sistemas electorales del mundo*, CEC, Madrid, 1981.

Ortega Álvarez, Luis, “Administración periférica y descentralización: la presencia territorial del Gobierno de la Nación en el marco de un Estado autonómico y miembro de las Comunidades Europeas”, *Documentación Administrativa*, n.º 214 (abril-junio), págs. 35-92, 1988

Pareja I Lozano, Carles, “La acción legislativa de la Generalidad de Cataluña en materia de ordenación del territorio y urbanismo”, *Autonomies*, n.º 12 (diciembre), págs. 155-169, 1990

Parejo Alfonso, Luciano, “La ordenación territorial: un reto para el Estado de las Autonomías”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 226, págs. 209-240, 1985

Parejo Alfonso, Luciano, *et alii*, “Ordenación del territorio” en *El Estado de las Autonomías. Los sectores productivos y la organización territorial del Estado*, dir. A. Jiménez Blanco y J. Martínez-Simancas, Centro de Estudios Ramón Areces - Banco Central Hispano, Madrid, 1997

Pastor Mesanza, Monserrat, “*La conflictivitat competencial. L’abast territorial de les competències autonòmiques*”, IEA, Barcelona, 1992

Pemán Gavín, Juan, *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas / Prensas Universitarias / Universidad de Zaragoza, 1992

Pérez Andrés, Antonio Alfonso, *La ordenación del territorio en el Estado de las Autonomías*, Instituto García Oviedo - Marcial Pons, Madrid, 1998.

Pérez Andrés, Antonio Alfonso, “La ordenación del territorio, una encrucijada de competencias planificadoras”, *Revista de Administración Pública* n.º 147, septiembre-diciembre de 1998.

Pomed Sánchez, L.A., “¿Abandono de la concepción francesa de ordenación del territorio?”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 6 y 7, junio-diciembre de 1995.

Porras Nadales, Antonio José, “Desarrollo y transformaciones jurídicas del Estado social en el modelo territorial autonómico español: balance y perspectivas”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 4 (septiembre-diciembre), págs. 269-291, 1989

Punset Blanco, Ramón, “El concepto de representación territorial en la Constitución española de 1978”, *Revista de Derecho Político*, n.º 7 (otoño), págs. 105-118, 1980

Quintana López, Tomás, “La actual distribución de competencias en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda”, *Autonomías*, n.º 15 (diciembre), págs. 179-188, 1992

Rodríguez Socorro, A. “Desequilibrios regionales autonómicos y criterios para la distribución del Fondo de Compensación Interterritorial”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, n.º 213, 1982

Ruipérez Alamillo, Javier, “Problemas de determinación territorial de las Comunidades Autónomas: el caso de Castilla y León”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 56 (abril-junio), págs. 159-179, 1987

Sánchez Blanco, Ángel, “La delimitación del territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León: las sentencias del Tribunal Constitucional relativas a la integración de las provincias de León (S.M. 89/1984, de 28 de septiembre) y Segovia (S.M. 100/1984, de 8 de noviembre)”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 227, págs. 517-546, 1985

Sarmiento Acosta, Manuel J., “Reflexiones sobre la organización territorial e institucional de Canarias”, *Revista Canaria de Administración Pública*, n.º 13, págs. 95-138, 1993

Sarmiento Méndez, Xosé Antonio, “O territorio como elemento constitutivo da Comunidade Autonoma de Galicia”, *Revista Galega de Administración Pública*, n.º 12, págs. 225-233, 1996

Soler Roch, María Teresa, “El Fondo de Compensación Interterritorial: un análisis jurídico”, *Anales de Derecho*. n.º 6, págs. 7-36, 1984

Solozábal Echavarría, Juan José, “Sobre los supuestos jurídicos de la cobertura institucional del pluralismo territorial en el Estado autonómico español”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 46-47 (junio-octubre), págs. 11-34, 1985

Solozábal Echavarría, Juan José, “Representación y pluralismo territorial: la representación territorial como respuesta a la crisis del concepto moderno de representación”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 50 (marzo-abril), págs. 69-99, 1986

Solozábal Echavarría, Juan José, *Las bases constitucionales del Estado autonómico*, MacGraw-Hill, Madrid, 1998

Solozábal Echavarría, Juan José, “El Estado autonómico como estado compuesto”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 110 (octubre-diciembre), págs. 9 a 26, 2000

Terol Becerra, Manuel José, *Acerca de las contiendas competenciales relativas a la estructura territorial del Estado*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 1998

Tomás Y Valiente, Francisco, “El Tribunal Constitucional y la organización territorial del Estado”, En *Organización Territorial del Estado*, Narcis Serra et *alli*, ed. Universidad, págs. 109 a 118, Salamanca, 1993

Tornos Mas, Joaquín, “La delimitación constitucional de las competencias. El principio de territorialidad y las competencias. Legislación básica, bases, legislación y ejecución” en *El funcionamiento del Estado Autonómico*, VV.AA., Ministerio de Administraciones Públicas, págs. 71-103, Madrid, 1996

Trujillo Fernández, Gumersindo, “Homogeneidad y asimetría en el Estado autonómico: Contribución a la determinación de los límites constitucionales de la forma territorial del Estado”, *Documentación Administrativa*, n.º 232-233 (octubre), págs. 101-120, 1992-1993

Trujillo Fernández, Gumersindo, “Consideraciones sobre la identidad constitucional del Estado autonómico” en *Organización Territorial del Estado*, Narcis Serra et *alli*, ed. Universidad, págs. 119 a 142, Salamanca, 1993

Uriarte Y Zulueta, Manuel María de, “El Fondo de Compensación Interterritorial” en *Organización Territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, VV.AA. Instituto de Estudios Fiscales, vol. I, págs. 281-298, Madrid, 1984

Utrilla De La Hoz, Alfonso, “El Fondo de Compensación Interterritorial (1982-1989)”, *Actualidad Financiera*, n.º 14 (abril), 1991

Utrilla De La Hoz, Alfonso, “Los efectos del fondo de compensación interterritorial en el desarrollo regional”, *Presupuesto y Gasto Público*, n.º 5, págs. 139-158, 1991

VV.AA. *Jornadas sobre ordenación del territorio y desarrollo regional en Castilla y León*, Camp, León, 1982

VV.AA., *El Fondo de Compensación Interterritorial: memoria de un cambio*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1992

Zabalza, Antoni, “La formulación definitiva del Fondo de Compensación Interterritorial” en *Informe Pi i Sunyer sobre Comunidades Autónomas 1990*, dir. E. Aja Fernández, Fundació Carles Pi i Sunyer d’Estudis Autònomic i Locals, págs. 288-306, Barcelona, 1991

### **5. Artículos constitucionales alusivos al territorio**

#### TÍTULO PRELIMINAR

##### **Artículo 2.**

La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.

##### **Artículo 3.**

2. Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos.

##### **Artículo 4.**

2. Los Estatutos podrán reconocer banderas y enseñas propias de las Comunidades Autónomas. Éstas se utilizarán junto a la bandera de España en sus edificios públicos y en sus actos oficiales.

##### **Artículo 8.**

1. Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.

#### TÍTULO I

##### **Artículo 19.**

Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos.

**Artículo 30.**

1. Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España.

**Artículo 40.**

1. Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo.

**Artículo 42.**

El Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, y orientará su política hacia su retorno.

TÍTULO II

**Artículo 61.**

1. El Rey, al ser proclamado ante las Cortes Generales, prestará juramento de desempeñar fielmente sus funciones, guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes y respetar los derechos de los ciudadanos y de las Comunidades Autónomas.

2. El Príncipe heredero, al alcanzar la mayoría de edad, y el Regente o Regentes al hacerse cargo de sus funciones, prestarán el mismo juramento, así como el de fidelidad al Rey.

TÍTULO III

**Artículo 68.**

2. La circunscripción electoral es la provincia. Las poblaciones de Ceuta y Melilla estarán representadas cada una de ellas por un Diputado. La ley distribuirá el número total de Diputados, asignando una representación mínima inicial a cada circunscripción y distribuyendo los demás en proporción a la población.

4. El Congreso es elegido por cuatro años. El mandato de los Diputados termina cuatro años después de su elección o el día de la disolución de la Cámara.

**Artículo 69.**

1. El Senado es la Cámara de representación territorial.

2. En cada provincia se elegirán cuatro Senadores por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto por los votantes de cada una de ellas, en los términos que señale una ley orgánica.

3. En las provincias insulares, cada isla o agrupación de ellas, con Cabildo o Consejo Insular, constituirá una circunscripción a efectos de elección de Senadores, correspondiendo tres a cada una de las islas mayores –Gran Canaria, Mallorca y Tenerife– y uno a cada una de las siguientes islas o agrupaciones: Ibiza-Formentera, Menorca, Fuerteventura, Gomera, Hierro, Lanzarote y La Palma.

4. Las poblaciones de Ceuta y Melilla elegirán cada una de ellas dos Senadores.

5. Las Comunidades Autónomas designarán además un Senador y otro más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio. La designación corresponderá a la Asamblea legislativa o, en su defecto, al órgano colegiado superior de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo que establezcan los Estatutos, que asegurarán, en todo caso, la adecuada representación proporcional.

#### **Artículo 94.**

1. La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos:

Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I.

### TÍTULO IV

#### **Artículo 103.**

1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

### TÍTULO V

#### **Artículo 116.**

2. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración.

3. El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar

expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos.

4. El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones.

## TÍTULO VII

### **Artículo 131.**

1. El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución.

## TÍTULO VIII

### **Artículo 137.**

El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses.

### **Artículo 138.**

1. El Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular.

2. Las diferencias entre los Estatutos de las distintas Comunidades Autónomas no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales.

### **Artículo 139.**

1. Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado.

2. Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español.

### **Artículo 141.**

1. La provincia es una entidad local con personalidad jurídica propia, determi-

nada por la agrupación de municipios y división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado. Cualquier alteración de los límites provinciales habrá de ser aprobada por las Cortes Generales mediante ley orgánica.

3. Se podrán crear agrupaciones de municipios diferentes de la provincia.

**Artículo 143.**

1. En el ejercicio del derecho a la autonomía reconocido en el artículo 2 de la Constitución, las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica podrán acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas con arreglo a lo previsto en este Título y en los respectivos Estatutos.

**Artículo 144.**

Las Cortes Generales, mediante ley orgánica, podrán, por motivos de interés nacional:

a) Autorizar la constitución de una Comunidad Autónoma cuando su ámbito territorial no supere el de una provincia y no reúna las condiciones del apartado 1 del artículo 143.

b) Autorizar o acordar, en su caso, un Estatuto de autonomía para territorios que no estén integrados en la organización provincial.

**Artículo 147.**

2. Los Estatutos de autonomía deberán contener:

b) La delimitación de su territorio.

**Artículo 148.**

1. Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias:

2.<sup>a</sup> Las alteraciones de los términos municipales comprendidos en su territorio y, en general, las funciones que correspondan a la Administración del Estado sobre las Corporaciones locales y cuya transferencia autorice la legislación sobre Régimen Local.

3.<sup>a</sup> Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.

**Artículo 151.**

2. En el supuesto previsto en el apartado anterior, el procedimiento para la 5.º De no alcanzarse el acuerdo a que se refiere el apartado 2.º de este número, el proyecto de Estatuto será tramitado como proyecto de ley ante las Cortes Generales. El texto aprobado por éstas será sometido a referéndum del cuerpo electoral de



las provincias comprendidas en el ámbito territorial del proyectado Estatuto. En caso de ser aprobado por la mayoría de los votos válidamente emitidos en cada provincia, procederá su promulgación en los términos del párrafo anterior.

3. En los casos de los párrafos 4.º y 5.º del apartado anterior, la no aprobación del proyecto de Estatuto por una o varias provincias no impedirá la constitución entre las restantes de la Comunidad Autónoma proyectada, en la forma que establezca la ley orgánica prevista en el apartado 1 de este artículo.

### **Artículo 152.**

1. En los Estatutos aprobados por el procedimiento a que se refiere el artículo anterior, la organización institucional autonómica se basará en 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; un Consejo de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativas y un Presidente, elegido por la Asamblea, de entre sus miembros, y nombrado por el Rey, al que corresponde la dirección del Consejo de Gobierno, la suprema representación de la respectiva Comunidad y la ordinaria del Estado en aquélla. El Presidente y los miembros del Consejo de Gobierno serán políticamente responsables ante la Asamblea.

Un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. En los Estatutos de las Comunidades Autónomas podrán establecerse los supuestos y las formas de participación de aquéllas en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio. Todo ello de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del poder judicial y dentro de la unidad e independencia de éste.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 123, las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia.

3. Mediante la agrupación de municipios limítrofes, los Estatutos podrán establecer circunscripciones territoriales propias, que gozarán de plena personalidad jurídica.

### **Artículo 154.**

Un Delegado nombrado por el Gobierno dirigirá la Administración del Estado en el territorio de la Comunidad Autónoma y la coordinará, cuando proceda, con la administración propia de la Comunidad.

**Artículo 158.**

1. En los Presupuestos Generales del Estado podrá establecerse una asignación a las Comunidades Autónomas en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido y de la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español.

2. Con el fin de corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad, se constituirá un Fondo de Compensación con destino a gastos de inversión, cuyos recursos serán distribuidos por las Cortes Generales entre las Comunidades Autónomas y provincias, en su caso.

TÍTULO IX

**Artículo 161.**

1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.

### **Resumen**

El territorio es más que un elemento del Estado. Se trata de una figura usada en varios campos de la Constitución y del ordenamiento jurídico, y la interpretación en sus diversos significados ha de ser objeto de atención específica.

### **Abstract**

The territory is more than an element than State. It is a question of a figure used in several fields of the Constitution and of the legal classifica, and the interpretation in its diverse meanings has to be an object of specific attention.

### **Palabras clave**

Territorio  
Jurisprudencia constitucional  
España

### **Keywords**

Territory  
Constitutional Court  
Spain

UN BIEN ESCASO Y SUMAMENTE CONFLICTIVO:  
EL AGUA EN LA JURISPRUDENCIA  
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
COMENTARIO A LAS STC 247/2007, 31/2010, 48/2010 Y 49/2010

**Tomás Vidal Marín**  
*Profesor Titular de Derecho Constitucional*

El objeto de la presente reseña lo constituye el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en torno a la conflictividad territorial que en el seno del Estado español existe en materia de agua. Tema especialmente trascendente en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha y que ha llevado, habida cuenta de la falta de acuerdo sobre el mismo entre PSOE y PP, a que la reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha se viniera abajo en su tramitación ante el Congreso de los Diputados. Pues bien, esta conflictividad se ha acrecentado como consecuencia de las previsiones acerca de aquella establecidas en las últimas reformas de los Estatutos de Autonomía, en particular en el Estatuto de Autonomía de Cataluña. En efecto, el artículo 117 de este texto legal estipula:

1.- Corresponde a la Generalitat, en materia de aguas que pertenezcan a cuencas hidrográficas intracomunitarias, la competencia exclusiva, que incluye en todo caso:

a) La ordenación administrativa, la planificación y la gestión del agua superficial y subterránea, de los usos y de los aprovechamientos hidráulicos, así como de las obras hidráulicas que no estén calificadas de interés general.

b) La planificación y la adopción de medidas e instrumentos específicos de gestión y protección de los recursos hídricos y de los ecosistemas acuáticos y terrestres vinculados al agua.

c) Las medidas extraordinarias en caso de necesidad para garantizar el suministro de agua.

d) La organización de la administración hidráulica de Cataluña, incluida la participación de los usuarios.

e) La regulación y la ejecución de las actuaciones relacionadas con la concentración parcelaria y las obras de riego.

2.- La Generalitat, en los términos establecidos en la legislación estatal, asume competencias ejecutivas sobre el dominio público hidráulico y las obras de interés general. En estos mismos términos le corresponde la participación en la planificación y la programación de las obras de interés general.

3.- La Generalitat participa en la planificación hidrológica y en los órganos de gestión estatales de los recursos hídricos y de los aprovechamientos

hidráulicos que pertenezcan a cuencas hidrográficas intercomunitarias. Corresponde a la Generalitat, dentro de su ámbito territorial, la competencia ejecutiva sobre:

- a) La adopción de medidas adicionales de protección y saneamiento de los recursos hídricos y de los ecosistemas acuáticos
- b) La ejecución y la explotación de las obras de titularidad estatal si se establece mediante convenio.
- c) Las facultades de policía del dominio público hidráulico atribuidas por la legislación estatal.

4.- La Generalitat debe emitir un informe preceptivo para cualquier propuesta de trasvase de cuencas que implique la modificación de los recursos hídricos de su ámbito territorial.

5.- La Generalitat participa en la planificación hidrológica de los recursos hídricos y de los aprovechamientos hidráulicos que pasen o finalicen en Cataluña provenientes de territorios de fuera del ámbito estatal español, de acuerdo con los mecanismos que establece el Título V y participará en su ejecución en los términos previstos por la legislación estatal.”

Este precepto estatutario ha sido objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional en varias ocasiones; así, ha sido recurrido en inconstitucionalidad por 99 diputados del grupo parlamentario popular, también ha sido recurrido por el Consejo de Gobierno de la Región de Murcia y por la Generalitat Valenciana. Todos estos recursos han sido ya resueltos por el más alto de nuestros Tribunales, en concreto por las sentencias 31/2010, de 28 de junio, 48/2010, de 9 de septiembre, y por la sentencia 49/2010, de 29 de septiembre, respectivamente. Precisamente, de lo que se trata a partir de ahora es de analizar la doctrina jurisprudencial establecida al respecto en estos pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

En lo que respecta al apartado 1 de este artículo 117 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, el mismo atribuye competencia exclusiva a esta Comunidad Autónoma en materia de aguas que pertenezcan a cuencas hidrográficas intracomunitarias, delimitando a continuación el alcance de la referida competencia. Precisamente, este precepto es objeto de impugnación en base a la consideración de que es esta una competencia reservada constitucional-

mente al Estado, a tenor de lo dispuesto en los artículos 149.1.13 y 149.1.22<sup>1</sup>. El alto Tribunal, a nuestro juicio de manera difícilmente discutible, rechaza la precitada impugnación argumentando que “la atribución por el Estatuto de competencias exclusivas sobre una materia (...) no puede afectar a las competencias sobre materias o submaterias reservadas al Estado que se proyectarán, cuando corresponda, sobre las competencias exclusivas autonómicas con el alcance que les haya otorgado el legislador estatal con plena libertad de configuración, sin necesidad de que el Estatuto incluya cláusulas de salvaguarda de las competencias estatales”. Y en lógica coherencia con esta afirmación, añade a renglón seguido el Tribunal: “la competencia autonómica sobre cuencas hidrográficas intracomunitarias ha de coexistir con el legítimo ejercicio por parte del Estado de los títulos competenciales que puedan concurrir o proyectarse sobre dicha materia, en particular con el ejercicio de la competencia estatal sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13)” así como con el ejercicio de la competencia estatal sobre legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos y la autorización de las instalaciones electrónicas (art. 149.1.22).

Por su parte, el artículo 117.2 del reformado Estatuto de Autonomía catalán se remite a la legislación estatal a la hora de la asunción por la Generalitat de las competencias ejecutivas sobre el dominio público hidráulico y la planificación y programación de las obras de interés general. De nuevo los recurrentes impugnan el mismo habida cuenta de que con el se están invadiendo las competencias exclusivas que sobre el dominio público hidráulico estatal y las obras de interés general corresponden al Estado ex artículo 149.1.24 CE<sup>2</sup>. Es la interpretación de la expresión “en los términos establecidos en la legislación estatal” la que sirve de base al Tribunal Constitucional para salvar la constitucionalidad de este precepto estatutario. En efecto, según el más alto de nuestros Tribunales, aunque el precitado precepto constitucional reserve en exclusiva al Estado la competencia sobre obras de interés general, ello no debe impedir un adecuado entendimiento

1. Dispone el artículo 149.1.13 y 22 CE: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

-13. Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica

-22. La legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma, y la autorización de las instalaciones electrónicas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial”

2. Dispone el artículo 149.1.24 CE: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

-24. Obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma”.

del precepto estatutario impugnado, pues la asunción de las competencias a las que se refiere el mismo por parte de la Comunidad Autónoma tiene lugar “en los términos establecidos en la legislación estatal”. “De modo que es al Estado, titular exclusivo de la competencia, al que, con plena libertad de configuración, le corresponde determinar, en su caso, a través del procedimiento constitucionalmente previsto para la transferencia o delegación de competencias estatales a las Comunidades Autónomas, y en la medida en que los límites constitucionales allí establecidos lo permitan, la atribución de la competencia autonómica, así como también los concretos términos, formas y condiciones de la participación de la Comunidad Autónoma contemplada en el precepto, con el alcance, en cuanto a la participación se refiere, que con carácter general puede tener esa concreta modalidad de cooperación (...)”.

El apartado 3 del artículo 117 del Estatuto de Autonomía de Cataluña también ha sido objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional habida cuenta que el mismo estipula la participación de la Generalitat en la planificación hidrológica y en los órganos de gestión estatales de los recursos hídricos y de los aprovechamientos hidráulicos que pertenezcan a cuencas hidrográficas de diferentes Comunidades Autónomas, lo cual no podría recogerse, a juicio de los recurrentes, en un Estatuto de Autonomía, condiciona el ejercicio de la competencia estatal y no supedita el contenido y alcance de la participación autonómica a lo dispuesto en la normativa estatal. Pues bien, la opinión de la mayoría del más alto de nuestros Tribunales ha venido a avalar la constitucionalidad de este precepto estatutario. Y ello porque, a juicio del Tribunal Constitucional, el Estatuto de Autonomía es desde una perspectiva constitucional fuente normativa adecuada para contemplar, en términos muy generales tal y como se hace en el 117.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, técnicas de cooperación en temas en lo que están implicadas las competencias y los intereses de la Comunidad Autónoma. Además, añade el Tribunal, “es al legislador estatal, pues estatales son los órganos y funciones en los que se prevé aquí la participación autonómica, al que corresponde determinar con entera libertad la participación expresada, su concreto alcance y su específico modo de articulación, que no podrá tener lugar en órganos de carácter decisorio, debiendo en todo caso dejar a salvo las referidas participaciones orgánica y funcional la titularidad de las competencias estatales eventualmente implicadas y la perfecta libertad que en su ejercicio corresponde a los organismos e instituciones del Estado”.

Igualmente, es objeto de impugnación el apartado 4 del tantas veces citado artículo 117 del Estatuto de Autonomía de Cataluña; impugnación que en este caso se basa en la exigencia de emisión de un informe preceptivo para cualquier propuesta de trasvase entre cuencas que conlleve la modificación de recursos



hídricos de su ámbito territorial, en tanto que no especifica si se trata de trasvases de cuencas intracomunitarias o intercomunitarias, se entiende que los abarca todos, lo que supone que se atribuye a Cataluña una intervención en el ejercicio de una competencia estatal así como que se privilegia a esta Comunidad Autónoma en perjuicio de las demás sin ningún tipo de justificación constitucional. Asimismo, el precepto se recurre en la consideración de que con el mismo se conculcarían los principios de coordinación y participación de las CCAA, en régimen de igualdad, conectados a los principios de lealtad institucional, buena fe y solidaridad interterritorial (art. 2, 14 y 138 CE) al resultar discriminatoria la inclusión de la participación, preceptiva y exclusiva, de la Generalitat catalana, mermando las competencias de las Confederaciones Hidrográficas y del Consejo Nacional del Agua. Igualmente este precepto estatutario se considera que vulnera los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) puesto que si no se emite el informe preceptivo se podría impedir el ejercicio de las competencias estatales, así como la reserva de ley ordinaria, pues la Constitución no reserva a ley orgánica la regulación de materias relativas a cuencas fluviales intercomunitarias.

De nuevo el más alto de nuestros Tribunales recurre a una interpretación del tipo de informe requerido así como al principio de cooperación Estado-Comunidades Autónomas para avalar la constitucionalidad del referido precepto legal. En efecto, para el Tribunal el mecanismo de colaboración establecido entre Cataluña y el Estado español en una materia en la que están presentes intereses de aquella y de éste no vulneraría el artículo 149.1.22 CE cuando de trasvases entre cuencas intercomunitarias se trate, puesto que “el informe que ha de emitir la Generalitat (...) es un informe, aunque preceptivo, no vinculante, que se compadece con el principio de cooperación que ha de presidir las relaciones entre el Estado y la Comunidad Autónoma”.

Afirmado lo anterior, y puesto que no hay conculcación del artículo 149.1.22 CE, no puede resultar extraño que el más alto de nuestros Tribunales considere que tampoco existe conculcación de los principios de coordinación y participación de las CCAA en régimen de igualdad, sin menoscabo, por tanto, de las competencias de las Confederaciones Hidrográficas ni del Consejo Nacional del Agua, ni de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos “ya que al tratarse de un informe no vinculante no se impide ni obstaculiza el ejercicio de las competencias estatales”. Tampoco existiría vulneración de la reserva de ley ordinaria “ya que se trata de una mera previsión que responde al principio de cooperación de las relaciones entre el Estado y la Comunidad Autónoma, con un natural encaje en un Estatuto de Autonomía”.

Finalmente, también ha sido objeto de recurso el artículo 117.5 del Estatuto ahora comentado. En este caso, la impugnación se basa en el hecho de que este precepto prevé la participación de la Generalitat respecto de recursos y aprovechamientos hidráulicos que no pertenecen estrictamente a cuencas intracomunitarias, invadiendo, pues, las competencias exclusivas del Estado en materia de planificación de transferencias entre cuencas. Para rechazar la impugnación y respaldar la constitucionalidad de este último apartado, el Tribunal reproduce lo afirmado en relación con la impugnación del apartado 3, esto es, “(...) el Estatuto de Autonomía, en tanto que norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, no es sede normativa inadecuada, con una perspectiva constitucional, para contemplar, con la generalidad que se hace en el precepto recurrido, mecanismos o formulas cooperativas como las que en él se enuncian en asuntos en los que resultan implicadas las competencias e intereses de la Comunidad Autónoma. Por lo demás, como se desprende de su inciso final (...), es al legislador estatal al que corresponde determinar con entera libertad la participación expresada, su concreto alcance y su específico modo de articulación, debiendo en todo caso dejar a salvo la titularidad de las competencias estatales eventualmente implicadas y la perfecta libertad que en su ejercicio corresponde a los organismos e instituciones del Estado”.

Ahora bien, esta interpretación conforme realizada por la mayoría del alto Tribunal no ha sido, sin embargo, unánime. En efecto, en uno de los votos particulares, en concreto el formulado por D. Vicente Conde Martín de Hijas, a las sentencias que ahora se comentan, el magistrado aduce una serie de consideraciones que le llevan a declarar la inconstitucionalidad y consecuente nulidad del inciso “obras de interés general” previsto en el artículo 117.2 del Estatuto catalán por ser contrario al artículo 149.1.24 CE, así como el artículo 117.3, inciso primero, por ser contrario al artículo 149.1.22 CE y los artículos 117.4 y 117.5 por vulneración del artículo 149.1.24 CE. ¿Cuáles son esas consideraciones? Las siguientes:

1.- En primer lugar, las competencias estatales exclusivas no pueden estar mediatizadas por ninguna participación en ellas de una Comunidad Autónoma. El establecimiento de participaciones de este tipo en un Estatuto de Autonomía no sería respetuoso con el principio de exclusividad.

2.- En segundo lugar, el magistrado disidente considera rechazable el recurso a las técnicas de cooperación las cuales, si bien pueden ser necesarias en un Estado Autonómico como el nuestro, deben tener en su base de partida “la previa titularidad de las competencias de los entes públicos llamados a cooperar o colaborar en el ejercicio de las mismas”, pero no sería aceptable que la cooperación (salvo que la Constitución así lo establezca) “pueda operar como título válido de

atribución de competencias a quien constitucionalmente no pueden corresponder” puesto que las mismas se han reservado en exclusiva al Estado.

3.- En tercer lugar, tampoco acepta la opinión mayoritaria en el sentido de que en todo caso el Estado conserva su facultad decisoria, puesto que en su opinión la reserva en exclusiva a favor del Estado no opera sólo en el momento decisorio, sino en todo el espacio lógico del ejercicio de la competencia exclusiva. Cuestión distinta es que el titular de la competencia pueda disponer de ella y establecer mecanismos de participación con quienes pueden resultar afectados por su ejercicio.

4.- En fin, también rechaza la negación de la virtualidad jurídica del precepto por su remisión a la normativa estatal puesta de manifiesta por la opinión mayoritaria del alto Tribunal, ya que en el precepto estatutario “no está condicionada la imperatividad eficiente de su mandato por la norma a la que se remite, sino que es condicionante de la validez de la norma remitida”.

Particularmente interesante resulta también el voto particular formulado por D. Javier Delgado, el cual también considera inconstitucionales y, por tanto, nulos los artículos 117.2, inciso “obras de interés general”, 117.3, inciso primero, 117.4 y 117.5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña en base a la invasión por el mismo de las competencias que la Constitución reserva en exclusiva al Estado. En efecto, el magistrado discrepante parte de la premisa de que un Estatuto de Autonomía sólo puede ser reformado por el procedimiento en él previsto tal y como estipula el artículo 147.3 CE. Y esto conlleva la petrificación de todo el contenido del Estatuto, de donde derivan dos consecuencias importantes:

Pues bien, a partir de aquí afirma el magistrado disidente, por lo que ahora nos interesa, que los preceptos apartados del artículo 117 del reformado Estatuto de Autonomía de Cataluña exceden del campo propio de la competencia conjunta del Estado y la Comunidad Autónoma, puesto que establecen una participación de la Generalitat en el ámbito de las competencias exclusivas del Estado reservadas a éste *ex Constitutione*, imponiendo con ello “un trámite que concrete esa participación afectando a un procedimiento que, por referirse a una competencia del Estado, sólo éste podrá regular mediante una norma que pueda modificar por sí sólo”.

La jurisprudencia que en materia de aguas y obras hidráulicas ha dejado establecido el Tribunal Constitucional en estos pronunciamientos del año 2010, lejos de sorprendernos, supone la continuación y confirmación de la jurisprudencia iniciada por el alto Tribunal en la resolución del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón contra el artículo 17.1 del reformado Es-

tatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana en la STC 247/2007. Dispone este precepto estatutario:

“Se garantiza el derecho de los valencianos y valencianas a disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad. Igualmente, se reconoce el derecho de redistribución de los sobrantes de aguas de cuencas excedentarias atendiendo a criterios de sostenibilidad de acuerdo con la Constitución y la legislación estatal.

Los ciudadanos y ciudadanas valencianos tienen derecho a gozar de una cantidad de agua de calidad, suficiente y segura, para atender a sus necesidades de consumo humano y para poder desarrollar sus actividades económicas y sociales de acuerdo con la Ley.”

Por lo que ahora nos interesa, el Gobierno aragonés cuestionó la constitucionalidad del referido precepto estatutario al disponer el mismo a favor de los valencianos el derecho a disfrutar de agua de calidad en cantidad suficiente y acceder a la redistribución de los caudales que provengan de cuencas excedentarias con arreglo al principio de sostenibilidad del agua. Derechos estos que se traducirían en obligaciones para el Estado español que tendrían como referencia cuencas supracomunitarias y que supondrían la conculcación del artículo 149.1.22 CE. Dichas obligaciones se traducirían en realizar algún tipo de trasvase de aguas sobrantes provenientes de cuencas excedentarias y en poner a disposición de los valencianos agua de calidad suficiente y segura.

El alto Tribunal considera que se trata de simples obligaciones hipotéticas puestos que las mismas dependen del cumplimiento de una condición. En efecto, a juicio del Tribunal Constitucional en el caso de la redistribución de aguas de cuencas excedentarias, el precepto estatutario se remite al legislador estatal por lo que no se limita la libertad de configuración del mismo en esta materia. Por tanto, “si dicha legislación estatal no lo dispone, no se concretará el derecho; por el contrario, éste se hará realidad sólo en los términos en los que el Estado decida disponer medidas sobre ambas determinaciones del precepto estatutario”. Y a renglón seguido añade el Tribunal: “Únicamente tras todo ello podrá el legislador autonómico concretar el derecho al agua controvertido, ejerciendo las competencias de redistribución que, en su caso, le correspondan, pues ha de entenderse que el derecho reconocido en el artículo 17.1, párrafo primero, EAV, no se refiere propiamente a los sobrantes de aguas de cuencas excedentarias, sino a la redistribución de los mismos, y la propia idea de redistribución supone que esas aguas se encuentren ya a la disposición redistributiva del poder público autonómico competente, en los términos establecidos en la legislación estatal”.

Por su parte, en lo que se refiere al derecho a gozar de una cantidad de agua de calidad suficiente y segura, el más alto de nuestros Tribunales recurre una vez más a una interpretación conforme de este inciso, puesto que considera que el precepto estatutario se remite a la ley estatal, a pesar de usar sólo la expresión “Ley”, para determinar el alcance del referido derecho y “que ha de entenderse de acuerdo con el orden constitucional de competencias”.

A tenor de lo expuesto ahora, no es de extrañar que el Tribunal Constitucional concluya señalando que el precepto estatutario cuestionado “no supone, pues, imposición alguna al Estado en los términos en que se redacta ni, obvio es decirlo, podría tampoco hacerlo, pues las relaciones del Estado, titular de la soberanía, con las Comunidades Autónomas, dotadas de autonomía política, se sustentan en la fijación de esferas de competencia indisponibles e irrenunciables por imperativo constitucional”.

Sin embargo, esta que sería la doctrina mayoritaria del alto Tribunal es también harto discutible como lo ponen de manifiesto los votos particulares formulados a la STC 247/2007 a la que ahora nos referimos. En este sentido, es destacar la discrepancia formulada por Vicente Conde Martín de Hijas el cual considera que cuando el precepto del Estatuto de Autonomía de Valencia se refiere a aguas sobrantes de cuencas excedentarias se refiere obviamente a cuencas situadas fuera del territorio de esa Comunidad puesto que en la Comunidad Valenciana no existen las referidas aguas sobrantes y, en consecuencia, dicho precepto estaría invadiendo las competencias que corresponden en exclusiva al Estado según dispone el artículo 149.1.22 CE. Además, no comparte la interpretación realizada por la mayoría del T.C. en el sentido de que el Estatuto de Autonomía no se refiere propiamente a los sobrantes de agua de cuencas excedentarias sino a la redistribución de los mismos “y la propia idea de redistribución supone que esas aguas se encuentren ya a la disposición redistributiva del poder público autonómico competente, en los términos establecidos por la legislación estatal”, puesto que la misma es artificiosa e inexacta puesto que entendido el precepto así carece de toda utilidad normativa.

**Palabras clave**

Agua y obras hidráulicas.

**Key words**

Water, hydraulic works

**Resumen**

El Tribunal Constitucional avala la constitucionalidad de las estipulaciones contenidas en los nuevos Estatutos de Autonomía acerca de aguas y obras hidráulicas.

**Abstract**

The Constitutional Court considers constitutional the content of the new Statutes of Autonomy about the water and hydraulic works.



**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
SOBRE COMUNIDADES AUTÓNOMAS  
(De 1 de enero de 2009 a 31 de diciembre de 2010)**

**María del Pilar Molero Martín-Salas**  
*Profesora Ayudante. Área de Derecho Constitucional*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

El presente artículo recoge un sucinto comentario de aquellas sentencias del Tribunal Constitucional relativas a Comunidades Autónomas, si bien es cierto que de todas ellas solo se comentarán aquellas que sean más relevantes o de mayor interés para el ámbito autonómico.

Como se observa en el sumario, el artículo consta de dos apartados, en el primero de ellos se hará constar la referencia concreta de cada una de las sentencias que serán comentadas, así como el proceso en que dicha sentencia ha sido dictada, y en el segundo se incluye el comentario de cada una de las sentencias. Puesto que en esta ocasión el artículo se refiere a dos años, cada uno de los apartados se elaborará por duplicado, uno para 2009 y otro para 2010.

Como se verá, se han comentado diversas sentencias en procedimientos relativos a recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, así como en conflictos de competencias, si bien todos ellos han sido en sentido positivo. Sin embargo, como suele ser habitual, no se comentará ninguna sentencia en procedimientos de amparo, pues generalmente suelen ser de escasa relevancia en lo que respecta al ámbito competencial y organizativo de la Comunidad Autónoma. Tampoco existen durante este periodo pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional que afecten a Castilla-La Mancha.

## **SUMARIO**

### *I. AÑO 2009*

- 1. Referencia de las sentencias comentadas y proceso en el que se dictan.*
- 2. Comentario de las sentencias más relevantes.*
  - 2.1. En Recursos de Inconstitucionalidad.*
  - 2.2. En Cuestiones de Inconstitucionalidad.*
  - 2.3. En Conflictos de Competencia.*

### *II. AÑO 2010*

- 1. Referencia de las sentencias comentadas y proceso en el que se dictan.*
- 2. Comentario de las sentencias más relevantes.*
  - 2.1. En Recursos de Inconstitucionalidad.*
  - 2.2. En Cuestiones de Inconstitucionalidad.*
  - 2.3. En Conflictos de Competencia.*



## **I. AÑO 2009**

### ***1. Referencia de las sentencias comentadas y el proceso en el que se dictan***

- Sentencia 13/2009, de 19 de enero. Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 168/2009, de 9 de julio. Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 55/2009, de 9 de marzo. Cuestión de inconstitucionalidad
- Sentencia 86/2009, de 23 de febrero. Cuestión de inconstitucionalidad
- Sentencia 87/2009, de 20 de abril. Cuestión de inconstitucionalidad
- Sentencia 106/2009, de 4 de mayo. Cuestión de inconstitucionalidad
- Sentencia 130/2009, de 1 de junio. Cuestión de inconstitucionalidad
- Sentencia 135/2009, de 15 de junio. Cuestión de inconstitucionalidad
- Sentencia 137/2009, de 15 de junio. Cuestión de inconstitucionalidad
- Sentencia 162/2009, de 29 de junio. Cuestión de inconstitucionalidad
- Sentencia 136/2009, de 15 de junio. Conflicto positivo de competencias
- Sentencia 138/2009, de 15 de junio. Conflicto positivo de competencias
- Sentencia 200/2009, de 29 de septiembre. Conflicto positivo de competencias

### ***2. Comentario de las sentencias más relevantes***

#### **2.1. En Recursos de Inconstitucionalidad**

##### **-Sentencia 13/2009, de 19 de enero.**

Esta sentencia resuelve un recurso interpuesto por 62 Diputados del Grupo Parlamentario Popular contra diversos preceptos de la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres.

Los preceptos impugnados se refieren, por una parte a la promoción de la igualdad en el ámbito administrativo, considerando los Diputados que la previsión de cuotas para acceder a los cargos administrativos, atenta contra la igualdad prevista en el art. 14 de la Constitución así como a los principios de mérito y capacidad. Por otra parte se refieren al establecimiento en el sistema electoral de la necesidad de que las listas electorales estén formadas por un 50% de hombres y un 50% de mujeres, aspecto que entienden los Diputados atenta contra la igualdad en el acceso a los cargos representativos, la competencia exclusiva que tiene el Estado en dicha materia, la prohibición constitucional de que las categorías de elegibles se establezcan por razón de sexo y la libre actividad de los partidos políticos.

En cuanto a la primera parte, el TC considera que la legislación autonómica asegura tanto el mérito como la capacidad, y que otorga un mismo trato a hombres y mujeres. En cuanto a la segunda, se remite en numerosas ocasiones a lo dicho para

el recurso interpuesto contra la Ley Orgánica 3/2007, para la que se dictó la STC 12/2008, entendiendo básicamente el TC que la normativa autonómica no invade competencias exclusivas del Estado, pues respeta la normativa estatal básica en la materia, pues establece un porcentaje mínimo de mujeres que está dentro de la horquilla que marca la normativa estatal, y que las medidas adoptadas por el legislador estatal son conformes al principio de proporcionalidad y razonabilidad.

**-Sentencia 168/2009, de 9 de julio.**

En este caso la sentencia resuelve un recurso interpuesto por el Presidente del Gobierno, contra ciertas disposiciones de la Ley del Parlamento Vasco 5/2002, de 4 de octubre, de segunda modificación de la Ley reguladora del plan general de carreteras del País Vasco.

La normativa autonómica establece que determinados tramos de carreteras pueden pasar a formar parte de la red de interés general del Estado, exclusivamente a efectos funcionales, disposición que entiende el Presidente del Gobierno atentaría contra las competencias que tiene el Estado en materia de carreteras.

Finalmente el TC considera que efectivamente tal inclusión atenta a las competencias que posee el Estado en la materia, por lo que estima el recurso y declara inconstitucionales y nulas las disposiciones autonómicas impugnadas.

**2.2. En Cuestiones de Inconstitucionalidad**

**-Sentencia 55/2009, de 9 de marzo.**

La sentencia resuelve la cuestión planteada desde el TSJ de las Illes Balears contra determinados preceptos de la Ley 9/1997, de 22 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas de la Comunidad Autónoma (en adelante CA) de las Illes Balears. Dicha normativa autonómica establece un periodo transitorio de equiparación del personal funcionario no docente transferido a la Comunidad Autónoma, que en el caso de la retribución puede llegar a ser de hasta 4 años, considerándose desde el TSJ que dicha disposición puede vulnerar el principio de igualdad previsto en el art. 14 de la Constitución.

El TC admite parcialmente la cuestión, pues entiende que es inconstitucional la diferencia retributiva entre los funcionarios propios de la Comunidad Autónoma y los que han sido transferidos, una vez que dicho traspaso ya se ha hecho efectivo.

**-Sentencia 86/2009, de 23 de febrero.**

En este caso es el TSJ de Canarias el que plantea la cuestión frente al art. 82.2 de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la función pública de Canarias.

Dicho precepto establecía la imposibilidad de que el sueldo de los funcionarios del grupo E fuese inferior al salario mínimo interprofesional, y resulta impugnado por considerar el TSJ que dicha previsión vulnera competencias reservadas al Estado en cuanto a reforma de la función pública.

El TC admite la cuestión y considera inconstitucional y nula la disposición impugnada, por considerar que efectivamente vulnera una competencia exclusiva del Estado en cuanto a la nivelación de las retribuciones básicas, que se encuadraría en la competencia exclusiva del Estado de establecer las bases del régimen jurídico de la función pública.

**-Sentencia 87/2009, de 20 de abril.**

En este caso la cuestión es planteada por el Juzgado de lo Contencioso nº3 de Las Palmas de Gran Canaria, en relación con el apartado 3 de la disposición transitoria primera, de la Ley del Parlamento de Canarias 2/1999, de 4 de febrero, de medidas urgentes para el ejercicio de 1999.

La disposición autonómica cuestionada establece una determinada incompatibilidad de los funcionarios interinos de farmacia con el hecho de seguir siendo propietarios de una Oficina de farmacia, considerando la parte recurrente que dicha normativa vulnera el régimen básico estatal en materia de incompatibilidades de los funcionarios públicos y además el art. 14 de la Constitución por realizar distinciones entre los funcionarios interinos y los de carrera.

El TC inadmite la cuestión, considerando para el primer aspecto, que lo establecido en la disposición cuestionada forma parte de las competencias autonómicas, y con respecto al segundo, puesto que no se trata de dos situaciones idénticas, las de los funcionarios de carrera y la de los funcionarios interinos, y no se encuentran en la misma situación con respecto a la tenencia de Oficinas de farmacia, no puede apreciarse vulneración del art. 14.

**-Sentencia 106/2009, de 4 de mayo.**

En este caso se resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Santander respecto al art. 31 c) de la Ley 1/2002, de 26 de febrero, del comercio de Cantabria.

La normativa autonómica cuestionada establece un límite temporal que afecta a las ventas con descuento dirigidas a la promoción de determinados productos, disposición que se considera vulneradora de la competencia estatal en materia de defensa de la competencia.

El TC finalmente considera que efectivamente tal regulación autonómica vulnera la competencia que tiene el Estado en la materia, declarando inconstitucional y nulo el citado apartado de la ley.

**-Sentencia 130/2009, de 1 de junio.**

El TC resuelve con esta sentencia diversas cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas planteadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en relación con la disposición adicional primera, apartado 1, de la Ley Foral 11/2004, de 29 de octubre, que actualiza el régimen local de Navarra.

La normativa cuestionada establece una serie de requisitos previos para acceder a la condición de Secretario o Interventor de las Entidades Locales de Navarra, entendiéndose que tal normativa vulnera el derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas.

El TC, aludiendo a doctrina ya consolidada, recuerda que las condiciones de acceso a la función pública deben ser conformes con los principios de igualdad, mérito y capacidad, y para el caso concreto considera que no existe justificación para permitir una convocatoria restringida, y por tanto se vulneran los principios antes mencionados, estimando las cuestiones y declarando inconstitucional y nulo el apartado cuestionado.

**-Sentencia 135/2009, de 15 de junio.**

La sentencia resuelve diversas cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas planteadas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Santa Cruz de Tenerife en relación con la disposición transitoria primera de la Ley del Parlamento de Canarias 2/1999, de 4 de febrero, de medidas urgentes económicas, de orden social y relativas al personal y a la organización administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias para el ejercicio de 1999.

Para resolver, el TC se remite a la doctrina establecida en la STC 87/2009, comentada anteriormente.

**-Sentencia 137/2009, de 15 de junio.**

La sentencia resuelve diversas cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas planteadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en relación con la disposición transitoria primera, apartado tres, de la Ley del Parlamento de Canarias 2/1999, de 4 de febrero, de medidas urgentes económicas, de orden social y relativas al personal y a la organización administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias para el ejercicio de 1999.

Como en el caso anterior, para resolver el TC se remite a la doctrina establecida en la STC 87/2009, comentada anteriormente.

**-Sentencia 162/2009, de 29 de junio.**

En este caso la sentencia resuelve la cuestión planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Huesca respecto del art. 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón o, de modo alternativo, en relación con la disposición final segunda de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones públicas.

La cuestión se plantea porque el legislador estatal ha aprobado la normativa básica en materia de procedimiento de adjudicación de contratos para la explotación de bienes y derechos patrimoniales de las Administraciones públicas (art. 107.1 de la Ley 33/2003), y se considera que el art. 184.2 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón no se ajusta a esa normativa básica estatal sobrevenida.

El Alto tribunal recuerda que para entender que se ha producido dicha vulneración deben concurrir dos circunstancias: que la norma estatal infringida por la Ley autonómica sea una norma básica y, por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución ha reservado al Estado, y que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, no pueda salvarse por la vía interpretativa.

Finalmente el TC considera que se cumplen ambos requisitos y que por tanto la disposición autonómica cuestionada es inconstitucional y nula.

### **2.3. En Conflictos de Competencia**

**-Sentencia 136/2009, de 15 de junio.**

Dicha sentencia resuelve un conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno de Aragón contra la Resolución de la Dirección General del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, de 8 de septiembre de 2000, por la que se regula la concesión de ayudas para apoyo a la energía solar térmica en el marco del Plan de fomento para las energías renovables.

El Gobierno de Aragón considera que la resolución impugnada vulnera su autonomía financiera, así como sus competencias en materia de energía eléctrica, fomento del desarrollo económico e investigación científica y técnica, dado que dicha resolución centraliza en los órganos estatales la tramitación y resolución de

las ayudas en ella reguladas, ignorando de este modo la doctrina constitucional recaída en relación con las subvenciones.

El TC considera que la resolución impugnada contradice claramente la doctrina constitucional expuesta en cuya virtud correspondería a la Comunidad Autónoma regular el procedimiento de tramitación de estas subvenciones y gestionarlas efectivamente, por lo que entiende que las competencias en conflicto corresponden a la Comunidad Autónoma.

**-Sentencia 138/2009, de 15 de junio.**

En este caso es el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía el que plantea conflicto positivo de competencia contra la Orden de 4 de octubre de 2002, del Ministerio de Medio Ambiente, por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas a la investigación en materias relacionadas con la Red de Parques Nacionales y se convocan para el año 2002.

Para el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía la Orden impugnada vulnera su autonomía financiera, así como sus competencias en materia de medio ambiente y espacios naturales protegidos, dado que dicha Orden centraliza en los órganos estatales la tramitación y resolución de las ayudas reguladas, ignorando de este modo la doctrina constitucional recaída en relación con las subvenciones.

El TC considera que si bien le corresponde al Estado la competencia de dictar la legislación básica en relación con la protección del medio ambiente, las Comunidades Autónomas pueden establecer normas adicionales de protección, por lo que las competencias en controversia corresponden a la Comunidad Autónoma, pudiendo regular el procedimiento de tramitación y gestión de las subvenciones.

**-Sentencia 200/2009, de 29 de septiembre.**

El conflicto de competencia resuelto por esta sentencia es planteado por la Junta de Galicia contra diversos preceptos del Real Decreto 1916/2008, de 21 de noviembre, por el que se regula la iniciativa de modernización de destinos turísticos maduros.

La Comunidad Autónoma considera que la vulneración se produciría porque determinados preceptos de la normativa impugnada, centralizan en órganos estatales la tramitación y resolución de algunas iniciativas, ignorando de este modo la doctrina constitucional relativa a las subvenciones y ayudas públicas, así como la recaída específicamente en materia de ayudas al turismo y en materia de utilización de préstamos como medida de fomento.

En este caso el TC estima el conflicto pero parcialmente, declarando inconstitucionales y nulos solo algunos de los preceptos impugnados al considerar que vulneran competencias de la Comunidad Autónoma.

## II. AÑO 2010

### *1. Referencia de las sentencias comentadas y el proceso en el que se dictan*

- Sentencia 7/2010, de 27 de abril. Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 31/2010, de 28 de junio. Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 46/2010, de 8 de septiembre. Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 47/2010, de 8 de septiembre. Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 48/2010, de 9 de septiembre. Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 49/2010, de 29 de septiembre. Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 88/2010, de 15 de noviembre. Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 113/2010, de 24 de noviembre. Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 137/2010, de 16 de diciembre. Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 138/2010, de 16 de diciembre. Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 130/2010, de 29 de noviembre. Cuestiones de inconstitucionalidad
- Sentencia 65/2010, de 18 de octubre. Conflicto positivo de competencias
- Sentencia 129/2010, de 29 de noviembre. Conflicto positivo de competencias

### *2. Comentarios de las sentencias más relevantes*

#### **2.1. En Recursos de Inconstitucionalidad**

##### **-Sentencia 7/2010, de 27 de abril.**

La presente sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por sesenta Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, contra el art. 40 de la Ley de la Comunidad Valenciana 10/2001, de 27 de diciembre, de presupuestos de la Generalitat Valenciana para el ejercicio 2002.

La parte recurrente considera que el precepto impugnado, en cuanto incrementa el tipo de gravamen del impuesto sobre actos jurídicos documentados, que se eleva con carácter general desde el 0,5 por 100 al 1 por 100, vulnera la prohibición de modificación de los tributos mediante ley de presupuestos y los principios de capacidad económica y reserva de ley en la creación o modificación de tributos.

Finalmente el TC desestima el recurso pues considera que el precepto impugnado ha respetado los límites materiales exigibles a las leyes de presupuestos

autonómicas, y más concretamente los aplicables a la ley de presupuestos de la Generalitat Valenciana, de modo que puede formar parte válidamente del articulado de dicha Ley.

**-Sentencias 31/2010, de 28 de junio, 46/2010, de 8 de septiembre, 47/2010, de 8 de septiembre, 48/2010, de 9 de septiembre, 49/2010, de 29 de septiembre, 137/2010, de 16 de diciembre y 138/2010, de 16 de diciembre.**

Todas ellas resuelven recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Concretamente los recurrentes son, respectivamente, noventa y nueve Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso, el Consejo de Gobierno de la Diputación General de Aragón, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, la Generalitat de la Comunidad Valenciana, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, el Defensor del Pueblo y el Consejo de Gobierno de Rioja.

Debido a la importancia de la norma recurrida y puesto que el asunto merecerá numerosos trabajos monográficos, solo se incluye la referencia de las sentencias dictadas con respecto al mismo, ya que los comentarios que pueden hacerse en este artículo han de ser breves.

**-Sentencia 88/2010, de 15 de noviembre.**

En este caso la sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno, contra el art. 15.6 de la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2002, de 26 de febrero, del comercio de Cantabria.

La parte recurrente considera que la exclusión de determinado tipo de establecimientos, en concreto los que tengan una superficie útil de venta y exposición superior a dos mil quinientos metros cuadrados, de la libertad de horarios proclamada por la norma básica estatal para los situados en las zonas de gran afluencia turística, vulnera las competencias del Estado en materia de horarios comerciales.

El Alto Tribunal concluye que dicha previsión implica establecer restricciones al régimen de libertad de horarios no previstas por la normativa básica estatal, la cual no hace distinciones en función de la mayor o menor superficie del establecimiento comercial. Entiende por tanto que hay un exceso por parte del legislador autonómico en el ejercicio de su competencia estatutaria en materia de comercio interior, por lo que estima el recurso y declara inconstitucional y nula la disposición recurrida.



**-Sentencia 113/2010, de 24 de noviembre.**

A través de la mencionada sentencia se resuelve recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno, contra la disposición adicional segunda y la disposición transitoria segunda, apartados 1 y 3, de la Ley del Parlamento de Canarias 8/1999, de 27 de abril, de creación de las escalas de profesores numerarios y maestros de taller de formación profesional marítimo-pesquera.

Se considera que los preceptos impugnados vulneran la normativa básica del Estado en materia de bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, normativa en la que se incluye el régimen de acceso a la función pública, incluida la docente, por entender que los preceptos impugnados permiten el acceso a determinadas escalas de funcionarios a personas que podrían carecer de la titulación exigida legalmente para ello.

Finalmente el TC sólo admite el recurso en parte, declarando la inconstitucionalidad de los apartados impugnados de la disposición transitoria segunda, pues con dicha normativa se produce una conversión de personal interino que pretende integrarse por esta vía en la función pública sin contar con la titulación exigida por la normativa estatal básica, pues la pretendida dispensa de titulación implica un desconocimiento de los principios de mérito y capacidad previstos para el acceso a la función pública. En cuanto al resto, desestima el recurso.

**2.2. En Cuestiones de Inconstitucionalidad**

**-Sentencia 130/2010, de 29 de noviembre.**

La sentencia resuelve varias cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas planteadas el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Santander en relación con el art. 31 b) de la Ley de Cantabria 1/2002, de 26 de febrero, del comercio.

Se considera que la norma impugnada, que introducía limitaciones temporales para determinadas modalidades de venta, vulnera las competencias que tiene el Estado en materia de defensa de la competencia.

Aplicando la doctrina de la STC 106/2009, de 4 de mayo, expuesta anteriormente, y al igual que en el caso anterior, el TC estima la cuestión y declara inconstitucional y nula la disposición cuestionada.

**2.3. En Conflictos de Competencia**

**-Sentencia 65/2010, de 18 de octubre.**

En este caso el TC resuelve un conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno de Aragón, respecto del Real Decreto 1229/2005, de 13 de

octubre, por el que se regulan las subvenciones públicas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado en las áreas de influencia socioeconómica de los Parques Nacionales.

El Gobierno de Aragón considera que el Decreto recurrido vulnera las competencias de la Comunidad Autónoma en materia de espacios naturales, desarrollo económico y protección del medioambiente, así como su autonomía financiera. La regulación de las subvenciones públicas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado en las áreas de influencia socioeconómica de los Parques Nacionales contenida en el mismo no resultaría respetuosa ni con dichas competencias ni con la doctrina del TC en materia de subvenciones y Parques Nacionales.

El propio Tribunal advierte que se trata de un supuesto distinto del resuelto a través de la STC 138/2009, de 15 de junio, comentado anteriormente, pues tanto el contenido de las normas en cada caso impugnadas como los títulos competenciales en juego son distintos.

El TC acaba desestimado el conflicto, considerando que el Real Decreto es respetuoso con las competencias propias de la Comunidad Autónoma.

**-Sentencia 129/2010, de 29 de noviembre.**

Con la citada sentencia se resuelve el conflicto positivo de competencia planteado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid contra el Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación de los jóvenes.

Para el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid la disposición impugnada vulnera su autonomía financiera así como sus competencias en materia de vivienda, organización propia y juventud, dado que se establece un régimen de consignación y gestión centralizada de las ayudas que hace irrelevante la intervención de la Comunidad Autónoma, ignorando así la doctrina constitucional recaída en relación con las subvenciones.

Finalmente el TC sólo estima el conflicto en parte, desestimándolo en todo lo demás.

### **Resumen**

Este artículo hace referencia a las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional español relativas a las Comunidades Autónomas durante los años 2009 y 2010.

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 years 2009 and 2010.

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 competential and organizational aspects of the Autonomous Community, and in any case refered to Castilla- La Mancha.

### **Key words**

Constitution, Constitutional Court, jurisprudence, Autonomus Community and Statatute of Autonomy.

RESEÑA DE LA ACTIVIDAD DE LAS CORTES  
DE CASTILLA-LA MANCHA  
(de 1 de enero de 2009 a 31 de diciembre de 2010)

**María Martín Sánchez**

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

**SUMARIO**

*1. Actividad legislativa.*

*Leyes de ámbito social y económico:*

- Igualdad y bienestar social.*
- Educación y promoción cultural.*
- Vivienda y empleo.*
- Salud y sanidad.*
- Actividad económica y profesional.*
- Agua, medio ambiente y espacios naturales.*
- Cajas de Ahorros.*
- Otros sectores.*

*Leyes sobre el Sector Público, Empresa Pública y Cámaras de Comercio.*

*Leyes de carácter tributario, financiero o económico.*

*2. Actividad no legislativa.*

### ***1. Actividad legislativa de los periodos 2009 y 2010<sup>1</sup>***

En esta ocasión trataremos de dar cuenta de dos periodos legislativos correspondientes a los años 2009 y 2010. El primero de ellos es un periodo de escasa producción legislativa, aprobándose siete leyes, a diferencia del segundo de ellos, en el que han sido dieciocho las leyes aprobadas. De esta manera, en 2010, se rompe con la tendencia de escasa producción legislativa, característica de periodos anteriores como el de 2008. De igual modo, en el ámbito de la actividad no legislativa referida a la aprobación de Propositiones No de Ley por las Cortes Regionales durante estos periodos, es más abundante en el segundo de ellos, destacando dentro de la actividad no legislativa la intensa labor llevada a cabo en cuanto a las Resoluciones Generales adoptadas.

Como es habitual, estudiaremos a fondo cada una de las leyes aprobadas a lo largo de estos periodos, clasificándolas en: leyes de ámbito social y económico; leyes sobre el Sector Público, la Empresa Pública y las Cámaras de Comercio; y leyes de carácter tributario, financiero o 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 los periodos de 2009 y 2010, han sido las siguientes:

*Ley 1/2009, de 14 de mayo, por la que se establece el procedimiento para la Integración de Centros Docentes de titularidad de las Administraciones locales en la red de Centros Docentes Públicos de titularidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha* (BOCCLM núm.122, de 15 de mayo de 2009; DOCLM núm. 92, de 15 de mayo de 2009).

*Ley 2/2009, de 14 de mayo, 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* (BOCCLM núm.123, de 18 de mayo de 2009; DOCLM núm. 98, de 25 de mayo de 2009).

*Ley 3/2009, de 24 de septiembre, de Creación del Colegio Oficial de Profesionales en Ingeniería Química de Castilla-La Mancha* (BOCCLM núm. 147, de 29 de septiembre de 2009; DOCLM núm. 193, de 2 de octubre de 2009).

1. En relación al estudio de la actividad legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha, durante los periodos de 2009 y 2010, véase la “Reseña legislativa de Castilla-La Mancha”, en la *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 46, de la misma autora.

*Ley 4/2009, de 15 de octubre, de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de Castilla-la Mancha* (BOCCLM núm. 152, de 21 de octubre de 2009; DOCLM núm. 211, de 29 de octubre de 2009).

*Ley 5/2009, de 17 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha* (BOCCLM núm.166, de 18 de diciembre de 2009; DOCLM núm. 254, de 30 de diciembre de 2009).

*Ley 6/2009, de 17 de diciembre, por la que se crea la Agencia del Agua de Castilla-La Mancha* (BOCCLM núm.168, de 22 de diciembre de 2009; DOCLM núm. 254, de 30 de diciembre de 2009).

*Ley 7/2009, de 17 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los Servicios en el Mercado Interior* (BOCCLM núm.166, de 18 de diciembre de 2009; DOCLM núm. 249, de 23 de diciembre de 2009).

*Ley 1/2010, de 11 de marzo, de regulación de la tasa para la concesión de la etiqueta ecológica en Castilla-la Mancha* (BOCCLM núm.174, de 12 de marzo de 2010; DOCLM núm. 54, de 18 de marzo de 2010).

*Ley 2/2010, de 13 de mayo, de Comercio de Castilla-La Mancha* (BOCCLM núm.188, de 14 de mayo de 2010; DOCLM núm. 97, de 21 de mayo de 2010).

*Ley 3/2010, de 13 de mayo, de modificación de la Ley 4/1997, de 10 de julio, de Cajas de Ahorro de Castilla-La Mancha* (BOCCLM núm.188, de 14 de mayo de 2010; DOCLM núm. 97, de 21 de mayo de 2010).

*Ley 4/2010, de 10 de junio, de creación de la Empresa Pública de gestión de infraestructuras aeroportuarias de Castilla-La Mancha* (BOCCLM núm.195, de 11 de junio de 2010; DOCLM núm. 115, de 17 de junio de 2010).

*Ley 5/2010, de 24 de junio, sobre derechos y deberes de las personas en materia de salud de Castilla-la Mancha* (BOCCLM núm.200, de 28 de junio de 2010; DOCLM núm. 131, de 9 de julio de 2010).

*Ley 6/2010, de 24 de junio, de creación de las categorías de personal estatutario de inspección y evaluación de servicios sanitarios y prestaciones* (BOCCLM núm.200, de 28 de junio de 2010; DOCLM núm. 131, de 9 de julio de 2010).

*Ley 7/2010, de 20 de julio, de Educación de Castilla-La Mancha* (BOCCLM núm.206, de 21 de julio de 2010; DOCLM núm. 144, de 28 de julio de 2010).

*Ley 8/2010, de 20 de julio, de Medidas Excepcionales de Apoyo al Sector Empresarial de Castilla-La Mancha* (BOCCLM núm.206, de 21 de julio de 2010; DOCLM núm. 144, de 28 de julio de 2010).

*Ley 9/2010, de 20 de julio, de Modificación de la Ley 5/2009, de 17 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2010, para su adaptación al Real Decreto 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público* (BOCCLM núm.206, de 21 de julio de 2010; DOCLM núm. 144, de 28 de julio de 2010).

*Ley 10/2010, de 21 de octubre, de Promoción de la Seguridad y Salud en el Trabajo de Castilla-La Mancha* (BOCCLM núm.222, de 25 de octubre de 2010; DOCLM núm. 211, de 21 de octubre de 2010).

*Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha* (BOCCLM núm.224, de 8 de noviembre de 2010; DOCLM núm. 221, de 16 de noviembre de 2010).

*Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de Igualdad entre Mujeres y Hombres de Castilla-La Mancha* (BOCCLM núm.227, de 22 de noviembre de 2010; DOCLM núm. 228, de 25 de noviembre de 2010).

*Ley 13/2010, de 9 de diciembre, de Reordenación del Sector Público de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha* (BOCCLM núm.234, de 13 de diciembre de 2010; DOCLM núm. 243, de 20 de diciembre de 2010).

*Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha* (BOCCLM núm.237, de 20 de diciembre de 2010; DOCLM núm. 251, de 31 de diciembre de 2010).

*Ley 15/2010, de 16 de diciembre, por la que se modifica la Ley 4/1985 de Designación de Senadores en representación de Castilla-La Mancha, en relación a las retribuciones a percibir* (BOCCLM núm.237, de 20 de diciembre de 2010; DOCLM núm. 251, de 31 de diciembre de 2010).

*Ley 16/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de*

*Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2011* (BOCCLM núm.238, de 23 de diciembre de 2010; DOCLM núm. 251, de 31 de diciembre de 2010).

*Ley 17/2010, de 29 de diciembre, de las Familias Numerosas de Castilla-La Mancha y de la Maternidad* (BOCCLM núm.239, de 30 de diciembre de 2010; DOCLM núm. 251, de 31 de diciembre de 2010).

*Ley 18/2010, de 29 de diciembre, por la que se aprueba la escala autonómica del impuesto sobre la renta de las personas físicas* (BOCCLM núm.239, de 30 de diciembre de 2010; DOCLM núm. 251, de 31 de diciembre de 2010).

### **Leyes de ámbito social y económico**

#### *Igualdad y bienestar social*

*Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de Igualdad entre Mujeres y Hombres de Castilla-La Mancha* (BOCCLM núm.227, de 22 de noviembre de 2010; DOCLM núm. 228, de 25 de noviembre de 2010).

El interés de la Comunidad de Castilla-La Mancha por alcanzar la igualdad real entre hombres y mujeres ha sido la razón por la que se han aprobado distintas leyes encaminadas a implantarla así como a proteger los derechos de las mujeres en Castilla-La Mancha.

Sin embargo, su firme propósito de implantar la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres y la no discriminación por razón de sexo, hace necesaria la aprobación de una ley que regule de manera integral todas las medidas adoptadas en Castilla-La Mancha para alcanzar este fin en los más diversos ámbitos de actuación.

De este modo, se aprueba la presente Ley, caracterizada por la transversalidad, ya que se dirige a todos los agentes implicados en la garantía de los derechos de las mujeres en condiciones de igualdad, determinando la necesidad de una actuación coordinada de las distintas instituciones y organismos implicados en la misma, y haciendo a su vez una regulación sistemática de los derechos de las mujeres, en protección frente a la discriminación por sexo.

Además, un factor determinante en la aprobación de esta Ley, ha sido sin duda, la precedente Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre hombres y mujeres.



La Ley consta de sesenta y cinco artículos estructurados en cinco Títulos, y seguidos de diversas Disposiciones:

Título Preliminar, sobre “*Disposiciones Generales*”, estructurado a su vez en tres Capítulos. En el Capítulo I, se regulan cuestiones generales como el objeto, los fines, ámbito de aplicación y principios de actuación. Así, se determina que el objeto de la Ley es “(...) *promover las condiciones que hagan efectivo y real el derecho a la igualdad entre mujeres y hombres y remover los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud, en el ámbito de las competencias atribuidas a los poderes públicos de Castilla-La Mancha (...) y el establecimiento de medidas dirigidas a prevenir y combatir la discriminación por razón de sexo*” –artículo 1 de la Ley–. Respecto al fin principal de la Ley, se pretende “(...) *alcanzar la igualdad real entre hombres y mujeres en todos los ámbitos de la vida (...)*” –artículo 2 de la Ley–. Y en cuanto a su ámbito de aplicación se determina que la Ley “(...) *será de aplicación en todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha*” –artículo 3 de la Ley–. Finalmente, se establecen los principios de actuación de la Administración Autonómica, de la Administración Local y de la Universidad para la implantación de la igualdad y la erradicación de la discriminación por razón de sexo. El Capítulo II se dedica a los *principios generales*, regulando los siguientes aspectos: la participación y representación equilibrada de mujeres y hombres en las Instituciones y en los órganos públicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, la perspectiva de género e informe de impacto de género, la perspectiva de género en las estadísticas y registros públicos autonómicos, la transversalidad de género, el presupuesto con perspectiva de género, el lenguaje no sexista e imagen pública de las mujeres, la coordinación entre la Administración Autonómica y las distintas administraciones territoriales, y el plan estratégico para la igualdad de oportunidades. Por último, el Capítulo III, se dedica a las *instituciones, organismos y unidad para el impulso de esta Ley*. En él, se proclama en primer lugar que “(...) *el Instituto de la Mujer de Castilla-La Mancha será el encargado de impulsar las actuaciones ejecutivas de esta Ley, la elaboración de planes de igualdad del Gobierno de Castilla-La Mancha, la coordinación de las unidades de igualdad y la evaluación de la eficacia de las medidas adoptadas*” – artículo 13 de la Ley–, estableciendo además las diferentes instituciones y organismos destinados a trabajar por la igualdad de género como son las Unidades de Igualdad de Género, la Comisión de Igualdad y el Centro de Estudios e Investigaciones de la Igualdad de Género, cuya creación es impulsada por el Instituto de la Mujer de Castilla-La Mancha.

Título I, sobre “*la igualdad de trato y de oportunidades, y la no discriminación por razón de sexo*”, para cuya realización se prevén los siguientes derechos: derecho

al empleo, a la representación proporcional y equilibrada, a la corresponsabilidad familiar y doméstica, a la protección de la salud con perspectiva de género, a los derechos sociales básicos con perspectiva de género, el derecho a la vivienda –preferente en los procesos de adjudicación de vivienda pública–, derechos de las mujeres del medio rural, derechos de las mujeres jóvenes, de las mujeres mayores, de las mujeres viudas, de las mujeres con diferentes discapacidades, de las mujeres inmigrantes, y de las mujeres prostitutas considerando que éstas “(...) *serán beneficiarias de todos los derechos contemplados en la Ley 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de Malos Tratos y de Protección a las Mujeres Maltratadas*” –artículo 30 de la Ley–.

Título II, sobre “*medidas activas para implantar la igualdad de trato y de oportunidades de hombres y mujeres*”, consta a su vez de cuatro Capítulos, dedicados respectivamente a: la igualdad de trato y de oportunidades en la educación –tanto universitaria como no universitaria–; la igualdad de trato y de oportunidades en el empleo –regulando medidas de igualdad y conciliación en las empresas, de igualdad y conciliación en el empleo público, así como el denominado “distintivo de excelencia” con el que serán distinguidas las “(...) *empresas, públicas o privadas, que acuerden con los sindicatos o representantes del personal planes de igualdad, conciliación y responsabilidad social empresarial (...)*” (artículo 44 de la Ley)–; salud y bienestar; y medidas de comunicación e imagen de las mujeres en la publicidad en el que se incluyen las medidas previstas para los medios de comunicación públicos, el fomento del empleo de estas medidas en los medios privados, estableciendo que: “*La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha velará para que la imagen de las mujeres que se transmita a través de la publicidad sea igualitaria, plural y no estereotipada en función del género*” –artículo 51 de la Ley–.

Título III, sobre “*medidas contra la discriminación por razón de sexo*”, incluyendo: el acoso sexual y por razón de sexo –Capítulo I–, la prevención de la discriminación retributiva –Capítulo II–, y las medidas administrativas contra la discriminación sexual –Capítulo III–.

Título IV, sobre la “*garantía del derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo*”, previendo como tal la actuación del Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha.

Título V, dedicado a “*entidades no gubernamentales colaboradoras para la implantación de la igualdad*”, como son las asociaciones de mujeres, previendo su participación en las políticas públicas de igualdad entre hombres y mujeres, así como su incorporación en los consejos consultivos y asesores de naturaleza pública de Castilla-La Mancha.

A continuación de su articulado, se incorporan las siguientes disposiciones: una Disposición Adicional Única sobre Unidades de Igualdad”, mediante la que se prevé un plazo máximo de cinco años para que las Unidades de Igualdad de las distintas Consejerías estén en funcionamiento; una Disposición Derogatoria Única; y seis Disposiciones Finales, entre las que se establecen la *Modificación de la Ley 22/2002, de 21 de noviembre, de creación del Instituto de la Mujer de Castilla-La Mancha*. –Disposición Final Primera–, la *Modificación de la Ley 16/2001, de 20 de diciembre, del Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha* –Disposición Final Segunda–, y la *Modificación de la Ley 16/2001, de 20 de diciembre, del Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha* –Disposición Final Tercera–.

*Ley 17/2010, de 29 de diciembre, de las Familias Numerosas de Castilla-La Mancha y de la Maternidad (BOCCLM núm.239, de 30 de diciembre de 2010; DOCLM núm. 251, de 31 de diciembre de 2010).*

La presente Ley nace con el objetivo de prestar medidas de apoyo a las familias numerosas y a las mujeres embarazadas que residen en nuestra Región. El interés de esta Ley no es otro que proteger la “familia”, entendida como elemento fundamental en la sociedad y protegida como derecho en las Declaraciones y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y también en nuestra Constitución.

Si bien nuestro Texto Constitucional no eleva la familia a la categoría de derecho fundamental, la protege entre los principios rectores de la siguiente manera: “*Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*”. Esta previsión constitucional establece un claro mandato a los poderes públicos de protección y apoyo a la familia que refuerza en cierta medida en mandato genérico impuesto desde su artículo 9.2 CE según el cual “*corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”. El legislador autonómico no puede obviar este mandato, debiendo adoptar las medidas oportunas para alcanzar tal objetivo.

Del mismo modo, el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha contiene un mandato similar a los poderes públicos –artículo 4.2 Estatuto–. Además, asume de manera exclusiva las competencias en materia de asistencia social y servicios sociales, promoción y ayuda a los menores, jóvenes, tercera edad, emigrantes, personas con discapacidad y demás grupos sociales necesitados de especial atención –artículo 31.1 Estatuto–. Entre estas se entienden incluidas la protección a familias numerosas

–concepto determinado por la legislación estatal en su Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las familias Numerosas y a mujeres embarazadas. En definitiva, tomando como referencia la legislación estatal, son las Comunidades Autónomas y las Administraciones Locales quienes deben establecer las medidas concretas de protección a estos colectivos, en el ámbito de sus respectivas competencias.

En definitiva, en cumplimiento del mandato impuesto constitucional y estatutariamente, se aprueba la presente Ley, la cual supone un avance en el reconocimiento social de este colectivo, a través de la consolidación de las medidas mencionadas anteriormente y mediante su regulación por norma con rango legal.

La presente Ley consta de veinticuatro artículos estructurados en tres Capítulos, de la siguiente manera:

El Capítulo I, dedicado a las “Disposiciones Generales”, en el que se contienen cuestiones como el objeto de la Ley –establecer un marco de apoyo a las familias numerosas y de apoyo a las mujeres embarazadas, en Castilla-La Mancha– su ámbito de aplicación –familias numerosas y mujeres embarazadas que residan en Castilla-La Mancha– y otros aspectos como son los principios informadores.

El Capítulo II, sobre la “Acción protectora a las familias numerosas”, establece el concepto, condiciones y categorías de “familia numerosa” –artículo 6–, advirtiendo que los mismos son “*las establecidas en la legislación estatal*”. Además, se refiere a otras cuestiones de relevancia como son el requisito de la renta para la percepción de las ayudas –artículo 7–, y determina los diferentes tipos de ayuda a las familias numerosas: la percepción económica o “ayuda directa”, descuentos en transportes públicos, ventajas en el acceso a los servicios sociales, medidas de ayuda en materia de vivienda, ayudas a domicilio o ventajas en la adjudicación de plazas en centros escolares y en la concesión de becas.

El Capítulo III, se dedica a la “Atención social a la mujer embarazada”. Entre las principales actuaciones sociales de atención a la mujer embarazada se señalan los derechos de información y apoyo, la prioridad en las políticas asistenciales así como otros tipos de ayuda referidos a diferentes ámbitos.

Por último, esta Ley incorpora dos Disposiciones Finales.

*Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm.237, de 20 de diciembre de 2010; DOCLM núm. 251, de 31 de diciembre de 2010).*

La presente Ley nace en cumplimiento del mandato constitucional previsto en el artículo 9.2, según el cuál: *“corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*. En consecuencia, los poderes públicos deben llevar a cabo políticas sociales tendentes al cumplimiento real y efectivo de dicho mandato constitucional.

En virtud del mismo, la Comunidad de Castilla-La Mancha cuentan con una sólida legislación en materia social, consecuencia de su interés por eliminar las desigualdades en las que puedan encontrarse las personas que la conforman y con el objetivo de mejorar sus condiciones de vida. Las administraciones públicas son las responsables y garantes del Sistema Público de Servicios Sociales, siendo responsables directas de aquellos que aseguren el acceso, en condiciones de igualdad, a todas las personas que tengan derecho a las prestaciones del Sistema.

En este contexto, se aprueba la presente Ley, cuyo principal propósito es la regulación de los derechos sociales –entendiendo los servicios sociales como un derecho–, y estableciendo también las obligaciones de las personas usuarias de los servicios sociales.

La Ley consta de noventa y dos artículos, estructurados en un Título Preliminar y trece Títulos, seguidos de diversas Disposiciones, de la siguiente manera:

Título Preliminar, en el que se regulan aspectos generales tales como el objeto de la Ley –“(…) *garantizar el derecho universal a la protección social como derecho de la ciudadanía en el marco del Sistema Público de Servicios Sociales (...)*”, artículo 1 de la Ley–, los titulares del derecho a los servicios sociales, así como otros aspectos entorno al sistema público de servicios sociales como son su definición y finalidad, y sus principios rectores, entendiendo por Servicios Sociales “(…) *el conjunto de prestaciones y equipamientos de titularidad pública y privada que se destinen a la atención social de la población (...)*” –artículo 3 de la Ley–.

Título I, sobre “*Derechos y Deberes*” respecto a los usuarios del Sistema Público de Servicios Sociales –Capítulo I–, y respecto a las personas profesionales de los servicios sociales –Capítulo II–.

Título II, sobre “*Organización del Sistema Público de Servicios Sociales*”, consta a su vez de siete Capítulos. En él se regula, en primer lugar, los niveles

de atención del Servicio Público de Servicios Sociales así como la relación entre ellos, distinguiendo entre los servicios sociales de “Atención Primaria” –Capítulo I–, y los de “Atención Especializada” –Capítulo II–. Además, regula otros modos de atención de los servicios sociales, así como diferentes aspectos relacionados con el mismo, como son: el “servicio de urgencia social”, para atender situaciones excepcionales y extraordinarias –Capítulo III–, la “iniciativa privada” para la creación de centros y establecimientos de Servicios Sociales de Atención Especializada –Capítulo V–, la “estructura territorial” del Servicio Público de Servicios Sociales a través de zonas y áreas –Capítulo VI– y el mapa de servicios sociales –Capítulo VII–.

Título III, sobre “*Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales*”, incluye el *catálogo de prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales* –Capítulo I–, y la *provisión de las prestaciones del Servicio Público de Servicios Sociales* –Capítulo II–.

Título IV, sobre “*Planificación en Servicios Sociales*”, en el que se regulan el Plan Estratégico de los Servicios Sociales, así como sus Planes Específicos y Locales.

Título V, sobre “*Atención Integral de Servicios Sociales y de Salud*”, en el que se incluyen los mecanismos de atención especial.

Título VI, sobre “*Actuaciones Administrativas en materia de Servicios Sociales*”, que regula entre otras: el régimen de las autorizaciones administrativas, el Registro de Entidades y Centros de Servicios Sociales, y el régimen de inspección y control sobre los mismos.

Título VII, sobre “*Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia*”, estableciendo que el acceso al mismo “(...) se realizará a través de los Servicios Sociales de Atención Primaria, que valorarán el entorno socio-familiar y consensuarán con la persona la prestación más adecuada (...)”, en su artículo 55.

Título VIII, sobre “*Régimen competencial*”, regulando las competencias en materia de servicios sociales correspondientes al Consejo de Gobierno, a la Consejería competente en servicios sociales, a los Ayuntamientos, y a las Diputaciones Provinciales. Además se crea la Comisión de Cooperación Interadministrativa para articular la colaboración entre ellas.

Título IX, sobre “*Financiación del Sistema Público de Servicios Sociales*”,

en el que se establecen los principios y fuentes de financiación de los servicios sociales de Atención Primaria y los de Atención Especializada.

Título X, sobre “*Participación Social*”, que regula la constitución y composición de los órganos de participación, así como las funciones de los mismos.

Título XI, sobre “*Calidad en Servicios Sociales*”, estableciendo el Plan de Calidad, definido como “(...) *instrumento básico para asegurar el desarrollo y aplicación de los criterios de calidad y la mejora continua y formará parte del Plan Estratégico de Servicios Sociales (...)*”, en su artículo 77.

Título XII, sobre “*Formación en investigación en Servicios Sociales*”, mediante el que se crea el *Instituto Regional de Investigación y Formación en Servicios Sociales* (artículo 80 de la Ley).

Título XIII, sobre “*Régimen Sancionador*”, en el que se regulan los tipos de infracciones y sanciones, previendo además la responsabilidad penal “(...) *en los supuestos en que las infracciones previstas en esta Ley puedan ser constitutivas de ilícito penal*” –artículo 82 de la Ley–.

Por último, completan la Ley dos Disposiciones Adicionales; una Disposición Transitoria Única; una Disposición Derogatoria Única mediante la que se derogan de manera expresa las siguientes: Ley 3/1986, de 16 de abril, de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; Ley 3/1994, de 3 de noviembre, de protección de los usuarios de entidades, centros y servicios sociales en Castilla-La Mancha; y Ley 5/1995, de 23 de marzo, de Solidaridad en Castilla-La Mancha; y por último una Disposición Final Única, sobre su entrada en vigor.

#### *Educación y promoción cultural*

*Ley 1/2009, de 14 de mayo, por la que se establece el procedimiento para la Integración de Centros Docentes de titularidad de las Administraciones locales en la red de Centros Docentes Públicos de titularidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm.122, de 15 de mayo de 2009; DOCLM núm. 92, de 15 de mayo de 2009).*

Tal y como establece la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, las Comunidades Autónomas podrán integrar en la respectiva red de centros docentes públicos, los centros de titularidad de las Administraciones locales que cumplan los requisitos establecidos en la Ley, atiendan poblaciones escolares de condiciones socioeconómicas desfavorables o que desempeñen una reconocida

labor en la atención a las necesidades de escolarización, siempre que las Administraciones locales manifiesten su voluntad de integración en la red.

En este marco de actuación, la presente Ley nace con el propósito de regular el procedimiento mediante el que los centros docentes de titularidad de las Administraciones locales puedan integrarse en la red de centros docentes públicos de Castilla-La Mancha.

Se trata de una Ley de estructura muy simple, pues consta sólo de tres artículos. Respecto a su contenido, se define de manera expresa el objeto de la Ley, siendo éste *“establecer el procedimiento para la integración de los centros docentes de titularidad de las Administraciones locales en la red pública de centros docentes cuya titularidad corresponde a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha”* –artículo 1–. Se definen además las condiciones para la integración de los centros de titularidad de las Administraciones locales en dicha red, determinándose: la atención a poblaciones escolares de condiciones socioeconómicas desfavorables, la existencia de acuerdo de la Administración local mediante el que se manifieste voluntad de integrar en la red el centro de su titularidad, la gratuidad en la cesión a la Junta de Comunidades de la propiedad del suelo y del inmueble donde se ubique el centro docente, gratuidad en la cesión a la Junta de Comunidades de la propiedad de los bienes muebles y equipos docentes destinados a la actividad docentes y no docente.

Por último, la Ley se completa con tres Disposiciones Adicionales y dos Disposiciones Finales.

*Ley 7/2010, de 20 de julio, de Educación de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm.206, de 21 de julio de 2010; DOCLM núm. 144, de 28 de julio de 2010).*

La presente Ley consta de un total de ciento setenta y cinco artículos, estructurados en un Título Preliminar y siete Títulos, seguidos de diversas Disposiciones, de la siguiente manera:

Título Preliminar, en el que se regulan aspectos generales de la Ley como su objeto –“(…) regular el sistema educativo de Castilla-La Mancha en el marco del sistema educativo español, definiendo su finalidad, objetivos y principios rectores (...)”, artículo 1 de la Ley– y finalidad –“(…) garantizar un sistema educativo de calidad en condiciones de igualdad, respetuoso con los valores de la Constitución y con los derechos y libertades reconocidos en ella, que responda a las demandas de la sociedad actual y contribuya al desarrollo integral y a la



*formación científica, cultural, artística y a la convivencia democrática de los ciudadanos y las ciudadanas de Castilla-La Mancha, artículo 2 de la Ley*–, así como los principios rectores, ejes básicos y objetivos fundamentales del sistema educativo en Castilla-La Mancha.

Título I, sobre “*La Comunidad Educativa*”, contiene a su vez cuatro Capítulos, dedicados respectivamente a: alumnado, profesorado, familias del alumnado y personal de administración y servicios de atención educativa complementaria.

Título II, sobre “*El proceso de enseñanza y aprendizaje*”, consta de nueve Capítulos, en los que regula de manera específica cada nivel del sistema educativo así como a los tipos específicos de enseñanzas: currículo, Educación Infantil –primer y segundo ciclo–, Educación Básica Obligatoria, Bachillerato y Formación Profesional inicial del sistema educativo, enseñanzas artísticas, enseñanzas de idiomas, enseñanzas deportivas, y educación de personas adultas.

Título III, sobre “*Centros Docentes*”, regula los siguientes aspectos: “*Los Centros Docentes y la escolarización*” –Capítulo I–; la “*autonomía de los Centros*” –Capítulo II–; y el “*gobierno de los Centros Públicos*” –Capítulo III–.

Título IV, sobre “*Equidad en la educación*”, se regulan: “*la respuesta a la diversidad y el éxito educativo del alumnado*” –Capítulo I–, “*la igualdad de oportunidades en la escuela rural*” –Capítulo II–, y las “*ayudas al estudio y gratuidad de los materiales curriculares*” –Capítulo III–.

Título V, sobre “*La institución escolar y su entorno*”, se estructura a su vez en cinco Capítulos, dedicados respectivamente a los siguientes aspectos: las relaciones de cooperación con las distintas instituciones, el uso social de los Centros Docentes, la programación de actividades extra-curriculares, la actuación y medidas en materia de absentismo y abandono escolar, y los servicios educativos –tales como transporte, comedor o residencias escolares–.

Título VI, sobre “*Factores de calidad en la educación*”, se regulan, a través de siete Capítulos, los siguientes: el fomento de la lectura y el plurilingüismo, la cualificación y formación del profesorado, la orientación educativa y profesional, la inspección de la educación, la evaluación del sistema educativo y, finalmente, la financiación del servicio público educativo.

Título VII, sobre “*La financiación del servicio público educativo*” en la que se establece la dotación económica al sistema educativo de Castilla-La Mancha.

Finalmente, le siguen ocho Disposiciones Adicionales; tres Disposiciones Transitorias; una Disposición Derogatoria Única, mediante la que queda derogada de manera expresa la Ley 23/2002, de 21 de noviembre, de Educación de personas adultas de Castilla-La Mancha; y por último, cuatro Disposiciones Finales, dedicadas respectivamente a la *Modificación de la Ley 3/1988, de 13 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha* –en su artículo 21–, la *Modificación de la Ley 1/2009, de 14 de mayo, por la que se establece el procedimiento para la integración de Centros Docentes de titularidad de las Administraciones locales en la Red de Centros Docentes Públicos de titularidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha* –en su artículo 1–, y al desarrollo y entrada en vigor de la Ley.

#### *Vivienda y empleo*

*Ley 2/2009, de 14 de mayo, 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 (BOCCLM núm.123, de 18 de mayo de 2009; DOCLM núm. 98, de 25 de mayo de 2009).*

La presente Ley es aprobada para cumplir con tres propósitos principales:

En primer término, modificar el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, con el fin de adaptar la normativa vigente a las necesidades sociales. De esta manera se consolida la idea de que las políticas de suelo y de vivienda deben concebirse de manera conjunta.

En segundo lugar, introduce determinadas modificaciones con el objetivo de dinamizar la producción de suelo para viviendas sujetas a algún tipo de protección pública.

Por último, se introducen determinadas medidas para la agilización de los procedimientos relativos a instrumentos urbanísticos contenidos en el Texto Refundido.

Respecto al aspecto formal, la Ley es de las denominadas de *Artículo Único*, dedicado a las “*Modificaciones del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, aprobado por Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre*”, en el que se contienen dichas modificaciones a lo largo de cuatro complejos apartados. Finalmente, completan la Ley varias disposiciones –tres Disposiciones Adicionales, tres Disposiciones Transitorias, Disposición Derogatoria Única y cuatro Disposiciones Finales–.

*Salud y sanidad*

*Ley 5/2010, de 24 de junio, sobre derechos y deberes de las personas en materia de salud de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm.200, de 28 de junio de 2010; DOCLM núm. 131, de 9 de julio de 2010).*

El derecho a la protección de la salud, es un derecho reconocido constitucionalmente, si bien, entre los llamados “principios rectores de la política social y económica”. Esto supone que, si bien no existe el derecho subjetivo a la salud, existe el derecho de que los poderes públicos, en su actuación, lleven a cabo políticas tendentes a la satisfacción del mismo.

A estos efectos, la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha tiene asumida la competencia de desarrollo legislativo y la ejecución en materia de sanidad e higiene, promoción, prevención y restauración de la salud y coordinación hospitalaria en general, incluida la de la seguridad social (artículo 32 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha).

En ejercicio de su competencia, y cumpliendo además con el mandato constitucional, las Cortes de Castilla-La Mancha han aprobado diferentes leyes tales como: la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, reguladora de los derechos y obligaciones de los ciudadanos en relación con las diferentes Administraciones públicas sanitarias; la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica, mediante la que se ampliaron estos derechos y deberes; Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. Por su parte, la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria, reconoce a los ciudadanos como titulares de los derechos y deberes sanitarios contemplados por la misma, nuevos derechos que han ido ampliándose a través de diversas normas, destacando en este ámbito la Ley 24/2002, de 5 de diciembre, de Garantías en la Atención Sanitaria Especializada, en la que se reconoce el derecho al establecimiento de unos tiempos máximos de respuesta para recibir atención sanitaria de carácter programado y no urgente y el derecho a la información sobre la misma.

La presente Ley nace con el objetivo de sistematizar los derechos y deberes en materia sanitaria contenidos en las distintas leyes preexistentes y, sobre todo, para profundizar en el desarrollo de los mismos –tanto de pacientes como de profesionales del sistema sanitario–, así como para establecer mecanismos que otorguen a los ciudadanos el protagonismo en la de toma de decisiones sobre asistencia sanitaria y sobre la gestión de su proceso de enfermedad.

La Ley consta de un total de sesenta artículos, estructurados en un Título Preliminar y cinco Títulos, además de diversas Disposiciones, de la siguiente manera:

Título Preliminar, en el que se regulan los aspectos más generales de la Ley, como son su objeto –“(…) *regular, en el marco de la legislación básica del Estado, los derechos y deberes en materia de salud, tanto de los pacientes y usuarios como de los profesionales en Castilla-La Mancha*”–; su ámbito de aplicación, incluyendo a todas las personas residentes en la Región; y los principios generales de la Ley.

Título I, sobre “*Derechos de las personas en materia de salud*”, consta a su vez de cinco Capítulos, mediante los que se regulan los siguientes derechos: los derechos relacionados con la intimidad y confidencialidad, los derechos de información sanitaria, los derechos relativos a la autonomía de la voluntad –incluyendo entre éstos el llamado *consentimiento informado y las voluntades anticipadas*–, los derechos relativos a la documentación sanitaria, y los derechos relacionados con los servicios asistenciales.

Título II, sobre “*Deberes de las personas en materia de salud*”, en el que se establece que “(…) *todas las personas están obligadas a mantener el debido respeto a los pacientes, a los acompañantes y al personal que presta sus servicios en los centros, servicios y establecimientos sanitarios, tanto en su dignidad personal como profesional (...)*” –artículo 44 de la Ley–. Además, se regulan los deberes respecto al adecuado uso de los recursos sanitarios y los deberes en relación a la propia salud cuando afecte a terceros, determinando en este caso que “(…) *todas las personas tienen el deber de responsabilizarse de su salud y de las decisiones sobre la misma cuando puedan derivarse riesgos o perjuicios para la salud de terceros (...)*” –artículo 46 de la Ley–.

Título III, que regula los “*Derechos de los profesionales de los Centros, Servicios y establecimientos sanitarios*”.

Título IV, dedicado a los “*Deberes de los profesionales de los Centros, Servicios y establecimientos sanitarios*”.

Título V, sobre “*Régimen Sancionador*”, que regula el régimen de infracciones y sanciones, determinando respecto a la responsabilidad penal que: “*En los supuestos en que las infracciones previstas en esta Ley puedan ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de continuar la instrucción del procedimiento sancio-*

*nador mientras la autoridad judicial resuelve lo procedente (...)*” –artículo 51 de la Ley–.

A continuación, encontramos seis Disposiciones Adicionales, dos Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria Única –mediante la que expresamente quedan derogados los artículos 4, 5 y 6 de la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha–, y cuatro Disposiciones Finales –dedicadas, respectivamente, a la modificación de la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha; a la modificación de la Ley 24/2002, de 5 de diciembre, de Garantías en la Atención Sanitaria Especializada; al desarrollo y aplicación de la Ley; y a su entrada en vigor–.

*Ley 6/2010, de 24 de junio, de creación de las categorías de personal estatutario de inspección y evaluación de servicios sanitarios y prestaciones (BOC-CLM núm.200, de 28 de junio de 2010; DOCLM núm. 131, de 9 de julio de 2010).*

En virtud de las competencias asumidas por nuestra Comunidad de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de sanidad e higiene, promoción, prevención y restauración de la salud y coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social –artículo 32.3 Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha–, en el marco de la legislación estatal sobre esta materia.

Así, la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha, prevé entre las actuaciones de la administración sanitaria regional, la de inspeccionar y controlar los centros, servicios y establecimientos sanitarios de Castilla-La Mancha, así como sus actividades de promoción y publicidad. Además, el Real Decreto 1476/2001, de 27 de diciembre, de traspaso a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud atribuye las funciones de gestión que realizaba el Instituto Nacional de la Salud a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, incluyendo la función de inspección de servicios y la gestión de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social.

En consecuencia, la Ley 18/2002, de 24 de octubre, que modifica la Ley 3/1988, de 13 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, crea la Escala Superior de Inspección y Evaluación Sanitaria con las Especialidades de Medicina y Farmacia y la Escala Técnica de Inspección y Evaluación Sanitaria con la Especialidad de Enfermería. Por otro lado, la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, que regula el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, clasifica al personal estatu-

tario sanitario en dos grupos: personal de formación universitaria y personal de formación profesional. Se prevé también la posibilidad de que las Administraciones sanitarias fijen procedimientos para la integración directa, con carácter voluntario, en la condición de personal estatutario de quienes presten servicio en tales centros con la condición de funcionario de carrera o en virtud de contrato laboral fijo. Además, pueden fijarse procedimientos para la integración directa del personal laboral temporal y funcionario interino en la condición de personal estatutario temporal.

Sin embargo, se cuenta también con personal sanitario titulado encargado actuaciones profesionales netamente asistenciales, de inspección y evaluación de los servicios sanitarios, que requiere de la creación una correspondiente categoría de personal estatutario.

De este modo, se aprueba la presente Ley para la creación de dichas categorías estatutarias de personal de inspección y evaluación de prestaciones y servicios sanitarios, introduciendo además las disposiciones necesarias para adscribirlas a las plantillas y puestos de trabajo del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha a través de la correspondiente Gerencia de Inspección de Servicios Sanitarios y Prestaciones.

Esta Ley consta de cinco artículos, seguidos de tres Disposiciones Adicionales, dos Disposiciones Transitorias, Disposición Derogatoria Única y una Disposición Final.

A través de su articulado se crean dichas categorías, su régimen jurídico así como sus funciones, retribuciones y proceso de selección. A continuación se introducen diferentes Disposiciones que completan esta regulación. Las Disposiciones Adicionales, dedicadas respectivamente a las *Medidas presupuestarias*, al *Proceso y requisitos de integración del personal funcionario de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, de las Escalas Superior (Especialidad de Medicina y de Farmacia) y Técnica de Inspección y Evaluación sanitaria* y a la *Ordenación de la relación de puestos de trabajo*. Las Disposiciones Transitorias, sobre la *Convocatoria específica para el acceso por el proceso extraordinario de reconocimiento a los grados I, II y III del sistema de carrera profesional del personal sanitario licenciado y diplomado del Sescam* y sobre la *Aplicación transitoria del Real Decreto-Ley 3/1987*. La Disposición Derogatoria Única, de *Derogación normativa*, a través de la que quedan derogadas las disposiciones normativas que se opongan a la presente Ley. Y finalmente, la Disposición Final, sobre su entrada en vigor.

*Ley 10/2010, de 21 de octubre, de Promoción de la Seguridad y Salud en el Trabajo de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm.222, de 25 de octubre de 2010; DOCLM núm. 211, de 21 de octubre de 2010).*

En la actualidad, uno de los motivos que preocupan en nuestra sociedad es la siniestralidad laboral y los costes humanos, así como los consecuentes económicos y sociales que conlleva la misma.

Así las cosas, la reducción de la siniestralidad laboral se ha convertido en uno de los objetivos prioritarios en todos los agentes implicados en su prevención. En consecuencia, el Gobierno de Castilla-La Mancha no puede ser ajeno a esta realidad. Al contrario, en el ámbito de sus competencias, debe involucrarse en esta causa, promoviendo la prevención en cumplimiento de los objetivos previstos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. A estos efectos, debe tenerse en cuenta el marco legislativo actual atendiendo especialmente al Acuerdo de Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007-2012 aprobada por el Consejo de Ministros el 29 de junio de 2007, y al Acuerdo Estratégico para la Prevención de Riesgos Laborales en Castilla-La Mancha 2008-2012, en la que se proponen como compromisos principales la adopción de medidas tendentes a transformar los valores, actitudes y comportamientos de todos los agentes implicados respecto a la prevención de la siniestralidad laboral.

En este contexto, se aprueba la presente Ley 10/2010, de 21 de octubre, de Promoción de la Seguridad y Salud en el Trabajo en Castilla-La Mancha.

La Ley consta de treinta y dos artículos estructurados en un Título Preliminar, cinco Títulos, seguidos de una Disposición Derogatoria Única y dos Disposiciones Finales, de la siguiente manera:

Título Preliminar, que regula de manera general el objeto, ámbito de aplicación y fines de la presente Ley. Así, se establece que el objeto de la misma será: *“(...) establecer el marco de actuación que posibilite la reducción de la siniestralidad en el trabajo en el ámbito de la Comunidad de Castilla-La Mancha, mediante la adopción de un conjunto de medidas de acción positiva dirigidas a la sensibilización, la formación y la promoción de la prevención de riesgos laborales así como a la prestación de asistencia social y jurídica a las víctimas de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, y todo ello en el ámbito competencial que le es propio a la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y en cooperación y colaboración con el Estado”* –artículo 1 de la Ley–.

Título I, sobre “*Medidas de sensibilización sobre los valores de seguridad y salud en el trabajo*”, se determinan los diferentes tipos de medidas en salud y seguridad en el trabajo, distinguiendo los siguientes ámbitos de actuación: el ámbito educativo –Capítulo I–; y ámbito de la publicidad y de los medios de comunicación –Capítulo II–.

Título II, sobre “*Medidas dirigidas al fomento de la formación en materia de seguridad y salud en el trabajo*”, prevé las medidas de fomento de la formación en materia de seguridad y salud laboral en el ámbito de las enseñanzas regladas –Capítulo I–, y las propias en el ámbito de otros tipos de enseñanzas impartidas por “*(...)impartidas por empresas, asociaciones, fundaciones, organizaciones empresariales y sindicales, corporaciones y entidades sin ánimo de lucro, y especialmente en aquellas enseñanzas que tengan por objeto principal la formación para el empleo, en las condiciones que se determinen reglamentariamente* (artículo 15 de la Ley) –Capítulo II–.

Título III, sobre “*Medidas de promoción de la seguridad y salud en el trabajo en materia de subvenciones públicas y contratación administrativa*”, regula a su vez, de manera diferenciada, entre: la promoción de la seguridad y la salud en el trabajo en materia de subvenciones públicas –Capítulo I–, y la promoción realizada en el ámbito de la contratación administrativa –Capítulo II–.

Título IV, sobre “*Medidas de asistencia social para víctimas de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales y para sus familiares directos*”, prevé las medidas de asistencia de carácter social –Capítulo I–, y las de naturaleza económica –Capítulo II–.

Título V, sobre “*Medidas de asistencia jurídica a las víctimas de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales y para sus familiares directos*”, incluyendo entre las mismas el servicio de orientación jurídica y el ejercicio de la acción popular “*(...) cuando las especiales circunstancias así lo aconsejen, en los procedimientos penales por delitos relativos a la omisión de las normas de prevención de riesgos laborales, en la forma y condiciones establecidas en la legislación procesal del Estado*” –artículo 32 de la Ley–.

Por último, encontramos una Disposición Derogatoria Única y dos Disposiciones Finales.

*Actividad económica y profesional*

*Ley 3/2009, de 24 de septiembre, de Creación del Colegio Oficial de Profesio-*



*nales en Ingeniería Química de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 147, de 29 de septiembre de 2009; DOCLM núm. 193, de 2 de octubre de 2009).*

La presente Ley es aprobada en respuesta a la solicitud realizada por la Asociación Castellano-Manchega de Ingenieros Químicos (ACMIC). Esta Asociación, en representación de los profesionales de Ingeniería Química en nuestra Comunidad, solicitó la creación del Colegio Oficial de Profesionales en Ingeniería Química de Castilla-La Mancha, en virtud de la Ley 10/1.999, de 26 de mayo, de creación de Colegios Profesionales de Castilla-La Mancha –artículo 10-.

La creación del precitado Colegio Profesional puede argumentarse desde la perspectiva del interés público que satisface, ya que está relacionada directamente con otros sectores como el químico, farmacéutico, sanitario, agrícola o el alimentario, de manera que es de necesaria la creación de una instancia superior que represente a estos profesionales ante la Administración Pública y que controle el ejercicio de su profesión, teniendo en cuenta los sectores con los que está vinculado y teniendo en cuenta además su estrecha conexión con valores constitucionales tales como el medio ambiente, la salud o el desarrollo tecnológico.

Respecto a la ley en cuestión, se caracteriza por su sencillez, contando escasamente con seis preceptos, Disposición Transitoria Única y Disposición Final.

En cuanto a su contenido, puede señalarse que se prevé que el Colegio Oficial de Profesionales en Ingeniería Química de Castilla-La Mancha es una Corporación de Derecho Público con personalidad jurídica plena y plena capacidad de obrar –*artículo 2-*, añadiendo además, como no podría ser de otra manera, que su estructura y funcionamiento internos serán democráticos y que se regirán por la legislación básica estatal, por la normativa autonómica en materia de Colegios Profesionales, por la presente ley y sus Estatutos propios.

Se señalan además los fines del Colegio creado –*artículo 3-*, determinándose que: “*serán los señalados en los artículos 20, 21 y 34 de la Ley 10/1999, de 26 de mayo*”. Se define además el ámbito territorial del Colegio creado –*artículo 4-*, siendo este el territorio de la Comunidad de Castilla-La Mancha.

Respecto al ámbito personal, se prevé que “*el Colegio agrupará a las personas que lo soliciten y que posean la titulación oficial regulada en el Real Decreto 923/1992, de 17 de julio, así como la titulación y estudios extranjeros que hayan obtenido el reconocimiento o la homologación de los mismos por autoridad competente (...)* –*artículo 5-*.”

*Ley 8/2010, de 20 de julio, de Medidas Excepcionales de Apoyo al Sector Empresarial de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm.206, de 21 de julio de 2010; DOCLM núm. 144, de 28 de julio de 2010).*

Una vez más, la actual crisis económica y financiera requiere de la adopción de medidas, en este caso, para paliar la falta de liquidez en las empresas. La financiación en condiciones asequibles, es uno de los presupuestos para que las empresas puedan mantener su actividad, realizar nuevas inversiones y consolidar su crecimiento y con ello, creen empleo. Sin embargo, el principal problema que atraviesan las empresas en la actualidad, y de manera más preocupante, las pequeñas y medianas empresas y los autónomos, es la dificultad de obtener la liquidez.

Esta falta de liquidez está dificultando no sólo la ejecución de nuevas inversiones y la finalización de las ya iniciadas, sino también el desarrollo normal de su actividad productiva, produciendo de manera directa una incidencia negativa en el mercado laboral a consecuencia del descenso de creación de empleo.

Ante esta situación y con el propósito de impulsar la recuperación de la economía regional, las corporaciones locales y el Gobierno Regional, firmaron el 4 de agosto de 2009 el Pacto por Castilla-La Mancha, manifestando unánimemente la voluntad de impulsar las medidas necesarias encaminadas a la recuperación de la economía en Castilla-La Mancha. Entre estas medidas destaca la relacionada con la Sociedad de Garantía Recíproca “Aval Castilla-La Mancha”, destinada a la concesión de avales a las pequeñas y medianas empresas (PYME) de la Región, actuando como sociedad intermediaria entre éstas y las entidades de crédito.

En este contexto, se aprueba la Ley 8/2010, de 20 de julio, de Medidas Excepcionales de Apoyo al Sector Empresarial de Castilla-La Mancha, cuyo principal objeto es reforzar las medidas contenidas en el mencionado Pacto por Castilla-La Mancha a través de este mecanismo de financiación empresarial. Además, se introducen otras actuaciones de actuación sobre el escenario de restricción crediticia relacionadas con la actuación del Instituto de Finanzas de Castilla-La Mancha. Para ello, se precisa ampliar la capacidad de financiación y garantía a las empresas a través de la modificación de la Ley 15/2001, de 20 de diciembre, de Creación del Instituto de Finanzas.

Esta Ley consta de seis artículos, destinados al reafianzamiento de las operaciones de crédito de las empresas en Castilla-La Mancha, seguidos de dos Disposiciones Finales. La primera de ellas, sobre *Modificación de la Ley 15/2001, de 20 de diciembre de creación del Instituto de Finanzas de Castilla-La Mancha*,

modifica la redacción del artículo 3.1.d de la misma, quedando de la siguiente manera: “*d) Participar en el capital social o fundacional y prestar apoyo financiero mediante la concesión de préstamos, avales, u otros instrumentos financieros, a favor de empresas públicas o privadas, administraciones públicas, u otro tipo de entes, con o sin ánimo de lucro, con los límites fijados por las leyes de presupuestos o los que establezcan leyes especiales*”; y la segunda, sobre la entrada en vigor.

*Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm.224, de 8 de noviembre de 2010; DOCLM núm. 221, de 16 de noviembre de 2010).*

El actual contexto social y económico de las sociedades cooperativas en Castilla-La Mancha así como los cambios experimentados en los últimos años en del marco legislativo nacional y europeo, hace necesaria la aprobación de una nueva Ley que actualice la Ley 20/2002, de 14 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha.

Se requiere de una ley moderna, clara y flexible, que se ocupe de las exigencias presentes, previendo además las demandas futuras de este tipo de empresas, en respeto al marco normativo vigente. En cumplimiento de estas exigencias se aprueba la presente Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha.

La Ley consta de ciento sesenta y siete artículos estructurados en un Título Preliminar y cuatro Títulos, y diversas Disposiciones, de la siguiente manera:

Título Preliminar, que regula el objeto de la Ley, siendo éste “*la regulación y promoción de las sociedades cooperativas, así como de sus uniones, federaciones y confederaciones, que se incluyan en el ámbito definido en el artículo 3 (...)*”, acotando a continuación el ámbito de aplicación de la misma a las sociedades cooperativas “*(...) que desarrollen principalmente su actividad cooperativizada en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, sin perjuicio de las actividades que realizaran con terceros no socios así como de cualesquiera otras de naturaleza instrumental, accesoria o complementaria que sean llevadas a cabo fuera de dicho territorio*”.

Título I, denominado “*De la sociedad cooperativa*”, contiene a su vez diez Capítulos. En el primero de ellos, entre otras disposiciones de carácter general, se define el objeto social como “*cualquier actividad económica y social lícita*

*(...) emprendida y desarrollada mediante una sociedad cooperativa constituida al amparo de esta Ley (...)*". A continuación a través de los siguientes capítulos se regulan: la construcción de la cooperativa, la cuál necesita de escritura pública e inscripción en el Registro de Cooperativas de Castilla-La Mancha; el Registro de las Cooperativas de Castilla-La Mancha; la cualidad, adquisición y pérdida de los socios así como sus distintas clases; los órganos sociales, diferenciando entre necesarios –asamblea general y órgano de gobierno– y facultativos –comisiones o comités delegados–; el régimen económico de las Cooperativas; su documentación social y contabilidad; los requisitos para la modificación de sus estatutos; los procedimientos de transformación, fusión y escisión; y las causas y procedimiento de disolución y liquidación.

Título II, denominado "*De las clases de cooperativas*" que consta de tres Capítulos a través de los que se distinguen las cooperativas de primer grado –Capítulo I– y las cooperativas de segundo o ulterior grado –Capítulo II–, incluyendo también otras modalidades de colaboración económica –Capítulo III–.

Título III, "*De la Administración Autónoma y las cooperativas*", que determina los principios generales en el ejercicio de las Cooperativas reconocidos por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha –"*(...) promoción y el desarrollo de las cooperativas y de sus estructuras de integración económica y representativa, cuya libertad y autonomía garantiza*", artículo 158 de la Ley–. También se establecen en este Título el régimen de inspección, infracciones y sanciones.

Título IV, "*Del asociacionismo cooperativo*" estableciendo que "*para la defensa y promoción de sus intereses, las cooperativas podrán asociarse libre y voluntariamente en asociaciones, uniones, federaciones y confederaciones de cooperativas, sin perjuicio de poder acogerse a cualquier otra fórmula asociativa, de acuerdo con la legislación reguladora del derecho de asociación*" –artículo 163 de la Ley–.

Tras su articulado se suman cuatro Disposiciones Adicionales; tres Disposiciones Transitorias; una Disposición Derogatoria Única, a través de la que se deroga de manera expresa la Ley 20/2002, de 14 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha; y cinco Disposiciones Finales.

#### *Cajas de Ahorros*

*Ley 3/2010, de 13 de mayo, de modificación de la Ley 4/1997, de 10 de julio, de Cajas de Ahorro de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm.188, de 14 de mayo de 2010; DOCLM núm. 97, de 21 de mayo de 2010).*

La situación de crisis financiera y económica que se vive en la actualidad ha supuesto la adopción de medidas por parte de las autoridades nacionales e internacionales, con el objetivo de garantizar la estabilidad y solvencia de las entidades. Para alcanzar dicho objetivo, recomiendan una reestructuración del sistema financiero.

En consecuencia, las Cajas de Ahorros con sede en Castilla-La Mancha están inmersas en diferentes operaciones con otras cajas de ahorro, motivadas por la crisis económica. Sin embargo, en este proceso de reestructuración ha de tenerse en cuenta el carácter fundacional de dichas entidades así como su vinculación a su territorio de origen.

En consecuencia, y para garantizar la protección de ese carácter fundacional y continuar así con la obra benéfico social de las Cajas de Ahorro en Castilla-La Mancha, se hace necesario modificar la Ley 4/1997, de 10 de julio, de Cajas de Ahorro de Castilla-La Mancha. Esta modificación se ha llevado a cabo a través de la presente Ley 3/2010, de 13 de mayo, de modificación de la Ley 4/1997, de 10 de julio, de Cajas de Ahorro de Castilla-La Mancha.

La Ley consta de un Artículo Único, seguido de una Disposición Adicional y dos Disposiciones Finales:

El Artículo Único modifica la Ley 4/1997, de 10 de julio, de Cajas de Ahorro de Castilla-La Mancha, añadiendo a la misma un artículo 9.bis. Este precepto prevé que: *“Las cajas de ahorro podrán acordar asimismo su renuncia a la condición de entidad de crédito y su dedicación exclusiva a los fines propios de su naturaleza fundacional (...) sujeto al cumplimiento de los requisitos previstos para la constitución de fundaciones y supondrá la transformación de la caja en una fundación, cuya finalidad será el mantenimiento y continuación de la obra benéfico social de la entidad en el ámbito territorial de Castilla-La Mancha, con sujeción a las normas sobre obra benéfico social de las cajas de ahorro. La segregación de la actividad financiera, por su parte, se regirá por lo establecido en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (...)”*.

La Disposición Adicional, establece que las Cortes de Castilla-La Mancha tendrán una representación del 20 % en la fundación resultante de lo previsto en el nuevo artículo 9.bis, introducido por la presente Ley. Por último cierran la Ley dos Disposiciones Finales.

*Agua, Medio Ambiente y Espacios Naturales*

*Ley 6/2009, de 17 de diciembre, por la que se crea la Agencia del Agua de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm.168, de 22 de diciembre de 2009; DOCLM núm. 254, de 30 de diciembre de 2009).*

Una vez más nos encontramos ante una ley cuyo objetivo último no es otro que salvaguardar uno de nuestros intereses más prioritarios, el agua. Sobra explicar la importancia del agua, sus utilidades, beneficios, la dependencia que todos tenemos de ella, especialmente en una Región en la que, como la nuestra, una de sus fuentes principales de economía es la agricultura. Sin agua no habría existencia, el agua es la mayor fuente de riqueza existente y, sin embargo, no es ilimitada. Se trata de un recurso limitado, por lo que debemos cuidar y planificar su uso responsable y sostenible mediante estrategias.

Así lo ha dicho también la Unión Europea en la Directiva Marco del Agua, Directiva 2000/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, expresando que: *“el agua es un patrimonio que hay que proteger y defender”* y previendo su cuidado mediante el uso sostenible.

Por su parte, el Estatuto de Autonomía de Castilla-la Mancha recoge entre sus competencias, en materia de agua y aprovechamiento hidráulico, *–artículo 31.1–: “(...) proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés para la Región; aguas subterráneas cuando discurren íntegramente por el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma; ordenación y concesión de recursos y aprovechamiento hidráulicos cuando las aguas discurren íntegramente por el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma; caza y pesca fluvial, acuicultura; planificación de la actividad económica y fomento del desarrollo económico de la Región, dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional y del sector público económico de Castilla-La Mancha”*.

En cumplimiento de estas competencias y atendiendo a las líneas de actuación marcadas desde la Unión Europea, se aprueba esta Ley con el objetivo de fijar una política activa de uso sostenible del agua a través de la creación de la denominada “Agencia del Agua de Castilla-La Mancha”. Para ello, se aprueba la creación, programación y puesta en marcha de infraestructuras hidráulicas en coordinación con las Administraciones públicas.

Hasta la fecha, se contaba con la Ley 12/2002, de 27 de junio, Reguladora del Ciclo Integral del Agua en Castilla-la Mancha, que ha constituido el marco legal

de actuación en materia de ordenación del territorio, aprovechamientos hidráulicos de interés regional y preservación y mejora del medio ambiente. Además, se crea la Entidad de derecho público Aguas de Castilla-La Mancha, como órgano de gestión de las infraestructuras de abastecimiento y depuración, principalmente.

La Agencia del Agua de Castilla-la Mancha, creada mediante la actual Ley, se configura como organismo autónomo y administrativo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, integrando competencias de la Junta y de la anteriormente citada Entidad Pública Aguas de Castilla-La Mancha. De esta manera, y dado que la Junta de Comunidades distribuye las competencias relacionadas con el agua en distintas Consejerías, con la creación de esta Agencia se persigue la canalización de todas las competencias relacionadas con el agua atribuidas en un único instrumento dentro de la administración regional, permitiendo una actuación ágil y eficaz.

La Ley consta de diez artículos distribuidos a lo largo de tres Capítulos, y se completa con varias disposiciones – cuatro Disposiciones Adicionales, tres Disposiciones Transitorias, Disposición Derogatoria Única y cuatro Disposiciones Finales–.

El primero de los Capítulos se dedica a *Disposiciones Generales*, regulando cuestiones generales tales como la propia creación de la Agencia, su naturaleza jurídica y sus competencias y funciones. El Capítulo II se dedica a la *Estructura Orgánica*, y regula el régimen de los órganos que componen la Agencia –la Presidencia, el Consejo de Administración, la Dirección-Gerencia–. El Capítulo III regula el *Régimen jurídico, económico y financiero*.

*Ley 1/2010, de 11 de marzo, de regulación de la tasa para la concesión de la etiqueta ecológica en Castilla-la Mancha (BOCCLM núm.174, de 12 de marzo de 2010; DOCLM núm. 54, de 18 de marzo de 2010).*

La Unión Europea, con el objetivo de aumentar el nivel de protección del medio ambiente así como el uso eficaz de los recursos, ha aprobado el Reglamento (CE) nº 66/2010, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la etiqueta ecológica de la Unión Europea.

La concesión de dicha etiqueta a un producto concreto ecológico requiere la celebración de un contrato con el solicitante de la misma y el pago de un canon por su concesión de la misma. La cuantía del mismo ha de fijarse en el marco normativo establecido por el mencionado Reglamento de 2010.

En aplicación de las exigencias europeas, la presente Ley pretende desarrollar en el Ordenamiento autonómico de la Región de Castilla-La Mancha las mencionadas previsiones relativas al canon por concesión, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha –artículo 49–.

Esta Ley consta de seis artículos que se cierran con varias disposiciones:

Disposición Adicional Única, sobre “actualización de la tasa” en la que se prevé que: *“Las Leyes anuales de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha podrán actualizar la cuota de la tasa a la que se refiere la presente Ley”*.

Tres Disposiciones Finales: la primera sobre “Modificación de la Ley 4/2007, de 8 de marzo, de Evaluación Ambiental en Castilla-La Mancha”, mediante la cuál se modifica el artículo 418 de la citada Ley, estimando que el plazo para resolver y notificar la resolución en procedimientos sancionadores será de un año desde la notificación para infracciones graves o muy graves, y de tres meses en caso de infracción leve; finalmente las otras Disposiciones Finales se dedican respectivamente al desarrollo y entrada en vigor de la Ley.

#### *Otros Sectores*

*Ley 7/2009, de 17 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los Servicios en el Mercado Interior (BOCCLM núm.166, de 18 de diciembre de 2009; DOCLM núm. 249, de 23 de diciembre de 2009).*

La presente Ley se aprueba en respuesta a las exigencias impuestas desde la Unión Europea, en cumplimiento a los objetivos concretos marcados mediante la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 (en vigor desde el 28 de diciembre de 2006), relativa a los Servicios en el Mercado Interior.

El objetivo principal de dicha Directiva, aprobada en el marco de la estrategia marcada por el Tratado de Lisboa no es otra que: *“alcanzar un auténtico mercado único de servicios en la Unión Europea, a través de la implantación de un marco regulatorio transparente, predecible y favorable para la actividad económica y las libertades de establecimiento y de prestación de servicios en los Estados miembros, la eliminación de las trabas injustificadas o desproporcionadas, la simplificación de los procedimientos, y en definitiva, el fomento de la confianza*



*recíproca entre estados miembros así como de los prestadores y los consumidores en el mercado interior”.*

Para alcanzar este objetivo, es necesario que la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha adopte determinadas medidas para adaptar algunas de sus leyes a la Directiva europea, así como a la legislación dictada por el Estado para su transposición, que también habrá que tenerse en cuenta cuando ésta afecte a sectores de actividad sobre los que la Comunidad ostente competencias exclusivas.

Así las cosas, la presente Ley se aprueba para cumplir con los objetivos previstos en la citada Directiva europea. Respecto a su contenido, consta de cinco artículos, cada uno de ellos referido a la modificación que se realiza con respecto a alguna de las leyes castellano-manchegas en materias relacionadas con los servicios en el mercado interior, con el objetivo de adecuar el contenido de las mismas a la normativa europea. Así:

El artículo primero modifica la Ley 7/2007, de 15 de marzo, *de Calidad Agroalimentaria de Castilla-La Mancha*.

El artículo segundo modifica la Ley 3/2008, de 12 de junio, *de Montes y Gestión Forestal Sostenible de Castilla-La Mancha*.

El artículo tercero modifica la Ley 9/2003, de 20 de marzo, *de Vías Pecuarias de Castilla-La Mancha*.

El artículo cuarto modifica la Ley 8/1999, de 26 de mayo, *de Ordenación del Turismo de Castilla-La Mancha*.

El artículo quinto modifica la Ley 2/1997, de 30 de mayo, *de Actividades Ferials de Castilla-La Mancha*.

Finalmente, la Ley se completa con dos Disposiciones Adicionales, tres Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y dos Disposiciones Finales.

*Ley 15/2010, de 16 de diciembre, por la que se modifica la Ley 4/1985 de Designación de Senadores en representación de Castilla-La Mancha, en relación a las retribuciones a percibir (BOCCLM núm.237, de 20 de diciembre de 2010; DOCLM núm. 251, de 31 de diciembre de 2010).*

La Región de Castilla-La Mancha desde su constitución como Comunidad

Autónoma ha regulado el régimen de Altos Cargos. Así, se cuenta con la Ley 2/1984, de 28 de marzo, de Funciones e incompatibilidades de Altos Cargos y la Ley 3/1984, de 25 de abril, se aprobó la norma que definía el Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Junta de Comunidades. Esta regulación se completa con la Ley de 26 de junio de 1985, sobre Designación de Senadores en representación de Castilla-La Mancha; el Reglamento de las Cortes que regula los derechos, prerrogativas y deberes de los Diputados; y la Ley de 22 de diciembre de 1994, de publicidad en el Diario Oficial de los bienes, rentas y actividades de los gestores públicos de Castilla-La Mancha. Todas ellas pretenden como objetivo prioritario el rigor y la transparencia.

No obstante, el actual periodo que atraviesa nuestra Región requiere de austeridad en el régimen de sus Altos Cargos. La presente Ley pretende llevar a la práctica dicha austeridad, regulando el procedimiento para percibir retribuciones por parte de los Diputados de las Cortes Regionales que sean propuestos para representar a Castilla-La Mancha en las Cortes Generales.

La Ley consta de un Artículo Único en el que se regula la modificación del artículo 4 de la Ley 4/1985, de 26 de junio, de Designación de Senadores en representación de Castilla-La Mancha, en la redacción dada por la Ley 3/1987, de 7 de abril, y por la Ley 9/1995, de 26 de diciembre, determinando en su nueva redacción que: “2. Si entre los candidatos figuran Diputados de las Cortes Regionales, deberán éstos presentar escrito ante la Mesa en el que manifiesten que sólo percibirán la remuneración que les corresponda como Senadores o como Parlamentarios Autonómicos, con renuncia a cualquier otra retribución pública o privada”.

### **Leyes sobre el Sector Público, Empresa Pública y Cámaras de Comercio**

*Ley 4/2009, de 15 de octubre, de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de Castilla-la Mancha (BOCCLM núm. 152, de 21 de octubre de 2009; DOCLM núm. 211, de 29 de octubre de 2009).*

Hasta esta fecha, en la Comunidad de Castilla-La Mancha se habían creado de manera separada las Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de Guadalajara (en 1889), de Albacete (en 1899), de Ciudad Real y Toledo (en 1912) y de Cuenca (en 1914). Desde su creación, todas ellas han desarrollado una importante labor de apoyo para la actividad económica de la Región. En este ámbito, se ha contado también con el apoyo del Consejo de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de Castilla-La Mancha, creado mediante Decreto 4/1997, de 28 de enero.

Sin embargo, a pesar de la competencia de que goza nuestra Comunidad de desarrollo legislativo y ejecución en materia de “*Corporaciones de derecho público representativas de intereses económicos y profesionales*”, en el marco siempre de la legislación básica del Estado (competencia reconocida en el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, artículo 32.5), en Castilla-La Mancha aún no se había desarrollado dicha competencia.

Esta ley se aprueba en desarrollo de la competencia autonómica anteriormente señalada, con el objetivo de completar el marco básico de actuación en el que se venían desarrollando las Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de la Región, para ofrecer estabilidad a su actuación y, sobre todo, crear un cauce de relación con la Administración, aunque respetando la autonomía de cada una de aquéllas. Al mismo tiempo, se consolida el Consejo de Cámaras Oficiales, configurado como instrumento de coordinación entre las diferentes Cámaras en la Región.

La ley presenta un contenido de cincuenta artículos organizados a lo largo de ocho Capítulos, y se completa con varias disposiciones – una Disposición Adicional, una Disposición Derogatoria y tres Disposiciones Finales–.

El Capítulo I, sobre *Disposiciones Generales*, recoge aspectos como el objeto de la ley, señalado anteriormente, la naturaleza jurídica de las Cámaras Oficiales o su finalidad. De entre estos aspectos, ha de reseñarse el doble carácter de las Cámaras Oficiales, entendiéndose que son organismos de derecho público de base privada, tal y como se explica en su artículo 2: “(...) *sin menoscabo de los intereses privados que persiguen*”.

El Capítulo II, dedicado al *Ámbito Territorial*, establece respecto al ámbito territorial de las Cámaras que: “*En cada provincia de la región existirá una cámara oficial de comercio e industria, con sede en su respectiva capital*”, respetando así la pervivencia y autonomía de cada una de éstas. Por otra parte, se prevé la denominada “delegación provincial”, como posibilidad de que las Cámaras creen delegaciones dentro de su demarcación territorial en determinadas zonas debido a su situación estratégica o importancia económica.

El Capítulo III se dedica a las *Funciones* de las Cámaras, ampliándose las funciones públicas previstas en la legislación básica –*artículo 6*– e incorporando mecanismos de delegación de nuevas competencias –*artículo 7*–. Incluso se recoge la posibilidad de planificar y coordinar acciones con la Administración –*artículos 8 y 9*–.

El Capítulo IV, sobre *Organización*, dada su complejidad, se estructura a su vez en seis secciones dedicadas a: *órganos de gobierno, pleno, comité ejecutivo, presidencia, personal y reglamento de régimen interior*. Es decir, las cuatro primeras se centran en los órganos de gobiernos, mientras que las dos últimas se regulan aspectos más generales sobre el régimen del personal o los reglamentos de régimen interno.

El Capítulo V regula íntegramente el *Régimen Electoral* (artículos 23-33). Tal y como reza el artículo 23 de la presente ley, para participar en el proceso electoral de las Cámaras de Comercio se requiere de un requisito previo: “*tendrán derecho al sufragio activo y pasivo en las respectivas cámaras oficiales de comercio e industria las personas físicas y jurídicas inscritas en el último censo aprobado por cada corporación, de acuerdo con su respectivo reglamento de régimen interior; siempre que no se encuentren inhabilitadas por alguno de los casos que determine incapacidad con arreglo a lo previsto en la legislación vigente y que, en todo caso, reúnan los requisitos fijados en los artículos 24 y 25 de la presente ley*” (los artículos precitados se refieren a los electores, artículo 24, y a los elegibles, artículo 25).

El Capítulo VI, sobre el *Régimen Económico y Presupuestario*, se divide a su vez en dos secciones claramente diferenciadas: Sección Primera, dedicada al *Régimen Económico*, y Sección Segunda, dedicada al *Régimen Presupuestario*.

El Capítulo VII sobre el *Régimen Jurídico de las Cámaras*, prevé que: “*(...) se regirán por lo dispuesto en la legislación básica en materia de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, en la presente Ley, en sus normas de desarrollo y en sus respectivos reglamentos de régimen interior*” –artículo 41–. Señalando además que: “*(...) Con carácter supletorio y en todo lo no previsto en la normativa anterior, les será de aplicación la legislación referente a la organización y funcionamiento de las Administraciones Públicas, en cuanto sea conforme con su naturaleza y funciones*”.

Por último, el Capítulo VIII regula el *Consejo de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de Castilla-la Mancha*, consolidando este instrumento y su función de coordinación entre las diferentes Cámaras. A este respecto, es importante tener en cuenta que con la aprobación de esta Ley, el Decreto 4/1997, de 28 de enero, de Creación del Consejo de Cámaras de Comercio e Industria de Castilla-La Mancha, queda derogado en todo lo que se oponga a la misma –*Disposición Derogatoria*–.

*Ley 2/2010, de 13 de mayo, de Comercio de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm.188, de 14 de mayo de 2010; DOCLM núm. 97, de 21 de mayo de 2010).*

La Comunidad de Castilla-La Mancha, tras la modificación introducida por la Ley Orgánica 3/1997, tiene atribuida la competencia exclusiva en materia de comercio, ferias y mercados interiores, además del desarrollo legislativo y ejecución en materia de defensa del consumidor y usuario. En el ejercicio de estas competencias, la legislación autonómica debe respetar las bases fijadas por el Estado respecto a la planificación de la actividad económica general.

En virtud de estas competencias, se aprobó la Ley 7/1998, de 15 de octubre, de Comercio Minorista de Castilla-La Mancha, objeto de diversas modificaciones posteriores –Ley 13/2000, de 26 de diciembre, y de la Ley 1/2004, de 1 de abril– hasta la fecha ha sido el marco jurídico regulador de la actividad comercial minorista en la Región.

En este mismo sentido, es preciso señalar las exigencias impuestas en el marco comunitario a través de su Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, cuyo objetivo principal es establecer un marco jurídico en el que se eliminen aquellos requisitos excesivamente gravosos para la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios en el ámbito del mercado interior. Esta exigencia afecta de manera directa al régimen de autorizaciones administrativas reduciendo la exigencia de ésta a los supuestos en que se justifique por “razón imperiosa de interés general”.

Con el objetivo de dar cumplimiento a las exigencias comunitarias, esto es, garantizar la libertad de de establecimiento y la libre prestación de servicios en el ámbito del mercado interior, fortaleciendo su economía, y teniendo en cuenta además los cambios experimentados en nuestra sociedad actual, es necesario que Castilla-La Mancha cuente con una regulación clara y precisa que garantice la igualdad en el acceso al mercado conforme al principio de la leal y libre competencia. Así, la presente Ley establece un nuevo marco jurídico para el desarrollo de la actividad comercial en Castilla-La Mancha.

La Ley consta de setenta y cuatro artículos distribuidos de la siguiente manera:

Título I, sobre “*Disposiciones generales*”, en el que se recogen, a través de cuatro capítulos: el objeto de la ley –“(…) regular la actividad comercial minorista, el régimen de los horarios comerciales, las actividades de promoción

*comercial y determinadas ventas especiales en Castilla-La Mancha*”, tal y como dispone de manera literal el artículo 1 de la Ley–, su ámbito de aplicación –esto es, las actividades comerciales realizadas en Castilla-La Mancha–, el ejercicio de la actividad comercial, el régimen administrativo de la misma, así como el régimen de las estructuras comerciales.

Título II, sobre “*Grandes establecimientos comerciales*”, que contiene dos capítulos. En el primero se recoge el concepto de “grandes establecimientos comerciales”, definidos como “*los establecimientos comerciales individuales y los de carácter colectivo que, destinados al comercio al por menor de cualquier clase de artículos, tengan una superficie útil para exposición y venta al público igual o superior a los 2.500 metros cuadrados*” –artículo 11 de la Ley–. Por su parte el Capítulo II, regula el “informe comercial”, referido a los actos sujetos a informe comercial, el procedimiento y el informe del mismo.

Título III, dedicado a los “horarios comerciales”, diferencia entre “*régimen general de horarios comerciales*” –Capítulo I–, y “*régimen especial de horarios comerciales*” –Capítulo II–, regulando de manera autónoma los “*establecimientos comerciales de venta de bebidas alcohólicas*” –Capítulo III–.

Título IV, sobre “*Promociones de ventas*”, que contiene, de una parte, las *normas generales* de aplicación a las promociones de ventas, incluyendo entre éstas las actividades de promoción de ventas, la concurrencia de tales promociones, sus requisitos, así como su modo de pago, entre otros –Capítulo I–. A partir de dichas normas generales, se regulan de manera separada: la “*venta en rebajas*” –Capítulo II–, “*venta de saldos*” –Capítulo III–, “*ventas en liquidación*” –Capítulo IV– y las “*ventas con precio reducido o prima*” –Capítulo V–.

Título V, sobre “*Ventas especiales y del régimen de la franquicia*”, consta a su vez de siete capítulos a través de los que se regula el régimen de los diferentes tipos de ventas especiales como son: las ventas a distancia, automáticas, domiciliarias, en subasta pública, o ambulantes. Además, se regula la actividad comercial en régimen de franquicia.

Título VI, sobre “*Infracciones y sanciones*”, que a través de sus cuatro capítulos regula el procedimiento sancionador de las actividades comerciales, infracciones y sanciones, y la función inspectora de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Por último, la Ley completa su contenido con varias Disposiciones: dos Dis-

posiciones Adicionales; tres Disposiciones Transitorias; una Disposición Derogatoria Única, con la que se derogan expresamente la Ley 7/1998, de 15 de octubre, de Comercio Minorista de Castilla-La Mancha y la Ley 10/2005, de 15 de diciembre, de Horarios Comerciales de Castilla-La Mancha; y, finalmente, dos Disposiciones Finales.

*Ley 4/2010, de 10 de junio, de creación de la Empresa Pública de gestión de infraestructuras aeroportuarias de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm.195, de 11 de junio de 2010; DOCLM núm. 115, de 17 de junio de 2010).*

Los avances en las infraestructuras del transporte y comunicación producidos en los últimos años han sido una región que goza de una privilegiada posición geográfica.

Para desarrollar todas las potencialidades que otorga esta estratégica situación, se requiere del impulso de todo tipo de infraestructuras, especialmente en materia de transporte y logística, ya que pueden generar una gran capacidad para atraer nuevas inversiones empresariales necesarias para crear riqueza y empleo.

En este sentido, han sido muchas las iniciativas, que se han ido desarrollando en la región, tanto desde el ámbito público como desde el ámbito privado, con lo que se ha ido creando un nuevo mapa de comunicaciones que la Región de Castilla-La Mancha goza de una privilegiada ubicación geográfica que, unida al desarrollo en infraestructuras en los transportes y en la comunicación han sido fundamentales para la promoción de su desarrollo económico y social. Se han desarrollado numerosas iniciativas de ámbito público y privado que hacen de Castilla-La Mancha uno de los principales ejes de comunicación del país.

Sin embargo, para evitar que la actual crisis económica impidan la efectividad y el desarrollo de estas infraestructuras, en concreto de las infraestructuras aeroportuarias en la Región declaradas de “interés general”, se requiere la actuación pública, mediante la creación de una empresa pública especializada en esta materia.

La Ley consta de seis artículos, seguidos de una Disposición Adicional y una Disposición Final. Con esta Ley se aprueba la creación de esta Empresa Pública en materia de gestión de infraestructuras aeroportuarias, cuya finalidad es “*promover y contribuir a la viabilidad de las infraestructuras aeroportuarias en Castilla-La Mancha*” (artículo 2 de la Ley), determinando además que dicha empresa adoptará la forma jurídica de Sociedad Anónima y se regirá por sus propios estatutos (de acuerdo con las normas de Derecho Privado). Respecto a sus

funciones, de prevé su capacidad para prestar avales “(...) para las operaciones de crédito que se concierten con esta empresa pública, previa autorización del Consejo de Gobierno” (artículo 5 de la Ley), determinando además el contenido y procedencia de su patrimonio (artículo 6 de la Ley).

*Ley 13/2010, de 9 de diciembre, de Reordenación del Sector Público de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm.234, de 13 de diciembre de 2010; DOCLM núm. 243, de 20 de diciembre de 2010).*

En el contexto de crisis económica por la que atraviesa actualmente España, el Gobierno, a través del Consejo de Política Fiscal y Financiera, ha instado a las Comunidades Autónomas a llegar a un acuerdo para garantizar la sostenibilidad de las finanzas públicas en el periodo 2010-2013, asumiendo además el compromiso de elaborar un “*Plan de racionalización de las estructuras de sus respectivos sectores públicos, administrativos y empresariales*”.

La Comunidad de Castilla-La Mancha asumió sus responsabilidades en el ámbito de la Administración general de la Junta de Comunidades, mediante el Decreto 63/2010, de 24 de mayo, de la Presidencia de la Junta, reestructurando su Administración Regional mediante la supresión de tres consejerías. En este contexto se aprueba la Ley de 13 de mayo, de Modificación de la Ley 13/2010 de 9 de diciembre, de Reordenación del Sector Público de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, con el propósito de mejorar el Sector Público en la región, adoptando medidas como la supresión de determinados organismos autónomos o la derogación de leyes, en cumplimiento de dicho objetivo.

Esta Ley se compone de un total de diez artículos estructurados de la siguiente manera. En primer lugar, el artículo 1 indica el objeto de la misma, esto es, la reordenación del sector público de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. A continuación se contienen dos Capítulos, seguidos de seis Disposiciones Adicionales, una Disposición Derogatoria y tres Disposiciones Finales, que completan dicha regulación.

El Capítulo I, se dedica a las “*Modificaciones de leyes reguladoras de organismos autónomos, entidades y empresas del sector público regional*”. En él, se prevén la modificación de las siguientes leyes: Ley 10/2002, de 21 de junio, de Estadística de Castilla-La Mancha; Ley 3/2002, de 7 de marzo, de constitución del Instituto de Promoción Exterior de Castilla-La Mancha; Ley 16/2002, de 11 de julio, del IV Centenario de la publicación de El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha; y Ley 1/2006, de 23 de marzo, de creación de la empresa pública “Gestión Ambiental de Castilla-La Mancha, S.A.”.



El Capítulo II, sobre la “*Extinción de organismos autónomos*”, prevé la derogación de los siguientes: la Agencia de Calidad Universitaria de Castilla La Mancha, el Instituto de Consumo de Castilla-La Mancha, el Instituto de Estadística de Castilla-La Mancha y el Instituto de la Juventud de Castilla-la Mancha.

Tras su articulado, completan la Ley diferentes Disposiciones. De entre ellas, cabe destacar las siguientes: la Disposición Derogatoria, a través de la que se derogan las siguientes leyes: Ley 2/2005, de 7 de abril, de la Agencia de Calidad Universitaria de Castilla La Mancha; Ley 15/2005, de 29 de diciembre, de creación del Instituto de Promoción Turística de Castilla-La Mancha; Ley 5/2006, de 14 de diciembre, del Instituto de Consumo de Castilla-La Mancha; Ley 2/2007, de 8 marzo, del Instituto de la Juventud de Castilla-La Mancha; y la Disposición Adicional Primera de la Ley 8/2003, de 20 de marzo, de la viña y el vino de Castilla-La Mancha. Por su parte, las dos primeras Disposiciones Finales introducen las siguientes modificaciones legislativas: *Modificación del artículo 4 del Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha*; y *Modificación del artículo 53 de la Ley 6/1985, de 13 de noviembre, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha*. Por último, la Disposición Final Tercera, sobre la entrada en vigor de la Ley.

### **Leyes de carácter tributario, financiero o económico**

*Ley 5/2009, de 17 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm.166, de 18 de diciembre de 2009; DOCLM núm. 254, de 30 de diciembre de 2009).*

La presente Ley centra los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-la mancha para 2010 en torno a dos ejes principales: combatir la crisis económica y social actual y la cohesión social, previendo políticas redistributivas en beneficio de los menos favorecidos y de su bienestar.

La ley consta de cincuenta artículos estructurados en seis Títulos, con sus respectivos Capítulos, de la siguiente manera:

El Título I, “*De la aprobación de los presupuestos y sus modificaciones*”, cuenta a su vez de dos Capítulos, el Capítulo I, dedicado a “*Créditos iniciales y su financiación*” y el Capítulo II, “*de los créditos presupuestarios y sus modificaciones*”.

El Título II, *“De la ejecución y liquidación presupuestaria”*, consta de tres Capítulos: el Capítulo I, en el que se regula la *“Autorización de gastos”*, el Capítulo II, donde se regulan *“otras disposiciones en materia de ejecución de gastos”*, y el Capítulo III dedicado a la *“liquidación de los presupuestos”*.

El Título III, *“De los créditos de personal”*, consta de dos Capítulos: el Capítulo I dedicado a la regulación del *“Régimen retributivo”* y el Capítulo II a *“otras disposiciones en materia de personal”*.

El Título IV, *“De la gestión de los presupuestos docentes”*, cuenta con dos Capítulos: el Capítulo I –*“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”*–.

El Título V, *“De las operaciones financieras”*, consta de dos Capítulos: el Capítulo I, denominado *“Del endeudamiento”* y el Capítulo II *“De los avales”*.

Finalmente, el Título VI, *“De las tasas y otras medidas tributarias”*, en el que se regulan las tasas y los tipos de gravamen, especialmente para determinados tipos de actividades que inciden en el medio ambiente.

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.

*Ley 9/2010, de 20 de julio, de Modificación de la Ley 5/2009, de 17 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2010, para su adaptación al Real Decreto 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (BOCCLM núm.206, de 21 de julio de 2010; DOCLM núm. 144, de 28 de julio de 2010).*

De conformidad con el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, sobre medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, aprobado por el Gobierno de España en cumplimiento de los compromisos asumidos con la Unión Europea, se hace preciso aprobar una norma con rango de ley, que modifique la Ley 5/2009, de 17 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2010, respecto a las retribuciones del personal al servicio de la Junta de Comunidades para el año 2010, en cumplimiento de la legislación vigente.

En definitiva, la modificación de la citada Ley de Presupuestos para 2010 se refiere a la reducción de las retribuciones básicas y sobre las de carácter complementario, de todos los empleados del sector público regional –excepto al personal laboral no directivo de determinadas empresas públicas–, incluidas las retribuciones de los altos cargos. Así las cosas, se aprueba la presente Ley 9/2010, de 20 de julio, de Modificación de la Ley 5/2009, de 17 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, para el año 2010, para su adaptación al Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

Esta Ley es de Artículo Único, y se completa con diversas Disposiciones.

El Artículo Único de la Ley, denominado “*Modificación de la Ley 5/2009, de 17 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2010*”, modifica los siguientes preceptos de la anterior Ley:

- Artículo 23.2, sobre las *retribuciones íntegras del personal al servicio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha*.

- Artículo 24, sobre *retribuciones del personal al servicio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha no sometido a relación laboral*.

- Artículo 25, sobre *retribuciones de los altos cargos*.

- Artículo 26, sobre *conceptos retributivos del personal funcionario no estatuario de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*.

- Artículo 27, sobre *retribuciones de los funcionarios interinos y del personal eventual*.

- Artículo 28, sobre *retribuciones del personal laboral*.

- Artículo 29, sobre *retribuciones del personal de las Instituciones Sanitarias del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha*.

- Artículo 43.1, sobre las *retribuciones de personal docente e investigador y de administración y servicios de la Universidad de Castilla-La Mancha*

A continuación, le siguen seis Disposiciones Adicionales, una Disposición Derogatoria Única y dos Disposiciones Finales.

*Ley 16/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2011 (BOCCLM núm.238, de 23 de diciembre de 2010; DOCLM núm. 251, de 31 de diciembre de 2010).*

En esta ocasión, encontramos una Ley de Presupuestos marcada por la actual situación de dificultad económica y financiera, cuyo propósito fundamental es impulsar la actividad en nuestra Región y combatir la crisis actual.

La Ley consta de un total de cincuenta y dos artículos, estructurados en seis Títulos, seguidos de diversas Disposiciones.

Título I, denominado “*de la aprobación de los presupuestos y sus modificaciones*”, que consta de dos Capítulos dedicados respectivamente a la regulación de: los *créditos iniciales y su financiación*, previendo entre ellos el presupuesto destinado a los organismos autónomos, la financiación del Instituto de la Mujer (artículo 1 de la Ley), y estableciendo la aprobación total de créditos por importe de 2.717.629.810,00 euros; los *créditos presupuestarios y sus modificaciones*, en el que se prevé que “*Las modificaciones de los créditos presupuestarios se ajustarán a lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre, salvo en aquellos extremos que resulten modificados o exceptuados por la presente ley* –artículo 8 de la Ley–.

Título II, denominado “*de la ejecución y liquidación presupuestaria*”, en el que se regulan la autorización de gastos y la liquidación de presupuestos.

Título III, “*de los créditos de personal*”, en el que a través de dos Capítulos se regulan el régimen retributivo del personal al servicio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, además de otras disposiciones en la materia.

Título IV, “*de la gestión de los presupuestos docentes*”, entre los que se incluyen la gestión de los presupuestos de los Centros Docentes no universitarios financiados con fondo público –Capítulo I–, y los costes del personal de la Universidad de Castilla-La Mancha, autorizándose para el año 2011 un total de 80.900.000,00 euros, incluidos los méritos docentes y el complemento de calidad docente, así como incluyendo los costes derivados de la adaptación al espacio europeo de educación superior y de la implantación de las nuevas titulaciones, y sin incluir trienios, costes sociales y seguridad social –artículo 44 de la Ley–.

Título V, denominado “*de las operaciones financieras*”, que regula el endeudamiento, de las operaciones de crédito a largo y a corto plazo –Capítulo I–, y los avales –Capítulo II–.

Título VI, “*de las tasas y otras medidas tributarias*”.

Por último, tras el articulado se contemplan: catorce Disposiciones Adicionales; una Disposición Derogatoria Única; y cuatro Disposiciones Finales, entre las que se establece la *Modificación del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre –Disposición Final Primera–*.

*Ley 18/2010, de 29 de diciembre, por la que se aprueba la escala autonómica del impuesto sobre la renta de las personas físicas (BOCCLM núm. 239, de 30 de diciembre de 2010; DOCLM núm. 251, de 31 de diciembre de 2010).*

La aprobación de esta Ley es consecuencia directa de lo dispuesto en la Ley 25/2010, de 16 de julio, del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión, dictada en el marco establecido por la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias. La mencionada Ley requiere la aprobación de la escala autonómica aplicable al Impuesto sobre la renta de las Personas Físicas en Castilla-La Mancha, a partir de 1 de enero de 2011.

Asimismo y ante las modificaciones que pudiera sufrir la regulación de la deducción por inversión en vivienda habitual en la legislación estatal, se introduce una disposición legal referida a la deducción autonómica establecida sobre la misma materia, con el fin de que dichas modificaciones no se apliquen a los límites fijados para la aplicación por los ciudadanos de la deducción autonómica, durante el ejercicio 2011.

Esta Ley consta un artículo único, una Disposición Adicional Única y dos Disposiciones Finales.

En su Artículo Único, sobre *Escala autonómica del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, se aprueba la escala autonómica aplicable desde el ejercicio 2011 con las mismas cuantías y tramos que la aplicable para 2010, de acuerdo con la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema

de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.

La Disposición Adicional Única se refiere a la *Deducción por inversión en vivienda habitual*, estableciendo que: “con efectos hasta el 31 de diciembre de 2011, la referencia que efectúa el apartado 2 del artículo 6 de la Ley 9/2008, de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Tributos Cedidos, en el que se regula la deducción por inversión en vivienda habitual en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, a los límites, requisitos y circunstancias que, para cada caso, se establecen en el artículo 68.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, se entenderá hecha a la redacción del citado artículo vigente a 1 de enero de 2010”.

Las Disposiciones Finales se refieren, respectivamente, a “*Modificación de la escala por la Ley de Presupuestos Generales*”, previendo que la escala establecida en esta Ley puede ser modificada por la Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; y a su *Entrada en vigor*, fijando la entrada en vigor para el 1 de enero de 2011.

## **2. Actividad no legislativa**

Durante los periodos estudiados, 2009 y 2010, como es habitual, 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. Además de éstas, se da cuenta también de las Proposiciones No de Ley aprobadas durante estos periodos. 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 diversa 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 ello, 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, y en particular, para sus ciudadanos, tales como: igualdad y violencia de género, prestaciones sociales y empleo, agricultura, agua, medio

ambiente, infraestructuras, educación y cultura, vivienda, política económica, sanidad y salud, entre otras.

Mención aparte merece, el Debate sobre la orientación política general del Consejo de Gobierno, esto es, el “Debate sobre el estado de la Región”, celebrado anualmente excepto en periodo electoral. Los Debates de los periodos señalados son: Debate sobre la orientación política general del Consejo de Gobierno “Debate sobre el estado de la Región”, de 2009 (BOCCLM núm. 144, de 16 de septiembre de 2009); Debate sobre la orientación política general del Consejo de Gobierno “Debate sobre el estado de la Región”, de 2010 (BOCCLM núm. 209, de 6 de septiembre de 2010).

Comenzaremos pues el estudio de la actividad no legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha durante los periodos de 2009 y 2010, 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 violencia de género y políticas de igualdad*, se han aprobado las siguientes Resoluciones: Resolución del Pleno de las Cortes sobre el Informe de la Ley 5/2001, de Prevención de Malos Tratos y Protección a las Mujeres Maltratadas correspondiente al año 2008 (BOCCLM núm. 160, de 20 de noviembre de 2009); Resolución del Pleno de las Cortes sobre el Informe de la Ley 5/2001, de 17 de mayo de Prevención de Malos Tratos y Protección a las Mujeres Maltratadas correspondiente al año 2009 (BOCCLM núm. 230, de 29 de noviembre de 2010).

En *materia de educación y cultura*, se han aprobado las siguientes Resoluciones: Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre las actuaciones del Gobierno en cuanto a la ampliación, mejora, inversiones y equipamientos de la red de centros escolares públicos de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 99, de 16 de marzo de 2009); Resolución del Pleno de las Cortes sobre el inicio del curso escolar 2010-2011 en Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 216, de 5 de octubre de 2010); Resolución del Pleno de las Cortes sobre el Plan para la Reducción del Abandono Escolar y la Reincorporación al Sistema de Educación y Formación (BOCCLM núm. 177, de 13 de marzo de 2010); Resolución del Pleno de las Cortes sobre la implantación en Castilla-La Mancha del Programa Escuela 2.0 (BOCCLM núm. 175, de 16 de marzo de 2010).

En *materia de salud y sanidad*, encontramos las siguientes: Resolución del

Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la evolución de las listas de espera en nuestra región (BOCCLM núm. 152, de 21 de octubre de 2009).

En *materia de agricultura, agua y medio ambiente*, las siguientes: Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la situación actual de la agricultura en Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 152, de 21 de octubre de 2009); Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre las políticas para la protección y promoción del ajo en Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 152, de 21 de octubre de 2009); Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la aplicación de la nueva OCM de la vid en Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 138, de 29 de junio de 2009); Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el estado de ejecución e incidencia en nuestra región de las obras de conducción de agua desde el Trasvase Tajo-Segura a la llanura manchega (BOCCLM núm. 97, de 2 de marzo de 2009); Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre las actuaciones del Gobierno de Castilla-La Mancha en relación a la revisión del Plan Hidrológico de la Cuenca del Tajo (BOCCLM núm. 234, de 13 de diciembre de 2010); Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la situación actual de la tramitación del Plan Hidrológico de la Cuenca del Júcar (BOCCLM núm. 196, de 15 de junio de 2010); Resolución del Pleno de las Cortes sobre el Plan de Gestión de Residuos Urbanos de Castilla-La Mancha 2009-2019 (BOCCLM núm. 192, de 2 de junio de 2010); Resolución del Pleno de las Cortes sobre las actuaciones llevadas a cabo para preservar las Tablas de Daimiel y el conjunto del Complejo Lagunar Manchego que constituyen en la actualidad Reserva de la Biosfera (BOCCLM núm. 172, de 2 de marzo de 2010); Resolución del Pleno de las Cortes sobre la posible instalación de un almacén transitorio centralizado de residuos radioactivos de alta intensidad en Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 169, de 4 de febrero de 2010).

En *materia de política económica y financiera y actividad empresarial*, encontramos las siguientes: Resolución del Pleno de las Cortes sobre la Cuenta General de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, ejercicio 2006 (BOCCLM núm. 151, de 13 de octubre de 2009); Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General relativo a la evolución de la economía en Castilla-La Mancha durante el último año (BOCCLM núm. 147, de 29 de septiembre de 2009); Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General relativo al incremento de la presión fiscal y su repercusión en Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 147, de 29 de septiembre de 2009); Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la incidencia en Castilla-La Mancha del Plan de Choque suscrito entre el Gobierno Regional y los Agentes Sociales



(BOCCLM núm. 147, de 29 de septiembre de 2009); Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el endeudamiento de las empresas y entidades públicas dependientes de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 138, de 29 de junio de 2009); Resolución del Pleno de las Cortes sobre el Plan Estratégico de Cooperación para el Desarrollo. Horizonte 2011 (BOCCLM núm. 123, de 18 de mayo de 2009); Resolución del Pleno de las Cortes sobre la Cuenta General de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, ejercicio 2005 (BOCCLM núm. 115, de 6 de mayo de 2009); Resolución del Pleno de las Cortes sobre el Plan Estratégico de Turismo de Castilla-La Mancha 2010-2014 (BOCCLM núm. 220, de 18 de octubre de 2010); Resolución del Pleno de las Cortes relativa a la situación actual de la economía castellano-manchega (BOCCLM núm. 220, de 18 de octubre de 2010); Resolución del Pleno de las Cortes sobre el sector de la cuchillería en Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 216, de 5 de octubre de 2010); Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General relativo al Plan de Equilibrio Financiero 2010-2012 (BOCCLM núm. 214 de 27 de septiembre de 2010); Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el impacto que la actual situación económica provoca en el acceso a la financiación de autónomos y pequeñas y medianas empresas, y su repercusión para Castilla-La Mancha, con información previa del Consejo de Gobierno BOCCLM núm. 200, de 25 de junio de 2010); Resolución del Pleno de las Cortes sobre la Cuenta General de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, ejercicio 2007 (BOCCLM núm. 189, de 15 de mayo de 2010); Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la situación del sector vitivinícola de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 177, de 13 de marzo de 2010); Resolución del Pleno de las Cortes sobre La Estrategia Marco para el Desarrollo Energético de Castilla-La Mancha, Horizonte 2012 (BOCCLM núm. 174, de 12 de marzo de 2010).

En *materia de vivienda y prestaciones sociales*, las siguientes: Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la incidencia que tendrá el Pacto por Castilla-La Mancha suscrito por el Gobierno Regional y los Agentes Sociales en las políticas de vivienda (BOCCLM núm. 160, de 20 de noviembre de 2009); Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General relativo a las políticas del Gobierno de Castilla-La Mancha en materia de promoción de la Vivienda (BOCCLM núm. 138, de 29 de junio de 2009); Resolución del Pleno de las Cortes sobre V Plan Regional de Vivienda y Rehabilitación de Castilla-La Mancha 2009-2012 (BOCCLM núm. 174, de 12 de marzo de 2010).

En *relación a las Cajas de Ahorro*, hemos preferido ubicar este ámbito de manera autónoma debido a la importancia que ha adquirido en la actualidad a

consecuencia de la situación económica. Así, encontramos las siguientes: Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General relativo a la situación de Caja Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 157, de 16 de noviembre de 2009); Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el impacto de la crisis en las entidades financieras de nuestra Región y su repercusión en la economía regional (BOCCLM núm. 99, de 16 de marzo de 2009); Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General, sobre la culminación del proceso de fusión de CCM (BOCCLM núm. 222, de 25 de octubre de 2010); Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el proceso de integración de Caja Castilla-La Mancha en Cajastur y la creación del nuevo banco CCM (BOCCLM núm. 203, de 12 de julio de 2010); Resolución del Pleno de las Cortes sobre el proceso de fusión iniciado por Caja de Guadalajara (BOCCLM núm. 172, de 2 de marzo de 2010).

En *materia de infraestructuras y transportes*, encontramos las siguientes: Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General relativo al desarrollo del sector aeronáutico en Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 99, de 16 de marzo de 2009); Resolución del Pleno de las Cortes sobre la situación de las infraestructuras ferroviarias en Castilla-La Mancha. (Se entienden acumulados los Debates Generales, expediente 07/DG-00036, presentado por el Grupo Parlamentario Popular (BOCCLM núm. 227, de 22 de noviembre de 2010); Resolución del Pleno de las Cortes sobre el Área Supramunicipal de Transportes de Guadalajara (Plan Astra) (BOCCLM núm. 172, de 2 de marzo de 2010).

En *materia de empleo*, encontramos las siguientes Resoluciones: Resolución del Pleno de las Cortes sobre la Estrategia Regional para el empleo de personas con discapacidad en Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 164, de 11 de diciembre de 2009); Resolución del Pleno de las Cortes sobre la evolución del desempleo en Castilla-La Mancha durante el último año (BOCCLM núm. 160, de 20 de noviembre de 2009); Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre las medidas que tiene previsto poner en marcha el Gobierno Regional para frenar el fuerte incremento del desempleo en nuestra Región (BOCCLM núm. 230, de 29 de noviembre de 2010); Resolución del Pleno de las Cortes, en relación al Debate General sobre la participación de los Ayuntamientos de nuestra Región en la aplicación del Plan de Choque por el Empleo suscrito entre el Gobierno Regional y los Agentes Sociales (BOCCLM núm. 180, de 20 de abril de 2010); Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre nuevas medidas, programas y actuaciones que el Gobierno Regional tiene previsto establecer tendentes a detener el continuado aumento del paro en la Región (BOCCLM núm. 180, de 20 de abril de 2010); Resolución del Pleno de las Cortes

sobre la situación del desempleo femenino en Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 172, de 2 de marzo de 2010); Resolución del Pleno de las Cortes sobre la política del Gobierno Regional en materia de empleo en Castilla-La Mancha a lo largo de la presente Legislatura (BOCCLM núm. 171, de 24 de febrero de 2010).

En *otras materias*, se han aprobado diversas Resoluciones en relación a las más variadas materias, tales como 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 la situación actual de la Administración de Justicia en Castilla-La Mancha y la marcha del proceso negociador de transferencia de competencias en la Materia (BOCCLM núm. 154, de 30 de octubre de 2009); Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el Fomento del Diálogo Social en nuestra Comunidad (BOCCLM núm. 151, de 13 de octubre de 2009); Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el alcance del Auto del Juzgado de Instrucción número 1 de Sigüenza que pone fin a la fase de instrucción del proceso judicial seguido en relación con el incendio de Guadalajara, de 20 de mayo de 2009 (BOCCLM núm. 134, de 22 de junio de 2009); Resolución del Pleno de las Cortes sobre las actuaciones llevadas a cabo por el Gobierno de Castilla-La Mancha para dar cumplimiento al contenido de la Resolución aprobada en la Sesión Plenaria de 18 de junio de 2009 con motivo del Debate General Expte. 07/DG-00188 (BOCCLM núm. 220, de 18 de octubre de 2010); Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la situación actual en que se encuentra la tramitación de la posible instalación de un Almacén Temporal Centralizado (ATC) de residuos nucleares en Castilla-La Mancha, tras la apertura del plazo de presentación de alegaciones por parte del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (BOCCLM núm. 200, de 25 de junio de 2010); Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la gestión y funcionamiento de las Entidades Públicas en Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 196, de 15 de junio de 2010); Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la defensa, promoción y apoyo de los festejos taurinos en Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 189, de 15 de mayo de 2010); Resolución del Pleno de las Cortes por la que se acuerda la retirada de la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, que actualmente se encuentra en tramitación en las Cortes Generales (BOCCLM núm. 182, de 26 de abril de 2010); Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Socialista, en relación al Debate General sobre la situación actual de las empresas públicas de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 177, de 13 de marzo de 2010); Resolución del Pleno de las Cortes sobre la necesidad de reducir el número de altos cargos en la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 171, de 24 de febrero de 2010).

Tal y como se apuntó anteriormente, 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 los periodos de 2009 y 2010, la actividad no legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha ha sido muy escasa en relación a las Resoluciones aprobadas. No obstante y a diferencia del periodo anterior de 2008, en esta ocasión sí encontramos alguna Proposición No de Ley aprobada. A este respecto, se han aprobado las siguientes PNL: 07/PNLP-00047, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, relativa a la mejora de las condiciones de las instalaciones de gallinas ponedoras (BOCCLM núm. 151, de 13 de octubre de 2009); 07/PNLP-00044, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, relativa al aeropuerto de Ciudad Real (BOCCLM núm. 115, de 6 de mayo de 2009); 07/PNLP-00084, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, relativa a la protección en la cobertura de los trabajadores asalariados agrarios (BOCCLM núm. 234, de 13 de diciembre de 2010); 07/PNLP-00083, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, relativa a la línea de ferrocarril Madrid-Cuenca-Valencia (BOCCLM núm. 227, de 22 de noviembre de 2010); 07/PNLP-00080, presentada por los Grupos Parlamentarios Socialista y Popular, relativa a la línea de ferrocarril de Media Distancia Madrid-Guadalajara-Sigüenza (BOCCLM núm. 224, de 8 de noviembre de 2010); 07/PNLP-00077, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, relativa al sector del Carbón (BOCCLM núm. 222, de 25 de octubre de 2010); 07/PNLP-00060, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, relativa a la petición de conceder la Medalla de Oro de Castilla-La Mancha a título póstumo a don Benjamín Palencia Residuales Urbanas de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 189, de 15 de mayo de 2010).

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, por recopilar dos periodos legislativos (2009 y 2010), reseñamos dos Informes del Defensor del Pueblo, correspondientes respectivamente a cada periodo: Informe Anual a las Cortes Regionales, correspondiente a la gestión realizada por el Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha durante el año 2008 (BOCCLM núm. 136, de 25 de junio de 2009); Informe Anual a las Cortes Regionales, correspondiente a la gestión realizada por el Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha durante el año 2009 (BOCCLM núm. 208, de 29 de julio de 2010). Además de éstos, encontramos dos Informes

con carácter especial del defensor del Pueblo, sobre asuntos concretos: Informe del Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha relativo a “La seguridad en instalaciones de ocio de niños y niñas en parques y jardines” (BOCCLM núm. 180, de 20 de abril de 2010); Informe Especial del Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha relativo a “Salud y Mochila Escolar” (BOCCLM núm. 176, de 23 de marzo de 2010).

Por último, y como viene siendo tradición, cerraremos esta reseña, haciendo una breve mención a ciertos pronunciamientos, acuerdos, informes 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 con motivo del Día Internacional de la Mujer Rural (BOCCLM núm. 152, de 21 de octubre de 2009); Declaración Institucional con motivo del Día Internacional contra la Violencia de Género (BOCCLM núm. 230, de 29 de noviembre de 2010); Declaración Institucional relativa al Sexto Aniversario de los atentados del 11 de marzo de 2004 (BOCCLM núm. 174, de 12 de marzo de 2010).

### **Resumen**

En esta crónica se presenta la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha durante los periodos de 2009 y 2010. 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, Propositiones 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 years 2009-2010. 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

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

*Letrada del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha*



Como en periodos anteriores, la labor del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en el año 2009, referida al 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 nueve 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.

Como viene siendo habitual, en la exposición que se realizará sobre la doctrina más relevante establecida por estos dictámenes, se recogerá el contenido más destacable de tres 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. Además, serán objeto de comentario un dictamen más que, si bien no fue objeto de observaciones esenciales o sobre la validez de la norma, por la especial trascendencia de la materia a la que se refiere –derechos y deberes de las personas en materia de salud de Castilla-La Mancha– merece la pena dedicarle un espacio. Se citan 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, a su vez, en tres bien diferenciados, referidos a la finalidad del anteproyecto, consideraciones fundamentales 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 99/2009, de 21 de mayo, solicitado por la Consejería de Economía y Hacienda, sobre el anteproyecto de Ley de Cámaras de Comercio e Industria de Castilla-La Mancha**

Los principales objetivos que se perseguían con la aprobación de la norma consistían en la regulación del régimen jurídico, presupuestario y orgánico necesario para el funcionamiento de las Cámaras de la Región; la delimitación de los procedimientos y las competencias administrativas de la Junta en relación a la creación y funcionamiento de las Cámaras de Comercio e Industria; la garantía de un eficaz ejercicio de la tutela administrativa de las Cámaras ejercida por la Junta

de Comunidades a través de la Consejería de Industria y Sociedad de la Información, y el establecimiento de la regulación del Consejo de Cámaras Regional.

El texto de la norma sometida a dictamen fue acreedora de varias observaciones de carácter esencial, que a continuación se pasan a exponer.

El artículo 6.3. del anteproyecto regulaba los servicios mínimos, y establecía que el Consejo de Gobierno podía, previo informe favorable del Consejo de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de Castilla-La Mancha, declarar servicios mínimos obligatorios para cada Cámara en relación a las funciones previstas en el apartado anterior. Puesto en relación este apartado con el artículo 10.2 del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, –según el cual *“cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurran circunstancias de especial gravedad, la Autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios”*–, el Consejo apreció que *“la posibilidad establecida en el apartado 3 del artículo 6 de que el Consejo de Gobierno pueda declarar servicios mínimos en las Cámaras en relación con cualquier función de las relacionadas en las letras a), b), c), d) y e) del apartado 2 del mismo artículo, está efectuada de una forma tan amplia que excede de la facultada conferida en el citado artículo 10 del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, y de la jurisprudencia constitucional que la interpreta. Esta facultad afecta a un derecho fundamental como es el de huelga y debe ser interpretada en sentido restrictivo. Por ello, la atribución que al Consejo de Gobierno se efectúa para señalar servicios mínimos en caso de huelga se debe completar, bien con remisión a la regulación estatal (normativa sobre el derecho de huelga y jurisprudencia constitucional que la interpreta), bien precisando expresamente lo allí exigido, esto es, que los mismos podrán fijarse, no cuando afecte a cualquiera de las funciones relacionadas en el apartado 2 del precepto que se analiza, sino cuando se trate de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurran circunstancias de especial gravedad que así lo justifiquen.”*

El artículo 11.1 b) estaba dedicado a regular el procedimiento de elección de los vocales a los que se refiere el artículo 7.1.2º de la Ley 3/1993, de 22 de marzo, de Cámaras Oficiales de Comercio Industria y Navegación. Después de transcribir el precepto estatal básico y decir que la consideración de *“organizaciones empresariales a la vez territoriales e intersectoriales más representativas”* se definiría reglamentariamente, añadía que, *“en todo caso, las organizaciones empresariales más representativas referidas en el párrafo anterior serán designadas*

*por el órgano tutelar”. El dictamen del Consejo apreció que “la interpretación gramatical de esta expresión podría interpretarse en el sentido de que la Administración se reserva el derecho a elegir a estas organizaciones con independencia de su representación real predeterminada en derecho, lo que obviamente es contradictorio con la naturaleza de organizaciones “más representativas” a que se hace referencia, no sólo en el anteproyecto de Ley, sino también en el punto 2º del artículo 7.1.a) de la Ley 3/1993, de 22 de marzo. [] Si lo que se pretende decir en el anteproyecto es que el órgano tutelar acredite a las organizaciones empresariales que, de acuerdo con el procedimiento que reglamentariamente se establezca, obtengan la condición de “más representativas”, se debería eliminar la expresión “En todo caso”, así como sustituir el término “designadas” por otro que no permita interpretarlo como una facultad discrecional de la Administración tutelar, como puede ser “acreditar” o “nominar”, con el fin de evitar que la expresión utilizada, por su equivocidad, produzca inseguridad jurídica. En definitiva, parece aconsejable alejar cualquier verbo que pueda hacer dudar sobre quién determina el contenido del acto.”*

En el apartado 4 del artículo 19 del anteproyecto de Ley se decía que *“sin perjuicio de lo establecido en la normativa laboral, quien ocupe la Secretaría General sólo podrá ser destituido de sus funciones por la comisión de alguna de las faltas que, con carácter objetivo y tasado, estén previstas en el Reglamento de Régimen Interior de cada Cámara. Su apreciación compete al Pleno mediante acuerdo motivado de la mitad más uno de sus miembros, previa instrucción de un procedimiento en el que se dará audiencia a la persona interesada”.*

El Consejo entendió que *“la finalidad de este precepto parece ser la de revestir el cese de los Secretarios de los Cámaras de una serie de garantías procedimentales, al residenciar la competencia para decidirlo en su Pleno, máximo órgano de las mismas, previa audiencia del interesado y mediante acuerdo motivado. Solución plausible atendidas las adecuadas dosis de inamovilidad que deben adornar este puesto. Mas la equivocidad de la expresión “Sin perjuicio de lo establecido en la normativa laboral...” y la utilización que el artículo analizado hace del adverbio “sólo”, para referirse a la causa de destitución del Secretario General que contempla debe ser cuestionada, pues debe señalarse que las causas de extinción de los contratos de alta dirección por voluntad del empresario se encuentran previstas en los artículos 11 y 12 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. El contenido de este Real Decreto debe ser respetado por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, dado que la misma carece de competencia para dictar normas legislativas o reglamentarias en materia labo-*

*ral, según se establece en el artículo 33 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha. En consecuencia, en la medida que con la utilización del adverbio “sólo” se esté restringiendo a las Cámaras de Comercio e Industria la posibilidad de utilizar la causa de extinción por desistimiento del empresario y los demás supuestos de extinción del contrato de trabajo establecidos en el Estatuto de los Trabajadores al que se remite el artículo 12 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, esta disposición sería inconstitucional por regular una materia sobre la que no tiene competencia la Comunidad Autónoma. [] En cuanto a la causa de extinción del contrato por la comisión de alguna falta, que es a la única a la que se refiere este precepto, debe matizarse que las infracciones que, con carácter objetivo y tasado, se prevean en el Reglamento de Régimen Interior de cada Cámara, han de suponer un incumplimiento grave y culpable, por así exigirlo el artículo 11.2 del citado Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, que, como se ha dicho, vincula a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha por tratarse de una norma de carácter laboral. [] Por último, no se alcanza a comprender por qué no se prevén las mismas garantías procedimentales para los otros supuestos de cese que prevén los artículos 11.1 y 12 del citado Real Decreto 1382/1985.*

El artículo 25.1. del texto sometido a dictamen establecía que los requisitos que debían cumplir los candidatos a formar parte de los órganos de gobierno de las Cámaras Oficiales del Comercio e Industria, eran los siguientes: “a) Llevar, como mínimo dos años de ejercicio en la actividad empresarial en el territorio español, o en el ámbito de la Unión Europea cuando se trate de empresas procedentes de otros países miembros. Esta circunstancia se acreditará mediante el alta en el censo del Impuesto de Actividades Económicas correspondiente o, en su caso, acreditación equivalente para el ejercicio de la actividad en el supuesto de otros países de la Unión Europea. [] b) Estar al corriente en el pago del recurso cameral permanente o, en su caso, tener acreditada la presentación de un recurso contra la resolución correspondiente o tener concedida una moratoria o aplazamiento de pago. [] c) No encontrarse inhabilitado por incapacidad, inelegibilidad o incompatibilidad por la normativa vigente, ni hallarse incurso en un proceso concursal calificado de culpable, ni hallarse cumpliendo pena privativa de libertad”.

Por su parte, el artículo 8 de la Ley 3/1993, de 22 de marzo, de Cámaras Oficiales de Comercio Industria y Navegación, precepto de carácter básico, disponía, en su apartado 3, que “los candidatos a formar parte de los órganos de gobierno de las Cámaras deberán, además de tener nacionalidad española o de un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea, llevar como mínimo dos años de ejercicio en la actividad empresarial en los territorios citados y no hallarse en

*descubierto en el pago del recurso cameral permanente. [] Las personas de otra nacionalidad podrán ser candidatas de acuerdo con el principio de reciprocidad, siempre que cumplan los demás requisitos exigidos en el párrafo anterior”.*

El Consejo dedujo, del contraste de ambos preceptos, que la norma proyectada no respetaba la norma básica al haber suprimido el requisito de poseer nacionalidad española o de algún otro Estado miembro de la Unión Europea, así como la condición relativa al principio de reciprocidad para que los demás extranjeros pudieran disfrutar del derecho de sufragio pasivo.

Asimismo, se observó que el precepto se estructuraba en dos apartados. El primero enumeraba los requisitos para “*formar parte de los órganos de gobierno de las Cámaras*” y el segundo establecía unos requisitos adicionales que debían cumplir los candidatos para ser elegibles como miembros del Pleno. El órgano consultivo no alcanzaba a comprender tal distinción, puesto que, de acuerdo con el artículo 10 del anteproyecto, los órganos de gobierno de las Cámaras eran: el Pleno, el Comité Ejecutivo y la Presidencia, y los componentes de los dos últimos órganos citados son elegidos por el propio Pleno de entre sus miembros. En consecuencia, sus titulares necesariamente habrían de cumplir los requisitos fijados para los miembros del Pleno, órgano al que previamente pertenecerían.

No obstante, el Consejo entendió que “*si el fundamento de la distinción se debe a que los requisitos adicionales deben ser cumplidos únicamente por los vocales del Pleno elegidos mediante sufragio directo (y no por los vocales del Pleno previstos en el artículo 11.1.b) (personas de reconocido prestigio en la vida económica que sean titulares o representantes de empresas, propuestas por las organizaciones empresariales más representativas) y c) (vocales cooperadores elegidos, a propuesta del Comité Ejecutivo, entre personas de reconocido prestigio o representantes de universidades o entidades económicas o sociales) debería indicarse con mayor claridad”.*

Asimismo se consideró que habría de aclararse que, “*salvo el requisito de no ser empleado de la Cámara ni participar en obras o concursos que aquélla haya convocado, los otros dos requisitos recogidos en el apartado 2 del artículo 25 no serán aplicables a los “vocales cooperadores” previstos en artículo 11.1.c) como integrantes del Pleno, pues, según este precepto, están en condiciones de ser elegidas “personas de reconocido prestigio o representantes de universidades o entidades económicas o sociales”, que, en consecuencia, podrían no reunir el requisito de formar parte del censo de la Cámara, ni estar incluidos en los grupos y categorías del censo electoral.”*

El artículo 42 del anteproyecto señalaba que *“la contratación y el régimen patrimonial de las Cámaras se regirán por el Derecho privado, salvo disposición legal en contrario, con sometimiento a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, salvo que la naturaleza de la operación sea incompatible con ellos”*.

Por su parte, el artículo 3.3 b) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que considera *“poderes adjudicadores”*, además de a *“las Administraciones Públicas”* citadas en su letra a), *“todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o diversos sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia”*.

Estimaba el Consejo que el precitado concepto de *“poder adjudicador”* *“es aplicable a las Cámaras Oficiales de Comercio e Industria, a la luz de la Ley 3/1993, de 22 de marzo, y del anteproyecto de Ley que se dictamina. Porque, en primer lugar, se trata de entidades dotadas de personalidad jurídica propia creadas para satisfacer necesidades de interés general, ya que tienen encomendadas funciones de carácter público, fundamento éste que tradicionalmente viene justificando la adscripción obligatoria a estas Corporaciones públicas. En segundo lugar, porque se trata de entidades que no tienen carácter industrial o mercantil, dadas las funciones de carácter público que les atribuye su normativa reguladora y por la ausencia de ánimo de lucro. Y, por último, también concurren en ellas dos de los tres requisitos que, con carácter alternativo, establece el precepto analizado (financiación mayoritaria, control de su gestión o nombramiento de más de la mitad de los miembros de sus órganos de gobierno, por parte de un “poder adjudicador”). Primero porque el principal ingreso de las Cámaras es el recurso cameral permanente, ingreso que tiene naturaleza de exacción parafiscal según ha declarado el Tribunal Constitucional (Sentencia 206/2001, de 22 de octubre, FJ 15), constituido por exacciones correspondientes a un porcentaje de la cuota tributaria de los impuestos que gravan el ejercicio del comercio y su beneficio (Impuestos de actividades económicas, de sociedades y de la renta de las personas físicas). Tal carácter público de la mayoría de sus ingresos está reconocido en la propia exposición de motivos de la Ley 3/1993, de 22 de marzo, razón por la que dispone el sometimiento de las Cámaras a la fiscalización del Tribunal de Cuentas o, en su caso, a los órganos competentes de las respectivas Comunidades Autónomas (artículo 23.2 de la citada Ley básica). Asimismo, las Cámaras de Comer-*

*cio están sometidas a la tutela de la Administración regional tanto en su vertiente financiera y administrativa como de funcionamiento. Por ello, en el primero de estos ámbitos, corresponde al órgano administrativo tutelar de las Cámaras, según el anteproyecto de Ley, la aprobación de sus presupuestos ordinarios (artículo 39.4), y extraordinarios (artículo 38.2), la fiscalización de las liquidaciones de los mismos (artículo 40.3), la autorización para la disposición de bienes inmuebles y las operaciones crediticias (artículo 37), la aprobación de su reglamento de régimen interior (artículo 21) y la resolución de recursos (artículo 43.2). Por otra parte, la Administración puede ejercer la potestad de suspender la actividad de la Corporación e, incluso, disolver los órganos de gobierno de la misma cuando se produzcan trasgresiones graves o reiteradas del ordenamiento jurídico aplicable o en el caso de imposibilidad de normal funcionamiento (artículo 44 del proyecto). [] Consecuencia de todo lo anterior es que el artículo 42 del anteproyecto de Ley sometido a dictamen no se ajusta a las exigencias de la vigente LCSP; pues, si bien los contratos que realicen las Cámaras Oficiales de Comercio e Industria serán en todo caso de naturaleza privada, estando sometidos al derecho privado en cuanto a su modificación, efectos y extinción, lo estarán a la LCSP en lo que se refiere a sus fases de preparación y adjudicación los que estén sujetos a regulación armonizada (contratos de obras de un valor estimado superior a 5.150.000 euros y de servicios y suministros de un valor estimado superior a 206.000 euros), por lo que deberán adjudicarse conforme a lo dispuesto en el Capítulo I del Título I del Libro III de la LCSP, con las adaptaciones establecidas en el artículo 174.1 de la misma. Respecto de los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada, la adjudicación estará sometida, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, a cuyo fin estas entidades aprobarán unas instrucciones, de obligado cumplimiento en el ámbito interno de las mismas, en las que se regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los citados principios y que el contrato es adjudicado a la oferta económicamente más ventajosa, conforme determina el artículo 175 de la LCSP”.*

El anteproyecto presentado por el Gobierno fue finalmente aprobado por Ley 4/2009, de 15 de octubre, de Cámaras de Comercio e Industria de Castilla-La Mancha, y su texto definitivo tuvo en cuenta las consideraciones de carácter esencial indicadas.

**- Dictamen número 172/2009, de 16 de septiembre, solicitado por la Consejería de Presidencia, sobre el anteproyecto de Ley de Igualdad de mujeres y hombres de Castilla-La Mancha.**

La exposición de motivos del proyecto de ley indicaba las medidas novedosas

incluidas en la misma, que consistían en extender la regulación contenida en la Ley 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de malos tratos y protección de mujeres maltratadas, a las que son víctimas de trata o prostituidas con fines de explotación y comercio sexual; introducir la obligación de elaborar informes de impacto de género; crear las Unidades de Género en todas las Consejerías y organismos autónomos; obligar a la Administración a incorporar la perspectiva de género en todos los registros y estadísticas, así como de introducirla en la elaboración de los presupuestos; encomendar al Instituto de la Mujer nuevas competencias como la de elaborar un Plan Estratégico para desarrollar las medidas previstas en la ley, un informe trianual de seguimiento, la creación de un Centro de Estudios e Investigación en materia de igualdad y la coordinación de las distintas Unidades de Género; reforzar las competencias que en este ámbito desarrolla la Defensoría del Pueblo (sic); incluir la paridad en las listas electorales, y, por último, la representación equilibrada en órganos colegiados de decisión, ejecutivos, consultivos y asesores.

El dictamen emitido por el Consejo efectuó una observación con carácter esencial referida al artículo 44 apartado 5 del proyecto, que preveía que *“Se computará a todos los efectos como periodo de servicio el tiempo de excedencias, permisos o licencias para maternidad-paternidad”*.

El órgano consultivo apreció que el precepto adolecía de gran imprecisión, al equiparar las figuras de los permisos y las excedencias cuando se trata de conceptos absolutamente diferenciados en la legislación básica de función pública.

El dictamen comentado consideró que *“la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, recoge en el artículo 49 el concepto de permiso por parto, por adopción o acogimiento y por paternidad, disponiendo en su apartado c) que el tiempo transcurrido durante el disfrute de los mismos “se computará como de servicio efectivo a todos los efectos”. Ello supone que durante su disfrute se garantiza “la plenitud de derechos económicos y, en su caso, del otro progenitor funcionario, durante todo el periodo de duración del permiso”. Por su parte, el artículo 85 de la misma Ley contempla la excedencia como situación distinta a la de servicio activo y en el artículo 89.4 reconoce la excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo y que “el tiempo de permanencia en esta situación será computable a efectos de trienios, carrera y derechos en el régimen de Seguridad Social que sea de aplicación”. Mientras no plantea problemas la redacción contenida en el anteproyecto en relación con los permisos, dada la amplitud con la que aparece redactada la norma básica de la función pública,*



*el contraste de la norma proyectada con el anterior precepto básico suscita dudas sobre el alcance, intensidad o amplitud del reconocimiento de derechos que contiene en relación con la excedencia por motivos de maternidad-paternidad, debido a que la expresión “a todos los efectos como periodo de servicio” del tiempo de excedencia, podría sugerir una situación equiparable a la de servicio activo, contraria a la legislación básica- artículo 85 de la Ley 7/2007, de 12 de abril-. También podría suponer que se está invadiendo la competencia exclusiva del Estado prevista en el artículo 149.1.17<sup>a</sup> de la Constitución en materia de “legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social”, porque en el caso del personal al que le fuera aplicable la legislación laboral, según el tenor literal del artículo 180 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por la Disposición Adicional decimoctava. Doce de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, sólo se computan como periodos de ocupación cotizada a efectos de las correspondientes prestaciones, los dos primeros años de excedencia. [] Para evitar las anteriores dudas que derivan del texto proyectado sobre el contenido y extensión de los derechos que se reconocen en los supuestos de excedencia por maternidad-paternidad, además de distinguir los permisos de las excedencias, así como de las licencias, de las que también se habla, dado que son situaciones distintas, se habría de respetar la redacción establecida en la legislación básica contenida en el artículo 89.4 del Estatuto del Empleado Público. Así, aunque este precepto sea aplicable al personal funcionario, en cuanto remite “al régimen de Seguridad Social que sea de aplicación”, permite al mismo tiempo solventar un posible conflicto entre la norma proyectada y la legislación básica sobre la materia”.*

El proyecto de Ley fue finalmente aprobado mediante Ley 12/2010, de Igualdad entre Mujeres y Hombres de Castilla-La Mancha, de 18 de noviembre de 2010, siendo atendida la consideración de carácter esencial efectuada por el Consejo Consultivo.

**- Dictamen número 230/2009, de 4 de noviembre, solicitado por la Consejería de Salud y Bienestar Social, sobre el anteproyecto de Ley sobre derechos y deberes de las personas en materia de salud de Castilla-La Mancha.**

La conveniencia de aprobar la Ley en proyecto se justificaba, en la memoria incorporada al expediente, en la necesidad de elaborar una Ley en materia de salud en Castilla-La Mancha, que recogiese los derechos y deberes de las diversas leyes estatales y que actualizase y completase la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha, favoreciendo el derecho a la protección de la salud en condiciones de igualdad y no discriminación, garantizando la libertad individual, la intimidad personal y la confidencialidad de la informa-

ción relacionada con los servicios sanitarios que se prestan. La ley proyectada incorporaba también aspectos como el respeto a las decisiones sobre la salud adoptadas de forma anticipada.

El Consejo no realizó observación alguna de carácter esencial al texto sometido a su consideración, si bien realizó una consideración de carácter general que afectaba a gran número de preceptos, además de determinadas puntualizaciones respecto a aspectos concretos del articulado de la norma.

Como ya ha tenido ocasión de observar el órgano consultivo en muchos de sus dictámenes, el órgano consultante optó en la elaboración del anteproyecto, por reproducir normativa básica estatal, en este caso la contenida en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de documentación clínica, dictada por el Estado en el marco de la competencia exclusiva que ostenta en la materia. Tal normativa se transcribía en el texto proyectado bien de manera literal, o, en la mayoría de los casos, modificando ligeramente la redacción, y sin citar en ningún caso dicha norma básica, *“circunstancias éstas que incrementan todavía más la inseguridad jurídica en cuanto al origen y naturaleza de las normas.”*

El Consejo Consultivo recordó que esta técnica ha venido siendo cuestionada en anteriores ocasiones (entre otros muchos, en sus dictámenes 25/2000, de 4 de abril; 59/2001, de 26 de abril; 26/2002, de 21 de febrero; o 77 y 78/2002, ambos de 5 de junio), trayendo a colación la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional que consideraba tal práctica como *“potencialmente peligrosa”*.

El dictamen recogía que *“en su Sentencia 150/1998, de 2 de julio, reprodujo el Alto Tribunal su posición en relación a tal reiteración normativa, remitiendo a lo expuesto en su anterior Sentencia 162/1996, de 17 de octubre, en la que advertía de la posible inconstitucionalidad de estas prácticas legislativas por inadecuadas al sistema de fuentes configurado en la Constitución. Así lo hizo respecto de la reproducción por la Ley de preceptos constitucionales (Sentencia 76/1983, de 5 de agosto, fundamento jurídico 23), de aquellas Leyes autonómicas que reproducían normas incluidas en la legislación básica del Estado (Sentencias 40/1981, de 18 de diciembre, y 26/1982, de 24 de mayo), o incluso de las Leyes ordinarias que reiteraban preceptos contenidos en una Ley Orgánica; pues estos casos “pueden mover a la confusión normativa y conducir a la inconstitucionalidad derivada de la norma, como ocurre en aquellos supuestos en los que el precepto reproducido pierde su vigencia o es modificado manteniéndose vigente, sin embargo, el que lo reproducía” (Sentencias del Tribunal Constitucional*

*162/1996, de 17 de octubre, y 150/1998, de 2 de julio)”. [] Si bien, en determinados casos, la justificación de tales transcripciones puede venir aconsejada por la conveniencia de ofrecer al destinatario de la norma una completa y acabada información de la materia regulada, que es lo que parece acontecer en este supuesto. Por ello, si se considera oportuno para una más fácil inteligencia de la norma, el mantenimiento de las expresadas repeticiones, sería aconsejable, a fin de contrarrestar en lo posible la inseguridad jurídica que podría derivarse de las mismas, indicar en el propio texto, de modo expreso, los apartados que se limitan a reproducir preceptos estatales.”*

La disposición finalmente aprobada por las Cortes de Castilla-La Mancha fue la Ley 5/2010, de 24 de junio, sobre derechos y deberes de las personas en materia de salud en Castilla-La Mancha, que recogía las recomendaciones efectuadas en el dictamen.

**- Dictamen número 241/2009, de 11 de noviembre, solicitado por la Consejería de Economía y Hacienda, sobre el anteproyecto de Ley de Comercio Minorista de Castilla-La Mancha.**

La finalidad principal de la norma sometida a la consideración del Consejo Consultivo se justificaba en la Memoria de la iniciativa en que atendía a la necesidad de acometer una nueva regulación en la materia, derivada de la aprobación de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, cuya principal finalidad era la eliminación o simplificación de trabas jurídicas y de barreras administrativas injustificadas al ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y a la libre circulación de los servicios dentro de la Unión Europea, de forma que al mismo tiempo se ofrecieran a los consumidores o destinatarios de los servicios una mayor transparencia, información y unas mayores posibilidades de elección en un mercado cada vez más competitivo. Continuaba manifestando que la Directiva suprime dentro de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros aquellos requisitos que condicionen el acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio a circunstancias como la nacionalidad, el domicilio del prestador, la obligación de residir en el territorio nacional o la prohibición de estar establecido en varios Estados miembros, exigiendo a éstos que aseguren la libertad de acceso y el libre ejercicio de la actividad de servicios dentro de su territorio e impulsando en definitiva la coordinación y adaptación de todas las legislaciones nacionales en aras a la consecución de un auténtico mercado interior de servicios, con un elevado grado de integración jurídica comunitaria.

Añadía la Memoria que *“Bajo estas premisas y por razones de buena técnica*

*legislativa se ha optado por redactar una nueva Ley de comercio minorista de Castilla-La Mancha para que se visualice con mayor nitidez el objeto y alcance que supone la transposición de la citada Directiva, bajo los principios de supresión de trámites innecesarios y de simplificación de procedimientos administrativos en el otorgamiento de las autorizaciones pertinentes en materia de comercio. [ ] La nueva regulación se inspira en el principio de libertad de empresa y tiene por finalidad facilitar el libre establecimiento de servicios de distribución comercial y su ejercicio, a través de diferentes formatos comerciales, garantizando que las necesidades de los consumidores sean satisfechas adecuadamente”.*

Referenciaba, a continuación, los principales elementos que se eliminaban de la legislación comercial para dar cumplimiento exacto a los requerimientos de la Directiva, que eran los siguientes: la licencia comercial específica previa a la licencia municipal de los grandes establecimientos comerciales; la exigencia de licencia comercial para los establecimientos inferiores a 2.500 m<sup>2</sup> de superficie útil de exposición y venta; las pruebas económicas para fundamentar la decisión de otorgamiento de la licencia comercial específica; el pago de una tasa autonómica por las licencias comerciales antes de la presentación de la solicitud; y la exigencia de autorización previa para desarrollar cualquier modalidad de ventas especiales.

Se concluía detallando el contenido a contemplar por el anteproyecto y afirmando que *“esta nueva iniciativa legislativa sobre comercio no se va a agotar en una mera adaptación de la Directiva europea de servicios, sino que aspira a convertirse en una norma de referencia para el desarrollo de la actividad comercial en Castilla-La Mancha en los años venideros, apostando por la modernización y especialización de las estructuras comerciales de nuestra Región”.*

Al emitirse el dictamen, el Consejo Consultivo, además de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, el Consejo tuvo en cuenta el proyecto de modificación de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista que se tramitaba en las Cortes Generales, con el objeto de efectuar las consideraciones de carácter esencial respecto a la regulación que pretendía establecer el Anteproyecto sobre las autorizaciones para la instalación de grandes establecimientos comerciales.

Respecto a la configuración de dichas autorizaciones comerciales contenidas en el Anteproyecto, el Consejo se detuvo en el examen de los preceptos dedicados al *“Informe Comercial”* y a los *“Grandes establecimientos comerciales”*, concluyendo con las siguientes observaciones:

1.- Para el órgano consultivo, carecía de justificación acreditada en el expediente la vinculación de la intervención del órgano competente en materia de comercio a grandes establecimientos comerciales que estuvieran identificados tan sólo por su superficie (2.500 m<sup>2</sup> o más), con total independencia de cualquier otra circunstancia. Así, se consideró en el dictamen que *“la delimitación establecida para hacer exigible el informe comercial favorable no garantiza que pueda cumplirse la finalidad (razones imperiosas de interés general) que da sentido a su existencia legal, pues lo hace eludible con el fácil recurso de disminuir un m<sup>2</sup> la superficie del establecimiento cuya instalación se pretenda, sea cual sea el territorio municipal que se elija para radicar en él el “gran establecimiento”. Cabe añadir que la definición de lo que haya de ser considerado gran establecimiento comercial quedará a la sola determinación de las Comunidades Autónomas por cuanto la norma estatal proyectada ya no incluye ninguna (en el artículo 2.3 de la Ley 7/1996 vigente, la referencia a los 2.500 m<sup>2</sup> era una determinación básica para que los establecimientos de estas dimensiones no pudieran eludir esta categorización en ninguna Comunidad Autónoma, pero en modo alguno se establecía como única)”*.

2.- En la regulación propuesta, no se identificaba con el rigor exigible el procedimiento municipal de autorización en el que se insertaría el *“Informe Comercial”*. Entendió el Consejo que *“la regulación del TRLOTAU sobre “el procedimiento general de otorgamiento de la licencia urbanística” (artículo 161), (en cuanto su obtención “legítima la ejecución de los actos y la implantación y el desarrollo de los usos y actividades correspondientes” (artículo 162) y en cuanto lleva “implícita la concesión de las restantes licencias municipales” (artículo 163), puede permitir su elección (y así parece que ha sido voluntad clara del autor de la norma en algún momento) como el procedimiento municipal más adecuado para insertar el informe comercial; máxime cuando además se regulan, por un lado, “la licencia de obras, edificación e instalación” (artículos 165 a 168) con un “procedimiento específico de otorgamiento de esta licencia” en el artículo 166; y por otro, “la licencia de uso y actividades” (artículos 169 a 171) con especificación de algunos de sus trámites y plazos. Pero tal elección, en su formulación en el texto proyectado, debe ser expresa, inequívoca, no sólo por la exigencia de seguridad jurídica en su futura aplicación, sino también porque sin ella difícilmente puede lograrse una inserción adecuada del control autorizatorio del órgano autonómico competente en comercio. Sólo a partir de esa inequívoca elección cabe formular y resolver los problemas que plantea la exigencia de un informe preceptivo y vinculante para evitar la distorsión de un procedimiento que ya cuenta con su propia regulación”*.

3.- También faltaba justificación para el Consejo la posición tomada por el órgano autonómico competente en materia de comercio en el equívoco procedimiento en el que se insertaría el informe comercial que había de emitir, fundamentalmente, y en primer término porque le haría titular de la aplicación de criterios vinculados en su competencia de modo más estricto a otros órganos autonómicos, y a los propios Municipios; y en segundo lugar, porque se ubicaría simultáneamente *“y de modo contradictorio como pórtico a “cualquier actuación urbanística” en cuanto exige que previa a ellas se solicite su informe; y como decisor final, pues el informe comercial parece ser además el último (en cuanto se le ha de adjuntar a su solicitud formalizada por la Administración Local “todos los informes medioambientales y urbanísticos recabados”), dejando además a salvo la posibilidad de dilatar el plazo de emisión de su informe con “los períodos de subsanación” por falta de documentación.”*

4.- Por último, el carácter indefinido de la autorización comercial exigido por la Directiva y por la legislación básica, no se consideró establecido en el Anteproyecto con el rigor exigible.

En conclusión, el Consejo Consultivo terminó formulando un reparo esencial al contenido procedimental del Capítulo II, del Título II del Anteproyecto, por cuanto no cumplía con las exigencias de seguridad jurídica ni con los requerimientos de la Directiva y de la legislación básica que quedaron expuestos en el dictamen

Asimismo, se efectuó una consideración de carácter general y esencial respecto a la reproducción de la normativa básica que se hacía en el articulado del anteproyecto, técnica que ha sido cuestionada por el Consejo en reiteradas ocasiones (dictamen 172/2009, de 16 de septiembre, entre otros muchos). Así en el número 31/1997, de 13 de mayo, se afirmaba, a propósito de esta cuestión, que *“[...] el Tribunal Constitucional, se ha manifestado en reiteradas ocasiones (...) contrario a dicha técnica legislativa, a la que califica de peligrosa por estar abierta a potenciales inconstitucionalidades que se producirían cuando el precepto básico reproducido pierde su vigencia o es modificado, manteniéndose la norma autonómica que lo reproducía (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 162/1996)”. Sin hacer cuestión de esta doctrina, el Consejo estima en el caso de aquel dictamen que dadas las particularidades de la normativa básica en la materia objeto del mismo (Cajas de Ahorro) podía estar justificada esa técnica en beneficio de la comprensión de la norma autonómica; lo cual no impidió al Consejo advertir que “seguida esa opción, la reproducción ha de ser rigurosa con el contenido de la norma estatal y que si bien no cabe exigir, a este respecto,*

*una transcripción literal de ésta, si es preciso que la norma autonómica incluya todos los aspectos que, sobre la materia, hayan sido declarados básicos; de otra forma si la reproducción es parcial, podría interpretarse que los aspectos de la regulación estatal no recogidos se excepcionan de su aplicación a la Comunidad Autónoma, incurriendo así en un evidente vicio de inconstitucionalidad”.*

En el texto del dictamen, en relación con el Anteproyecto examinado, consideró al respecto que *“en el presente caso se entiende justificada la opción por esta técnica en aras de lograr una mejor comprensión de la norma, el desigual modo en que ha sido aplicada en el anteproyecto no es conciliable con las exigencias de rigor y precisión propias de una norma, generando en muchos casos gran inseguridad jurídica. Así, en ocasiones se aparta de la literalidad de la norma básica, transcribiendo de modo sesgado o parcial el precepto afectado, llegando en algunos casos a alterar el sentido del mismo. En otros casos se omite completamente la referencia a los preceptos básicos sin que este Consejo acierte a comprender el criterio empleado para transcribir u omitir la normativa básica. En otras no desarrolla la norma básica a pesar del mandato que ésta contenía en tal sentido. La señalada inseguridad jurídica se ve incrementada, además, por el juego de la supletoriedad de la norma estatal a que se alude en algunos preceptos y que, lejos de aclarar la norma aplicable, no hace sino inducir a confusión al destinatario de la norma sobre la regulación que ha de regir la concreta materia de que se trate”.*

El 21 de mayo de 2010 se publicó en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha la Ley 2/2010, de 13 de mayo, de Comercio Minorista de esta comunidad.

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 2009:

**- Dictamen número 15/2009, de 25 de febrero, solicitado por la Consejería de Administraciones Públicas y Justicia, sobre el anteproyecto de Ley de Creación del Colegio Oficial de Profesionales en Ingeniería Química de Castilla-La Mancha.**

**- Dictamen número 113/2009, de 17 de junio, solicitado por la Consejería de Ordenación del Territorio y Vivienda, sobre el anteproyecto de Ley de por el que se crea la Agencia del Agua de Castilla-La Mancha.**

**- Dictamen número 179/2009, de 23 de septiembre, solicitado por la Consejería de Economía y Hacienda, sobre el anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.**

**- Dictamen número 228/2009, de 28 de octubre, solicitado por la Consejería de Administraciones Públicas y Justicia, sobre el anteproyecto de Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 206/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el Mercado Interior.**

**- Dictamen número 229/2009, de 4 de noviembre, solicitado por la Consejería de Industria, Energía y Medio Ambiente, sobre el anteproyecto de Ley de creación de las tasas exigidas por el Reglamento 1980/2000, del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de julio de 2000, para la concesión y utilización de la etiqueta ecológica en Castilla-La Mancha.**





**RESEÑA DE ACTIVIDADES DE DERECHO CONSTITUCIONAL,  
AUTONÓMICO Y PARLAMENTARIO  
(1 enero de 2009 a 31 de diciembre de 2010)**

**M<sup>a</sup>. Elena Rebato Peño**

*Profesora Titular de Derecho Constitucional de la UCLM*

**SUMARIO**

1. *Actividades sobre Derechos Fundamentales:*
  - 1.1. *XIV Jornadas de Derecho Constitucional: “Los derechos del artículo 15 CE: Constitución y Vida Humana”. Ciudad Real, 9 y 10 de marzo de 2010.*
  - 1.2. *XV Jornadas de Derecho Constitucional: “Los Derechos de la Esfera Privada”. Ciudad Real, 9 y 10 de noviembre de 2010.*
  - 1.3. *Congreso sobre el Derecho a la Información en el siglo XXI. Cuenca, 15 de diciembre de 2010*
  - 1.4. *Conferencia de D. Lucio Pegoraro. “El sentido de la palabra derechos en el derecho Comparado”. Toledo, 11 de marzo de 2011.*
  - 1.5. *Ciclo de Conferencias. “Los Derechos Fundamentales en el ámbito comunitario”.  
- Conferencia de D. Ernesto Garzón Valdés. Ciudad Real, 15 de junio de 2010.  
- Conferencia de D. Sabino Cassese. Ciudad Real, 1 de julio de 2010.*
  - 1.6. *Conferencia de D. José Luis Soberanes, ex-presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, sobre “Las garantías de los derechos en América Latina”. Toledo, 25 de octubre de 2010.*
  - 1.7. *I Seminario Interdisciplinar de Igualdad y No Discriminación: “La desigualdad como génesis de la violencia de género”. Ciudad Real, 16 y 17 de noviembre de 2010.*
  
2. *Actividades relacionadas con el Sistema Autonómico:*
  - 2.1. *I Jornadas sobre Reforma Constitucional y Reforma Estatutaria. Toledo, 22 y 23 de abril de 2009.*
  - 2.2. *XIII Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla-La Mancha: “Aspectos Fundamentales del Nuevo Estatuto”. Cuenca, 28 y 29 de abril de 2009.*
  - 2.3. *XIV Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla-La Mancha: “El sistema de distribución competencial tras las reformas estatutarias”. Cuenca, 23 y 24 de marzo de 2010.*
  - 2.4. *XIX Seminario de Estudios Autonómicos: “El actual panorama del modelo de Estado Autonómico”. Toledo, 28 y 29 de abril de 2009.*
  - 2.5. *XX Seminario de Estudios Autonómicos: “30 años de Estado Autonómico”. Toledo, 14 y 15 de abril de 2010.*
  
3. *Actividades en materia de Justicia Constitucional:*
  - 3.1. *X Jornadas de Justicia Constitucional: “Las Garantías de los Derechos”. Toledo, 3 y 4 de noviembre de 2009.*
  - 3.2. *XI Jornadas de Justicia Constitucional: “Jurisprudencia Constitucional y Estado Autonómico”. Toledo 8 y 9 de noviembre de 2010.*

## ***1. Actividades sobre Derechos Fundamentales***

A lo largo de los años 2009 y 2010 se han desarrollado en la Universidad de Castilla-La Mancha, varias actividades relacionadas con los Derechos Fundamentales de entre las que se destacan en esta crónica las Jornadas de Derecho Constitucional desarrolladas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real en marzo y en noviembre de 2010; las conferencias de D. José Luís Soberanes y de D. Lucio Pegoraro en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo en marzo de 2010; el Congreso sobre el Derecho a la Información en el siglo XXI en la Facultad de Periodismo de Cuenca en diciembre de 2010 y el Ciclo de Conferencias sobre los Derechos Fundamentales en el ámbito comunitario en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

A continuación se detalla el programa de estas actividades, junto a un pequeño comentario sobre las mismas.

### **1.1. XIV Jornadas de Derecho Constitucional: “*Los derechos del artículo 15 CE: Constitución y Vida Humana*”. Ciudad Real, 9 y 10 de marzo de 2010**

El Área de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real, continua con la línea iniciada hace más de diez años de dedicar sus ya habituales jornadas al estudio de los derechos fundamentales.

En esta ocasión la oportunidad de las Jornadas, dedicadas a los Derechos del artículo 15 de la Constitución Española, fue más que evidente, ya que se celebraron los días 9 y 10 de marzo del año 2010; apenas una semana después de la publicación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo de Salud Sexual y Reproductiva y la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

Por ello, la mencionada Ley Orgánica fue el elemento clave de referencia durante el primer día de las Jornadas, cuyas sesiones abordaron la problemática jurídica del comienzo de la vida. Sobre esta temática impartieron sus conferencias, D. Pablo Lucas Murillo de La Cueva, Catedrático de Derecho Constitucional y Magistrado del Tribunal Supremo, D. Francisco Javier Díaz Revorio, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM y D. Miguel Ángel Alegre Martínez, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de León. Cada una de las ponencias ofreció un punto de vista diferente en la interpretación de la jurisprudencia constitucional habida hasta el momento sobre el aborto, principalmente de la STC 53/1985, y el acomodo de la nueva Ley Orgánica 2/2010 a la misma. El Dr. Díaz Revorio hizo también referencia a la cuestión de los nuevos derechos en esta materia y en concreto a la Genética y a los Derechos Reproductivos desde una perspectiva estrictamente constitucional.

Si la protección de la vida en las fases previas al nacimiento ha motivado varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional y una importante polémica doctrinal al respecto; lo mismo ha ocurrido en la fase final de la misma. Por ello, el segundo día de las Jornadas, las conferencias giraron en torno al tema de la eutanasia. No existe según ha manifestado el Tribunal Constitucional, en la sentencia 120/1990 un derecho constitucionalmente reconocido a morir y sobre ello disertaron los Catedráticos de Derecho Constitucional y Magistrados del Tribunal Supremo, D. Eduardo Espín Templado y D. Luis M<sup>a</sup> Díez Picazo.

Cerró las Jornadas la intervención de D. Fernando Rey Martínez, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid, sobre la eutanasia y los derechos fundamentales que esta técnica afectaría.

### **1.2. XV Jornadas de Derecho Constitucional: “Los Derechos de la Esfera Privada”. Ciudad Real, 9 y 10 de noviembre de 2010**

Los derechos de la esfera privada, fueron el objeto de estudio de la decimoquinta edición de las Jornadas de Derecho Constitucional, que se llevan a cabo periódicamente en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real, dirigidas por D. Tomás Vidal Marín, Profesor Titular de Derecho Constitucional y coordinadas por D<sup>a</sup>. María Martín Sánchez, Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional.

Cuestiones como la protección de datos en España y la relación entre derecho a la intimidad e internet, fueron tratadas por expertos en las mismas, como D. Artemi Rallo Lombarte, Director de la Agencia Española de Protección de Datos o D. Francisco Javier Díaz Revorio, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM.

También se abordaron temas como las relaciones entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información, el “*balancing test*” que tienen que llevar a cabo los Tribunales a la hora de determinar cuál de los dos derechos prevalece en cada caso en concreto. La jurisprudencia constitucional sobre estas conflictivas relaciones entre ambos derechos fueron tratadas en la ponencia de D<sup>a</sup> Ascensión Elvira Morales, Profesora Titular de Derecho Constitucional.

No podía faltar en estas jornadas, el análisis de otro de los contenidos del artículo 18 de la Constitución española, como es el de la inviolabilidad domiciliaria, tema de la ponencia del Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM y Magistrado del Tribunal Supremo, D. Eduardo Espín Templado.

D. Luis M<sup>a</sup> Díez Picazo, Catedrático de Derecho Constitucional y Magistrado

del Tribunal Supremo analizó la intervención de las comunicaciones entre abogado y cliente, como otro de los casos en los que se limita el derecho a la intimidad de un titular en aras a garantizar la seguridad pública o el éxito de una investigación policial y/o judicial.

Una perspectiva distinta a la estrictamente constitucional, fue la utilizada por el Catedrático de Filosofía del Derecho, D. Juan Ramón de Páramo Arguelles en su conferencia sobre ética privada y virtudes públicas.

### **1.3. Congreso sobre el Derecho a la Información en el siglo XXI. Cuenca, 15 de diciembre de 2010.**

La recién inaugurada Facultad de Periodismo del Campus de Cuenca, fue la sede escogida para celebrar un Congreso Internacional sobre el Derecho a la Información en el siglo XXI.

Este acto organizado por los profesores de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Francisco Javier Díaz Revorio, D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Elena Rebato Peño y D<sup>a</sup>. Ana M<sup>a</sup>. Valero Heredia, reunió en esta jornada a diversos expertos de derecho de la información con el fin de ofrecer una visión jurídica actual del derecho a la información y el ejercicio que los medios de comunicación hacen de ella.

El Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra, D. Marc Carrillo, analizó en su intervención las líneas jurisprudenciales básicas del Tribunal Constitucional en esta materia. Por su parte, el Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos, dedicó su ponencia al examen del carácter trifonte del derecho a la información en la sociedad democrática.

El Congreso se cerró con una Mesa Redonda, moderada por la co-directora del Congreso, D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Elena Rebato Peño y en la que participaron: D. Francisco Javier Díaz Revorio, co- director del Congreso, D<sup>a</sup>. Laura Camarillo, profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Baja California, que aportó la perspectiva internacional de este derecho a la libertad de información y D. Jesús López de Lerma, Doctor en Derecho y Periodista en ejercicio, que en base a su experiencia profesional ofreció una visión práctica del ejercicio del periodismo por los profesionales de los medios de comunicación.

D<sup>a</sup>. Ana M<sup>a</sup>. Valero Heredia, profesora de Derecho Constitucional de la UCLM, y coordinadora de este evento, fue la encargada de realizar las conclusiones finales al Congreso.

**1.4. Conferencia de D. Lucio Pegoraro. “El sentido de la palabra derechos en el derecho Comparado”. Toledo, 11 de marzo de 2011**

El Área de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, organizó el 11 de marzo de 2011 la conferencia “*El sentido de la palabra derechos en el Derecho Comparado*”, a cargo del profesor ordinario de la Unidad de Bolonia, D. Lucio Pegoraro.

Su intervención destacó el distinto valor y significado que tienen los derechos en función del entorno, cultural, religioso y social en el que se encuentren reconocidos. La internalización de la vida de los Estados y de sus ciudadanos ha tenido como consecuencia la globalización de los derechos y en opinión del conferenciante ya no es posible encontrar un significado unívoco para los mismos.

A raíz de la intervención y preguntas de los alumnos que acudieron al acto, se hizo especial referencia a la libertad religiosa en las sociedades multiculturales actuales y al velo como símbolo religioso en las aulas universitarias.

**1.5. Ciclo de Conferencias. “Los Derechos Fundamentales en el ámbito comunitario”**

- Conferencia de D. Ernesto Garzón Valdés. Ciudad Real, 15 de junio de 2010

El Filósofo del Derecho argentino, D. Ernesto Garzón Valdés, fue el encargado de abrir el Ciclo de Conferencias sobre los Derechos Fundamentales en el ámbito comunitario, organizado por la Facultad de Ciencias Sociales de Ciudad Real.

En su intervención se hizo eco de la necesidad de establecer límites en las actuales democracias representativas, para evitar que estas se conviertan prácticamente en dictaduras. Estos límites consistirían fundamentalmente en restricciones al ejercicio del poder político que deberían plasmarse en los textos constitucionales.

- Conferencia de D. Sabino Cassese. Ciudad Real, 1 de julio de 2010

El 1 de julio de 2010 se celebró la segunda de las Conferencias sobre Derechos Fundamentales en el ámbito comunitario, que en esta ocasión corrió a cargo de D. Sabino Cassese, magistrado del Tribunal Constitucional italiano y doctor honoris causa por la Universidad de Castilla-La Mancha.

Aproximadamente un centenar de alumnos de Derecho, Empresariales y Relaciones Laborales, disfrutaron en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real de la magnífica intervención del maestro administrativista, sobre las nuevas y viejas dimensiones del Derecho Administrativo.

### **1.6. Conferencia de D. José Luis Soberanes, ex-presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, sobre “Las garantías de los derechos en América Latina”. Toledo, 25 de octubre de 2010**

La intensa actividad académica del Área de Derecho Constitucional de la UCLM en los países latinoamericanos, potencia los vínculos de profesores de la Universidad española con expertos juristas latinoamericanos. La visión de estos últimos es sumamente enriquecedora tanto para los juristas españoles como para los alumnos de Derecho de las universidades nacionales. Por ello, se revela como una actividad sumamente adecuada la organización de conferencias y actividades académicas de proyección internacional.

En esta línea debe enmarcarse la organización de la Conferencia de D. José Luis Soberanes, ex presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en México, sobre las garantías de los derechos en América Latina. Desde su experiencia como *Ombudsman*, puso de relieve la importancia que en todos los países y en especial en Latinoamérica tiene no solo el reconocimiento de los derechos, sino sobre todo las garantías de los mismos. Una de estas garantías es la que ofrece la institución de la Defensoría del Pueblo, que reviste formas diferentes en función del país en el que nos encontremos, pero con una misma finalidad, –defender los derechos humanos y hacer visibles las violaciones que contra los mismos se producen–.

### **1.7. I. Seminario Interdisciplinar de Igualdad y No Discriminación: “La desigualdad como génesis de la violencia de género.” Ciudad Real 16 y 17 de noviembre**

Las profesoras de las áreas de Derecho Constitucional y Derecho Penal, D<sup>a</sup>. María Martín Sánchez y D<sup>a</sup>. Cristina Rodríguez Yagüe, respectivamente; organizaron el I Seminario Multidisciplinar especializado en Igualdad y No Discriminación, que se celebró en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales durante los días 16 y 17 de noviembre.

Tras la inauguración a cargo de las directoras y autoridades académicas del campus, la Responsable del Instituto de la Mujer en Ciudad Real, D<sup>a</sup>. Teresa Olmedo, abrió el Seminario con su conferencia “*Atención a las víctimas de violencia de género en el Marco del acuerdo de Coordinación Institucional y de Aplicación de los Protocolos para la Prevención de la Violencia de Género*”.

El resto de intervenciones, corrieron a cargo de profesores pertenecientes a distintas áreas de conocimiento, especializados en las cuestiones abordadas por el Seminario. La perspectiva Sociológica del por qué de la violencia de las mujeres,

fue el núcleo de la intervención de D<sup>a</sup>. Gracia Trujillo, profesora contratada-doctora de Sociología de la UCLM, D<sup>a</sup>. Magdalena Ureña Martínez, Profesora Titular de Derecho Civil, disertó sobre las repercusiones del maltrato en el ámbito del Derecho de familia; mientras que la reflexión constitucional sobre Ley de Violencia de Género y la jurisprudencia constitucional sobre la misma correspondía a D<sup>a</sup>. Itziar Gómez, Letrada del Tribunal Constitucional y Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid y D<sup>a</sup>. María Martín Sánchez, Profesora contratada doctora de Derecho Constitucional de la UCLM.

La perspectiva penal de estas cuestiones fue abordada por D<sup>a</sup>. Cristina Rodríguez Yagüe, Profesora contratada doctora de Derecho Penal; la laboral por D<sup>a</sup>. Nunzia Catelli, Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo de la UCLM y la procesal por D. Juan Carlos Ortiz Pradillo, Profesor Contratado Doctor de Derecho Procesal de la UCLM.

## *2. Actividades relacionadas con el Sistema Autonómico*

Casi treinta años después de la creación del Estado Autonómico, la complejidad de las últimas reformas estatutarias producidas incita a los académicos e investigadores al análisis de la revisión del modelo de distribución territorial del poder establecido inicialmente en la Constitución.

Muestra de ello es la gran cantidad de jornadas y seminarios que se han organizado en los dos últimos años en la UCLM y a las que ahora hacemos referencia.

### **2.1. I Jornadas sobre Reforma Constitucional y Reforma Estatutaria. Toledo, 22 y 23 de abril de 2009**

Tal y como se ha afirmado en la introducción a esta sección la cuestión de la reforma estatutaria es un tema recurrente entre los principales grupos investigadores de todas las Universidades.

En este contexto, las áreas de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha y de la Universidad Carlos III de Madrid, organizaron las I Jornadas sobre Reforma Constitucional y Reforma Estatutaria que se llevaron a cabo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo durante los días 22 y 23 de abril de 2009.

Dichas Jornadas constituyeron el foro adecuado para la exposición de las investigaciones y las conclusiones finales a las que habían llegado los investigado-



res que formaban parte de un proyecto financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia con el título “*Reforma de la Constitución y Reforma de los Estatutos*” SEJ 2006-15337-C02-01 JURI.

Por tanto y a diferencia de otras actividades que se reseñan aquí, no se trataba de una actividad orientada al alumnado de la Facultad que acogió el evento, sino más bien de un seminario científico en el que participaron únicamente docentes e investigadores de Derecho Constitucional.

El encuentro se organizó por la Universidad Rey Juan Carlos, Universidad de Castilla-La Mancha, *Center for Constitutional Studies and Democratic Development*, de la *Facultad di Giurisprudenza de la Universidad de Bolonia* y de la *Bologna Center de la Johns Hopkins University*, con el aval de la Asociación de Constitucionalistas de España.

En las sesiones de mañana de ambos días, tuvieron lugar diversas ponencias a cargo de los Catedráticos de Derecho Constitucional: D. Raúl Canosa Usera, de la Universidad Complutense de Madrid; D. Antonio Torres del Moral, de la Universidad Nacional de Educación a Distancia; D. Alfonso Fernández Miranda, de la Universidad Complutense de Madrid y D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, de la Universidad de Córdoba y actual Magistrado del Tribunal Supremo.

Todos ellos analizaron la cuestión de las reformas estatutarias, bien desde una perspectiva general o bien desde una más particular en relación con cuestiones concretas, como las declaraciones de derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía; y de la reforma de determinadas partes del texto constitucional español, como por ejemplo el Título II, dedicado a la regulación de la Corona.

Completaron las intervenciones matutinas, la presentación de diversas comunicaciones a cargo de los relatores D<sup>a</sup>. Esther González Hernández, Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos y D. Tomás Vidal Marín, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Las sesiones de tarde estuvieron dedicadas a sendas mesas redondas. El primer día la Mesa Redonda, moderada por D<sup>a</sup>. Florentina Navas Castillo, Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos, se dedicó al análisis de la reforma estatutaria en Italia y España. Intervinieron, D. Lucio Pegoraro, Profesor Ordinario de Derecho Comparado de la Universidad de Bolonia; D. Giovanni Tarli Barbieri, Profesor extraordinario de Derecho Constitucional de

la Universidad de Florencia; D. David Ortega Gutierrez, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid; D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Elena Rebato Peño, Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha y D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Aranzazu Moretón, Profesora Asociada de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid.

La Mesa Redonda, que sirvió de cierre a las Jornadas, trató la cuestión del horizonte de la reforma constitucional en España y fue moderada por D. Francisco Javier Díaz Revorio, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la UCLM. Al igual que la tarde anterior, en ella intervinieron los siguientes profesores titulares de Derecho Constitucional: D.<sup>a</sup> M<sup>a</sup>. Jesús García Morales, de la Universidad Autónoma de Barcelona; D. Enrique Belda Pérez- Pedrero, de la Universidad de Castilla- La Mancha; D<sup>a</sup>. Camino Vidal Fuego, de la Universidad de Burgos; D. José Manuel Vera Santos, de la Universidad Rey Juan Carlos y D<sup>a</sup>. Rosario Tur, de la Universidad Miguel Hernández de Elche.

## **2.2. XIII. Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla-La Mancha: “Aspectos Fundamentales del Nuevo Estatuto”. Cuenca, 28 y 29 de abril de 2009**

La Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca acogió un curso académico más, las Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla- La Mancha, que en esta ocasión se dedicaban a analizar los Aspectos Fundamentales del Nuevo Estatuto de Castilla-La Mancha, pendiente en esos momentos de su aprobación final en las Cortes Generales.

Las Jornadas, dirigidas por D. Francisco Javier Díaz Revorio, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM y D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Elena Rebato Peño, Profesora Titular, se desarrollaron durante los días 28 y 29 de abril y estaban dirigidas a estudiantes, licenciados y diplomados en Derecho, Administración y Dirección de Empresas y Relaciones Laborales, así como a funcionarios de la Administración Pública.

El tema de la reforma estatutaria ha sido objeto de un análisis recurrente en todas las Universidades españolas y en concreto en la Universidad de Castilla-La Mancha, como puede observarse en esta reseña de actividades. No obstante, en el caso de las Jornadas celebradas en el campus de Cuenca, el debate se ha centrado en el proyecto de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla- La Mancha, que en esos momentos se estaba debatiendo en las Cortes.<sup>1</sup>

1. En el momento de publicarse esta reseña el proyecto de reforma estatutaria de Castilla-La Mancha, que estaba pendiente de su aprobación final, ha sido devuelto a las Cortes Regionales de Castilla-La Mancha tras la solicitud de devolución del proyecto al no haber acuerdo sobre la redacción del texto final del mismo.

Tal y como es preceptivo en este tipo de Jornadas la sesión inicial, que corrió a cargo de D. Eduardo Espín Templado, Catedrático de Derecho Constitucional y Magistrado del Supremo, tuvo un carácter general y analizó la situación actual del Estado Autonómico después de la oleada de reformas estatutarias que se han producido en los últimos años.

El resto de ponencias abordaron aspectos más concretos del proyecto de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, pendiente aún de aprobación final en las Cortes; pero siempre en relación y en el marco de los nuevos Estatutos de Autonomía que se han aprobado.

Así el co-director de las Jornadas dedicó su intervención al examen de una parte concreta de los Estatutos, el Preámbulo y Título Preliminar. Ambas partes contienen importantes declaraciones de intenciones y enumeraciones de principios. No obstante la principal dificultad respecto de las mismas, radica tal y como afirmó el ponente en determinar si tienen o no valor normativo.

Sin lugar a dudas, la política del agua en los nuevos Estatutos y en concreto en la propuesta de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, suscitó gran interés entre los asistentes a las Jornadas y fue el objeto central de debate en la Mesa Redonda que cerró el primer día de las Jornadas y en la que participaron los co-directores de las Jornadas, y la secretaria de las mismas, D<sup>a</sup>. Ana Valero Heredia, Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional.

El último día de las Jornadas intervinieron D. Tomás Vidal Marín, Profesor Titular de Derecho Constitucional, en relación al tema de la financiación autonómica en los nuevos Estatutos de Autonomía; y D. Luis Aguiar de Luque, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid, con su conferencia sobre la Justicia en los Estatutos de Autonomía.

### **2.3. XIV Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla-La Mancha: “*El sistema de distribución competencial tras las reformas estatutarias*”. Cuenca, 23 y 24 de marzo de 2010**

El sistema de distribución competencial tras las importantes y complejas reformas estatutarias acaecidas en nuestro país desde el año 2005, fue el tema elegido por los directores de las Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla-La Mancha, los profesores de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha, D. Francisco Javier Díaz Revorio y D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Elena Rebato Peño.

Como en ocasiones anteriores, el curso dirigido principalmente a estudiantes

de Derecho, Administración y Dirección de Empresas y Relaciones Laborales, tuvo una gran acogida durante todo su desarrollo.

A lo largo de seis sesiones, los ponentes participantes en las Jornadas transmitieron a todos los allí presentes, las consecuencias que las reformas de algunos Estatutos de Autonomía, en especial de la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, han tenido en el hasta ahora sistema de distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

De este modo, tal y como señalaron algunos ponentes, como el Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela, D. Roberto Blanco Valdés, D. Joan Vintró Castells, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona o D. Enrique Belda Pérez- Pedrero, Consejero Consultivo de Castilla-La Mancha y Profesor Titular de la UCLM; determinadas reformas estatutarias han modificado el significado que hasta ahora tenían los conceptos de “legislación básica” y la “legislación de desarrollo” y que venía siendo avalada por la doctrina del Tribunal Constitucional. En definitiva, afirmaron que la reforma de los textos estatutarios había supuesto importantes cambios en las competencias autonómicas entre otras, en materias de técnica legislativa por ejemplo y habían modificado los criterios de reparto competencial.

El sistema competencial del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, fue objeto de una ponencia específica, a cargo del co-director de las Jornadas, el Catedrático de Derecho Constitucional, D. Francisco Javier Díaz Revorio. Se analizaron pormenorizadamente las líneas básicas del sistema competencial castellano-manchego, tal y como aparecían diseñadas en el proyecto de reforma estatutaria que en esos momentos se encontraba en tramitación en las Cortes Generales.

La Justicia en los nuevos Estatutos de Autonomía y la creación de los Consejos de Justicia Autonómico, fueron el tema de la intervención de D. Eduardo Espín Templado, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM y Magistrado del Tribunal Supremo.

#### **2.4. XIX Seminario de Estudios Autonómicos: “*El actual panorama del modelo de Estado Autonómico*”. Toledo, 28 y 29 de abril de 2009**

El Salón de Actos del Palacio del Cardenal Lorenzana de Toledo, fue la sede un año más de este Seminario dedicado en exclusiva al estudio del Estado Autonómico. En esta ocasión el mismo pudo seguirse por videoconferencia en todos los campus de la Universidad de Castilla-La Mancha, facilitando así la difusión de esta actividad científica y académica entre todos los miembros de la comunidad universitaria.

Dado que la mayor parte de las Comunidades Autónomas que integran el Estado han procedido a reformar su Estatuto, la decimonovena edición de este Seminario, se dedicó casi en su totalidad al análisis de estos nuevos Estatutos de Autonomía, por parte de juristas de reconocido prestigio. D. Joaquín Tornos Más, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona, intervino sobre la situación del Estatuto de Autonomía de Cataluña; D. Francisco Balaguer, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, sobre el Estatuto de Autonomía de Andalucía; D. José Tudela, Letrado de las Cortes de Aragón, en relación al Estatuto de Autonomía de Aragón y D. Tomás Quintana, Catedrático de Derecho Administrativo, sobre el Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

No faltó tampoco la cuestión de la financiación autonómica, a cargo de D. Juan Zornoza, Catedrático de Derecho Financiero de la Universidad Carlos III de Madrid; la reforma de la Ley de Bases del Régimen Local, por D. Francisco Velasco, Profesor Titular de Derecho Administrativo o un panorama general sobre el modelo de Estado Autonómico, a cargo del director de las Jornadas, D. Luis Ortega Álvarez, Magistrado del Tribunal Constitucional y Catedrático de Derecho Administrativo de la UCLM.

### **2.5. XX Seminario de Estudios Autonómicos: “30 años de Estado Autonómico”. Toledo, 14 y 15 de abril de 2010**

La vigésima edición del Seminario de Estudios Autonómicos, dirigido por D. Luis Ortega Álvarez, Magistrado del Tribunal Constitucional y Catedrático de Derecho Administrativo, reflexionó durante los días 14 y 15 de abril sobre los treinta años de descentralización política.

Este Seminario ofrece un programa completo sobre la temática señalada y que cuenta con intervenciones más generales y otras más sectoriales en función de la actualidad.

Así, mientras los catedráticos de Derecho Constitucional, D. Juan J. Solozabal Echevarría, de la Universidad Autónoma de Madrid; D. Javier García Roca, de la Universidad Complutense de Madrid, o D. Manuel Medina, de la Universidad de Sevilla, trataban temas generalistas y clásicos en la disciplina como los treinta años del modelo autonómico y la doctrina del Tribunal Constitucional, o la financiación autonómica; D. Joaquín Tornos, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona y D. Francisco Balaguer, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, intervenían en relación a cuestiones más concretas y de actualidad como las aportaciones de Cataluña y Andalucía a la descentralización política española.

En el transcurso de las Jornadas, el director de las mismas, el profesor Luis Ortega recibió el reconocimiento y homenaje de la comunidad universitaria por su dedicación e impulso para con estas actividades docentes.

### *3. Actividades en materia de Justicia Constitucional*

#### **3.1. X Jornadas de Justicia Constitucional: “Las Garantías de los Derechos”. Toledo, 3 y 4 de noviembre de 2009**

Treinta años después de que el Tribunal Constitucional fuese previsto y regulado en la Constitución española, las Jornadas de Justicia Constitucional que se celebran periódicamente en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, se dedicaron en esta ocasión a realizar un balance global de la actividad de la justicia constitucional en España en general y en particular al análisis de la garantía de los derechos tras la reforma introducida en el año 2007 en el amparo constitucional.

Las Jornadas, dirigidas por D. Francisco Javier Díaz Revorio, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM y bajo la secretaría de D<sup>a</sup>. María Martín Sánchez, Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional, se desarrollaron a lo largo de los días 3 y 4 de noviembre y contaron con alrededor de 150 participantes entre estudiantes y profesionales del sector jurídico.

Tras la inauguración de las Jornadas por el director de las mismas y por el decano de la Facultad, D. Pedro J. Carrasco Parrilla, la primera intervención correspondió al Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Eduardo Espín Templado. En su ponencia se trazaron las líneas generales de la función de garante de los derechos del Tribunal Constitucional, al tiempo que se realizaba un balance de estas tres décadas de funcionamiento del Tribunal Constitucional como órgano resolutor de amparos.

Las intervenciones de los Catedráticos de Derecho Constitucional, D. Manuel Pulido Quecedo de la Universidad de Navarra y D. Javier Jiménez Campo, Secretario General del Tribunal Constitucional, tuvieron un carácter más específico y se dedicaron al estudio del significado de “la trascendencia constitucional”, como nueva causa de admisibilidad en el recurso de amparo, después de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; y de la sentencia en el Recurso de Amparo y sus efectos, respectivamente.

Sin lugar a dudas la perspectiva exclusivamente nacional en la garantía de los derechos no ofrecería una visión completa del sistema de protección de los mismos

en España y por ello el segundo día de las Jornadas tuvo un carácter más internacional, haciéndose referencia a la garantía regional e incluso universal de los derechos.

De este modo, la Profesora Titular de Derecho Constitucional, D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Elena Rebato Peño, realizó un exhaustivo análisis del significado y procedimiento del recurso para la defensa de los derechos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y D. Tomás Vidal Marín, continuó con esta perspectiva, pero en relación a las competencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de derechos fundamentales.

Por último el Catedrático de Derecho Constitucional, D. Roberto Romboli de la Universidad de Pisa, intervino en relación a la garantía jurisdiccional de los derechos en el sistema italiano.

Todas estas sesiones fueron completadas con comunicaciones sobre aspectos relacionados con las ponencias, que corrieron a cargo de profesores colaboradores del Área de Derecho Constitucional.

### **3.2. XI Jornadas de Justicia Constitucional: “*Jurisprudencia Constitucional y Estado Autonomico*”. Toledo 8 y 9 de noviembre de 2010**

Los días 8 y 9 de noviembre de 2010 se desarrolló en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, la undécima edición de las Jornadas de Justicia Constitucional, que en esta ocasión se dedicaron a analizar el papel del Tribunal Constitucional en la construcción y redefinición del Estado Autonomico.

Tal y como señaló el director de estas Jornadas, D. Francisco Javier Díaz Revorio, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha, es necesario que en temas como el Estado Autonomico, se consiga el equilibrio entre los puntos de vista doctrinal y jurisprudencial, ya que la contribución de la doctrina constitucional es “*enormemente significativa y absolutamente imprescindible para entender el diseño del Estado Autonomico desde el punto de vista competencial, institucional y estructural*”. A este objetivo intentarán responder estas Jornadas.

El Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Eduardo Espín Templado, revisó la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de justicia y Comunidades Autónomas. Sobre esta cuestión volverá a incidir también el Magistrado del Tribunal Constitucional y Catedrático de Derecho Constitucional, D. Pablo Pérez Tremps.

Pero sin lugar a dudas el “*leading case*” de esta edición será la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, que fue analizada en tres de las ponencias de estas Jornadas, aunque desde diferentes perspectivas.

El Magistrado del Tribunal Constitucional y Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha, D. Luis Ortega Álvarez, disertó en torno a la distribución competencial bases-desarrollo a partir del Estatuto de Cataluña; mientras que el Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, D. Enrique Álvarez Conde, se centró en las repercusiones que la sentencia sobre el Estatuto tendrían en el modelo territorial español. La perspectiva o visión catalanista correspondió a la intervención del Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona, D. Joan Vintró Castells.

El cierre de las Jornadas correspondió al Vocal del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha y Profesor Titular de Derecho Constitucional, D. Enrique Belda Pérez Pedrero, con una ponencia sobre la jurisprudencia constitucional y sus efectos sobre el territorio.





---

---

## IV. RECENSIONES

---

---

### SUMARIO

- **Santiago Sastre Ariza**, “La Constitución y el ocaso del positivismo jurídico”
- **María Macías Jara**, “Cartografías de la igualdad. Ciudadanías e identidades en las democracias contemporáneas”



# LA CONSTITUCIÓN Y EL OCASO DEL POSITIVISMO JURÍDICO

**Santiago Sastre Ariza**

*Profesor Titular de Filosofía del Derecho  
Universidad de Castilla-La Mancha*

**Alfonso García Figueroa**

*Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*

I

No parece que podamos presentar el Derecho como si se tratase de un objeto; como si fuera, por ejemplo, un libro o una silla. Tampoco podemos personificarlo en alguien, como le sucedió al Estado en aquella célebre sentencia (*L'Etat c'est moi*) de Luis XIV. El Derecho forma parte del mundo de las ciencias sociales y se desarrolla en una práctica en la que nos vemos inmersos todos, de modo que todos, de algún modo, participamos también en la construcción de la realidad jurídica. Cuando se afirma que el Derecho es una práctica social se pone el acento en que el Derecho no está hecho de *una sola pasta*, sino que se compone de una especie de argamasa en la que intervienen convenciones, comportamientos, criterios morales, decisiones, significados, etc. Y es innegable que en esa práctica desempeñan un papel fundamental dos protagonistas: las leyes y las autoridades (tanto las que crean como las que aplican las leyes). Estas dos parecen ser las que dan sabor al *guiso* del Derecho.

Si esto es así, queda fuera de toda duda que el Derecho es un fenómeno complejo que presenta muchas caras. Es como una montaña que ofrece muchas rutas. Así, algunos han puesto el acento en la justicia, pues el sentido del Derecho no es otro que tratar de resolver los conflictos o establecer un orden de convivencia que sea justo. Otros han insistido en que lo importante es la aplicación, poniendo en un primer plano las decisiones jurisdiccionales (a ver qué ideología o de *qué pie cojea* este juez). Otros destacan la visión del Derecho como un conjunto de normas más o menos armónico, de modo que resulta clave conocer los tipos de normas y las relaciones que mantienen dentro de esa variopinta familia. Otros, ya en una etapa más reciente, han abierto una nueva ruta: contemplar el Derecho desde dentro, a la luz que quiénes participan en la construcción de esa práctica tratando de ajustar su comportamiento a lo que establecen las normas (a esto se alude con la idea del punto de vista interno, que fue incorporada por Hart en el ámbito jurídico)<sup>1</sup>.

Por eso es realmente difícil, por la posibilidad de incurrir en el peligro de ser reduccionista, acercarse al Derecho con el ánimo de ofrecer una visión que

1. H.L.A. Hart, *El concepto de Derecho* (1961), trad. G. Carrió, Editora Nacional, México, 1980.

aglutine todos estos aspectos. Por eso ha habido quien ha sostenido que no es conveniente hablar de una definición de Derecho (a la que son tan proclives quienes piensan que *anda por ahí danzando* la naturaleza del Derecho), ya que no existe algo así como una esencia del Derecho que pueda ser recogida o capturada a través de las palabras. Por eso tiene interés aludir a un pluralismo de definiciones de Derecho (la del gobernante, la del sociólogo, la del ciudadano, la del abogado, la del profesor de Derecho, etc), porque sólo así, teniendo en cuenta las diferentes perspectivas desde las que puede ser enfocado o vivido, podremos dar cuenta de esa realidad compleja que constituye el Derecho.

Pero si han existido en la cultura jurídica dos rutas que han gozado de mucho éxito o han sido muy transitadas para abordar el análisis jurídico éstas han sido el iusnaturalismo y el positivismo jurídico. El iusnaturalismo, con su defensa de un Derecho natural, ha insistido en que el Derecho no está sólo: que debe tener en cuenta otros criterios (por ejemplo, impresos en el orden de la naturaleza o derivados de la voluntad divina o de la moralidad) que dan contenido a la justicia, que es un ingrediente fundamental o necesario del Derecho. El positivismo jurídico, dejando el Derecho en manos de los hombres, ha puesto el acento en que el Derecho es fruto de la voluntad humana y que tiene mucho que ver con el *ordeno y mando*: con la fuerza o con el poder. Si el Derecho es creado por los hombres entonces se caracteriza por su falibilidad técnica (es decir, por tener fallos, como las contradicciones entre normas y las lagunas) y su falibilidad moral (es decir, porque puede contener normas injustas)<sup>2</sup>. Estos dos enfoques, a veces con algunas variantes, han dominado gran parte de la historia de la reflexión jurídica. El iusnaturalismo ha sido la corriente que ha predominado durante más tiempo en nuestra cultura jurídica, mientras que el positivismo jurídico *entró en escena* mucho más tarde y ha sido algo así como *el último emperador*, pues ha sido la tendencia hegemónica en los últimos años.

Desde luego que se puede afirmar que el positivismo ha remarcado algo que parece muy difícil negar a estas alturas: que el Derecho es un orden social vinculado a unas pautas creadas por determinadas autoridades (como el caso de las leyes) y por ciertos comportamientos humanos (como el caso de las costumbres). Esto, si se me permite la expresión, *va a misa*. Pero en su esfuerzo por ofrecer una visión empírica o lo más ajustada a cómo son las cosas el positivismo también ha cometido desviaciones por exceso y por defecto. Por exceso porque a veces ha

2. Así lo plantea precisamente A. García Figueroa, “La tesis del caso especial y el positivismo jurídico”, *Doxa*, 22, 1999, págs. 195-220, págs. 202 s.

ofrecido una visión un poco idílica del Derecho (mostrándolo como una obra de orfebrería del legislador, es decir, como un sistema sin lagunas, sin contradicciones y sin redundancias) y también de los operadores jurídicos (especialmente de los jueces, a quienes se consideraban *bocas mudas* que se limitaban a aplicar de forma neutral las normas jurídicas). Por defecto porque en su afán por presentar al Derecho como un fenómeno empírico se ha intentado aislar al Derecho de la moralidad (esgrimiendo una especie de *vade retro* a la presencia de la subjetividad) a toda costa.

La teoría de Kelsen representa acaso el mayor esfuerzo por *envasar* el Derecho *al vacío*, aislándolo ya no sólo de la moral, sino también ¡del mundo de los hechos sociales!, pues el autor de la célebre *Teoría Pura del Derecho*<sup>3</sup> mantenía que la ciencia jurídica se ocupaba de unos hechos distintos de los que se afanaba en estudiar la sociología, pues todo lo que tocaba el Derecho no se convertía en oro, sino que ingresaba en ese nuevo mundo jurídico que es *el mundo del deber ser*. Desde luego que si el Derecho es un hecho social tiene que estar impregnado de elementos que provienen o tienen que ver con la moralidad y de hechos “normales”, es decir, con comportamientos o actuaciones que hacen las personas.

## II

Es indudable que el Derecho ha ido cambiando y también (a veces un poco a remolque) se ha ido modificando la visión que la ciencia jurídica ofrecía del Derecho. Precisamente ahora nos hallamos inmersos en un debate en el que se insiste en que nos encontramos ante un nuevo paradigma jurídico al que se denomina neoconstitucionalismo<sup>4</sup>. Para algunos autores este cambio parece tener consecuencias muy importantes para nuestra comprensión del Derecho y, por ello, para las categorías conceptuales y herramientas teóricas que empleamos para dar noticia de él.

Obviamente, el fenómeno de las constituciones no es nuevo. Lo que se quiere presentar como algo nuevo es la aparición, después de la segunda guerra mundial más o menos, de constituciones escritas dotadas con esa especial resistencia que se manifiesta en su condición de ser rígidas (frente a la legislación ordina-

3. Kelsen pensaba que los juristas podían seguir siendo plenamente científicos incluso en la tarea de interpretar las normas si se limitaban a enumerar los posibles significados que admitía cada norma, H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho* (1960), trad. R.J. Vernengo, UNAM, México, 1986.

4. *Vid.* los trabajos que aparecen en el volumen M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003. También M. Atienza, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, págs. 309 y ss.

ria), y de estar garantizadas (son salvaguardadas por el sistema de control de constitucionalidad de las leyes)<sup>5</sup>. Por supuesto, las constituciones, que presentan una fuerte carga axiológica al incorporar los derechos fundamentales, tienen un carácter vinculante. Esto significa que no son un puñado de buenas intenciones, sino que valen de verdad, que son auténtico Derecho. Desde luego que es problemático debatir si se ha producido o no esa transformación tan contundente a la que alude el neoconstitucionalismo, pero de lo que no cabe duda es que lo que sí ha cambiado, y mucho, es la percepción que los teóricos del Derecho tienen del fenómeno jurídico.

Es en estas coordenadas teóricas donde se inscribe el libro *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos* de Alfonso García Figueroa que acaba de aparecer<sup>6</sup>. Pretende ofrecer una teoría que tenga en cuenta los principales interrogantes y cuestiones que nos ofrece este fenómeno de la constitucionalización de los Derechos. En la enjundiosa introducción de este libro el autor confiesa sin ambages que se ha ido apartando paulatinamente —como lo han puesto de manifiesto los artículos que han precedido a la publicación de esta obra— de lo que defendió en su primer libro, *Principios y positivismo jurídico* (1998)<sup>7</sup>, que recogía la que fue su tesis doctoral. Es decir, el autor ha tenido su propia conversión en su personal caída del caballo camino de *un Damasco* que es el Estado constitucional contemporáneo. Desde luego que someter a revisión las propias ideas siempre supone un notable esfuerzo de humildad, que era una de las condiciones que exigía Sócrates para adentrarse en las peripecias del conocer. Y la posibilidad de cambiar de parecer es una tarea que encaja perfectamente con esa especie de darwinismo que debe inspirar el trabajo científico.

Alfonso García Figueroa destaca que la concepción del Derecho implícita en el constitucionalismo contemporáneo ha puesto de relieve que la disputa entre iuspositivistas y positivistas carece de relevancia. Realmente no tiene mucho sen-

5. Fioravanti considera que estas constituciones “representan el intento de recomponer la gran fractura entre democracia y constitucionalismo”. En efecto, si se tiene en cuenta la historia del constitucionalismo parece que la tradición “había obligado a todos a situarse de una parte o de otra: con el pueblo soberano, y así contra la misma idea de una ley fundamental vinculante para el futuro, o con la constitución como límite, como ideal de estabilidad y reequilibrio, y así contra la desmedida y amenazante idea del pueblo soberano”, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días* (1999), trad. M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2001. Vid. L. Prieto, *Justicia constitucional y democracia*, Trotta, Madrid, 2003.

6. A. García Figueroa, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009.

7. A. García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.



tido insistir en ofrecer una visión neutral o aséptica del Derecho (como haría el positivismo) cuando aquel está inundado de contenidos morales, como son los derechos, principios y valores constitucionales. Y tampoco tiene mucho interés remontarse hasta un Derecho más allá o fuera de las fronteras de las Constituciones (como haría el iusnaturalismo) cuando en los derechos y principios constitucionales están los principales ingredientes morales que suelen dotar de contenido a la moralidad. Precisamente los derechos fundamentales son esas criaturas de la moralidad a las que alude el título del libro.

Desgraciadamente, a veces la discusión jurídica se ha enredado en las etiquetas, en clasificar a los autores –muchas veces injustamente– en positivistas o iusnaturalistas. Para rematar este afán clasificatorio se ha intentado dar cobertura dentro de estas distinciones a planteamientos que iban unos metros más allá o más acá de la pretendida ortodoxia. Así han surgido diferentes versiones de iusnaturalismo y también de positivismo. Y esta discusión ha hecho que nos fijemos muchas veces *más en la mano que en lo que señala la mano*. A mí me parece que una de las virtudes de este libro consiste en que dice abiertamente esto: que los moldes a veces estrictos y a veces cambiantes de las posiciones del iusnaturalismo y del positivismo se han quedado viejos, que ya están obsoletos o *demodés*. Valieron, eso sí, y tuvieron su función en la discusión jurídica en un momento histórico determinado. Pero ahora, con su afán clasificatorio, entorpecen más que aclaran la discusión y, lo que es peor, no son útiles para dar cuenta del Derecho que caracteriza al Estado constitucional de Derecho.

Si tuviera que decir hacia qué lado se inclina este libro a modo de pista para aclarar más al lector, y sería recaer en ese aburrido esfuerzo clasificatorio que acabo de criticar, diría que hay en sus páginas sobre todo una actitud postpositivista. La moral tiene que ver con los contenidos de las normas y se construye, entre todos, a partir del debate y de unos procedimientos. El Derecho constituye una práctica institucional abierta a la moral, ya sea por su función (justificar comportamientos y decisiones), por su contenido (las normas constitucionales tienen un contenido moral) y por su estructura (porque no sabemos con exactitud los casos de aplicación de las normas). Pero estas etiquetas son injustas y, además, no describen bien o no se ajustan a lo que podemos encontrar en las páginas del libro.

### III

Quizá el nervio principal de *Criaturas de la moralidad* consiste en sostener básicamente dos ideas. La primera se sitúa en un nivel jurídico: el constitucionalismo ha acercado el Derecho a la moral. La segunda se refiere al plano moral: el

constructivismo de corte dialógico, que es la postura moral que en opinión del autor mejor encaja en nuestras sociedades pluralistas o multiculturales, ha acercado la moral al Derecho, concretamente, al proceso democrático, que se articula en la forma de un procedimiento gobernado por ciertas condiciones ideales. Vayamos por partes.

Es indudable que el constitucionalismo ha acercado el Derecho a la moral. Desde luego que el foco de esa moralidad lo constituyen básicamente los derechos fundamentales, que son “las criaturas más bellas del ordenamiento jurídico” (pág. 25)<sup>8</sup> y constituyen el “alma ética” de la Constitución (pág. 77). La Constitución se sitúa en la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico y, como sucede en las fuentes de varios pisos, se derrama y se concreta y empapa los niveles inferiores (las leyes, los reglamentos) del sistema jurídico<sup>9</sup>. Desde luego que saber lo que exige la dignidad, la libertad y la igualdad no es nada fácil. Tienen el privilegio de vivir ahí, en el primer piso del Derecho que es la Constitución, sí, y además influyen decisivamente en los vecinos de abajo, por su especial rango, sí, pero no sabemos bien cuál es su contenido. O mejor: para acercarnos a su significado al final habrá que realizar elecciones (elegiremos esta interpretación o esta otra), lo que significa que habrá que llamar inevitablemente a un nuevo vecino: la moral, porque habrá que elegir entre convenciones lingüísticas que nos ayuden a perfilar el significado.

Hasta ahí bien. Ya a un positivista esto le pondría los pelos de punta porque es verdad que revestir al jurista con un halo de cientificidad pretendiendo que se limite a describir el Derecho y dar cuenta de su contenido de forma neutral, igual que un biólogo coloca una rana (antes ha debido manejar un concepto de rana, claro está) en su mesa de trabajo y la disecciona, resulta extraño. Extraño y además aburrido. Pero Alfonso García Figueroa da un paso más. No piensa sólo que el Derecho y la moral guardan alguna conexión por vía de la interpretación, sino que la moral y el Derecho tienen un fuerte parentesco: están unificados en la razón práctica, de modo que son una especie de *continuum*. Y es a partir de aquí donde ya aparecen mis principales dudas.

8. Alfonso García Figueroa ya profundizó en el tema de los derechos humanos, en concreto sobre su posible aplicación a los androides, en el simpático volumen, que incluye una conferencia de Robert Alexy, *Star Trek y los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

9. Quizá el autor que mejor ha desarrollado las consecuencias de esta visión de la Constitución como un Derecho que opera sobre el propio Derecho es L. Ferrajoli. Vid. su volumen *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y democracia*, trad. A. Greppi, Trotta, Madrid, 2006. Vid. los trabajos que figuran en G. Marcilla (ed.), *Constitucionalismo y garantismo*, Universidad del Externado, Bogotá, Colombia, 2009.

Desde luego que pensar que la moral y el Derecho son lo mismo resulta un poco extraño y *a priori* choca con nuestras intuiciones. En el Derecho hay policías, hay cárceles, hay multas, hay impuestos... A esto se alude cuando se dice que el Derecho, a diferencia de la moral, tiene un andamiaje institucional más articulado para imponer sus normas por las buenas o por las malas. Desde luego que tanto el Derecho como la moral aspiran a introducirse en el razonamiento de los ciudadanos, a quienes se dirigen las normas con el ánimo de justificar y explicar su comportamiento. Que el legislador aspire a dictar las normas con el ánimo de que los ciudadanos justifiquen su comportamiento parece entrar dentro del juego de lo que significa legislar. Pero creo que es dar un salto en la argumentación considerar que las normas incorporan por ello una disposición a la corrección moral hasta el punto de que las normas extremadamente injustas no forman parte del Derecho (una tesis que ha sido defendida, de diferente modo, por autores como Radbruch, Fuller y Alexy). Quizá para el que las padece tenga sentido pensar que esas normas no son en realidad jurídicas (aunque de poco le valdrá, pues se las terminarán aplicando) pero para el que se sitúa desde fuera de ese Derecho, si pretende describir el Derecho, tendrá que afirmar que esas normas en realidad, aunque le repugnen o mal que le pese, si cumplen con los requisitos de validez establecidos en ese sistema jurídico, son Derecho. ¿Por qué manejar un único concepto de Derecho en el que se privilegia la tarea de justificación de comportamientos que pretenden las normas jurídicas? ¿Por qué definir el Derecho sólo desde el presunto interés o esfuerzo que realiza el legislador con el ánimo de que las normas jurídicas formen parte del discurso justificatorio de los ciudadanos? Si la tesis consiste en afirmar que el legislador intenta crear normas justas no parece haber problema, aunque desde luego estaríamos manteniendo tal vez un elevado optimismo en la función legislativa. También el carnicero debería partir bien los filetes y el pescadero debería limpiarme bien los boquerones. Pero eso no significa que siempre lo haga. Y cuando no lo hace, del mismo modo que los filetes y los boquerones siguen siendo filetes y boquerones (y me los comeré igual) podríamos pensar que esas normas defectuosas (por injustas) siguen siendo normas jurídicas, aunque las normas jurídicas tengan una mayor repercusión social que los boquerones y los filetes que acabo de comprar.

Por todo ello no entiendo bien de qué modo esas normas injustas (sí, minoritarias, pero *haberlas haylas*) por medio de qué mecanismo de enganche de la actividad del legislador con la razón práctica no cuentan como Derecho. Y confieso que me gustaría que esas normas injustas fueran directamente al cubo de la basura como si tuvieran un defecto de fábrica.

El fin de la conexión justificatoria que plantea el autor tiene, por tanto, un final que se puede intuir: el pez más grande se come al pez más chico, es decir, el De-

recho termina por ser engullido por la moral. Es verdad que el autor destaca que aunque la dimensión justificatoria conecta el Derecho con la moral, sin embargo el razonamiento jurídico no se fusiona con el razonamiento moral, pues mantiene su sentido debido al carácter institucional del Derecho. Para ello recurre a dos ejemplos ingeniosos: es posible distinguir una caja de detergente de otra exactamente igual que figura en una obra de Andy Warhol y también cabe reconocer que Venus es el lucero del alba pero también es el lucero del atardecer<sup>10</sup>. Aunque el autor pone *la carne en el asador* para que no se confunda el razonamiento moral con el razonamiento jurídico, al final no veo de qué modo el razonamiento jurídico *puede nadar* para no verse arrastrado por la corriente y terminar directamente *engullido en el remolino* del discurso moral.

Esto trata de justificarlo el autor ya no sólo por unificar el Derecho con la razón práctica, sino también por la vía de destacar la estructura abierta de las normas. La idea del autor es que las normas jurídicas tienen como una cara, que es la que exige de los legisladores que deben ser correctas, pero llevan *una cruz a las espaldas*: son derrotables.

¿Qué quiere decir esto? Pues que las normas constitucionales tienen una fuerza expansiva que afecta a todas las demás, de modo que la tranquila o apacible aplicación de una norma (no sólo los principios sino también las reglas) puede verse frenada por excepciones que no podemos prever de antemano. Y esto tiene unos efectos devastadores, porque entonces un instrumento que debe servirnos, entre otras cosas, para darnos seguridad al final parece evaporarse porque no sabemos bien qué es lo que dicen las normas. El autor lo expresa claramente: “El Derecho no es un lugar en que podamos hallar gran certeza, sino más bien un sistema de argumentos que puede ayudarnos a fundar nuestras pretensiones con mejor o peor fortuna” (pág. 124). Esta indeterminación del Derecho choca también con nuestras intuiciones (que, es verdad, no tienen por qué ser acertadas), es decir, con la idea de que el legislador crea unas normas que usamos para justificar y explicar nuestros comportamientos y suelen ser aplicadas por los órganos jurisdiccionales. Personalmente considero que en la interpretación de las normas jurídicas parece tener un gran peso, para *poner los pies* al menos en un poco de terreno firme, las decisiones de los jueces y las convenciones lingüísticas (articuladas alrededor de ciertos casos sobre los que existe un consenso), que nos permiten afirmar que esta norma dice esto o aquello.

10. A. García Figueroa, *Criaturas de la moralidad*, citado, págs. 97 y ss.

## IV

En relación con la moral, el autor considera que en contextos donde reina el pluralismo, como sucede en nuestras sociedades contemporáneas, lo más atinado es partir de una moral constructiva de corte discursivo. Es decir, no nos encontramos con los valores morales sino que los construimos (por ejemplo: no reconocemos los derechos humanos sino que han sido creados por nosotros a través de un diálogo). Y los construimos a través de la participación en un procedimiento regido por condiciones más o menos ideales. Es decir, se construyen a través del juego dialógico de la política. Y esa política toma cuerpo en el proceso que más se aproxima a este modelo de participación y debate: la democracia.

En realidad podemos pensar que en una sociedad donde rige el pluralismo no todos deben asumir el constructivismo ético. Cada uno puede ir *cargado con su moral a cuestas* y suscribir las verdades morales que considere (verdades que pueden tener un origen religioso o cultural, por ejemplo). Lo que el pluralismo exige no es que esa persona renuncie a sus verdades morales (eso tal vez sería pedir demasiado), sino que renuncie a imponer sus “verdades” a otras personas, pues debe tener en cuenta que los demás pueden ir equipados o no con otras verdades morales como las suyas.

Describir las sociedades multiculturales como foros donde se desenvuelve la moral al modo del constructivismo ético no parece reflejar cómo son las cosas en realidad. Más bien el multiculturalismo pone de relieve cómo conviven grupos con culturas que se apoyan en una visión de la vida y del mundo bien diferentes. El pluralismo no les exige renunciar a sus creencias morales, sino introducir en sus sistemas morales el elemento de la *otredad* que supone asumir que la moral no se acaba en sus ideas o verdades; que el mundo moral se extiende más allá del pequeño continente de las ideas morales de cada uno. El pluralismo no exige que todos vayamos juntos de la mano a buscar las verdades morales (como el famoso poema de Antonio Machado: “¿Tu verdad? No, la Verdad, /y ven conmigo a buscarla./La tuya, guárdatela”<sup>11</sup>) sino que seamos capaces de convivir con ese puzzle de verdades, sí, cada una *de su padre y de su madre*.

Y es ahora cuando entra en juego la visión de la democracia, concebida como un procedimiento que permite mantener las reglas del juego de la convivencia entre personas que van por la vida con cosmovisiones diferentes. ¿Pedir a la de-

11. A. Machado, *Poesías completas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1981, pag. 280.

mocracia que sea un procedimiento que permita llevarnos bien es muy poco? Puede ser que sí. La democracia así es contemplada no como un sistema moral, pues las decisiones de la mayoría no tienen por qué ser presentadas con la aureola de ser verdades morales, sino como algo más modesto: un sistema político que permite tomar decisiones colectivas y, de algún modo, ordenar la vida de estas sociedades que tienen el pluralismo arraigado ya en su código genético. Es algo así como un *llevarnos bien* dentro de un orden mínimo establecido por las elásticas y cambiantes decisiones de la mayoría.

Quizá uno de los autores que más insistió en la visión moral de la democracia fue el filósofo argentino, fallecido prematuramente en 1993, Carlos Santiago Nino<sup>12</sup>. Este autor insistía en una concepción de la democracia en la que las condiciones de su ejercicio y de la deliberación pudieran suministrarle un valor epistémico, en el sentido de que sirviera ese procedimiento para tener acceso o conocer verdades morales o decisiones valiosas desde un punto de vista moral. Nino concebía la democracia como un tobogán: una vez que te das el impulso debes llegar ya de forma imparable hasta el final del trayecto. Digo esto porque el autor argentino sostenía que las normas democráticas venían con el aval de haber salido de un proceso valioso y eso le daba un sello de calidad que se reflejaba en la idea de que generaban *prima facie* un deber de obediencia, aunque uno, a la luz de la solipsista y pobre reflexión individual, considerase que era injusta<sup>13</sup>. Pero así parece que la autonomía individual queda atrapada o devorada por la participación política o la autonomía colectiva, es decir, en el hecho de participar en un procedimiento político. Esto muchas veces se trae a colación cuando se afirma que un demócrata debe asumir, como una especie de *trágala*, todas (pero todas si quiere ser un demócrata *de pata negra*) las decisiones democráticas. En mi opinión esto no tiene por qué ser así.

Desde luego que echar una mirada a nuestras democracias puede advertirnos del peligro de presentarlas como la panacea del debate moral. La democracia es el mejor sistema que conocemos para organizar la convivencia por muchas razones (por la participación, por el respeto de la igualdad y de la libertad, por contribuir al desarrollo económico etc.) pero creo que no debemos presentarla como un sistema moral, porque, entre otras cosas, esto tendría una fuerza autodestructiva, en

12. Me refiero a C.S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa* (1996), trad. R. Saba, Gedisa, Barcelona, 1997.

13. Por eso el valor epistémico de la democracia para acceder a soluciones moralmente correctas tiene un carácter excluyente, C.S. Nino, *Derecho, moral, política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 187.

el sentido de que perdería ese valor de poder aglutinar y organizar la convivencia a personas que llevan *en su mochila* distintas cosmovisiones o pareceres. Sería negativo para la democracia, porque es pedir demasiado de ella, y sería negativo para la moral, porque sería dejarla en brazos de lo cuantitativo: de los números o las mayorías. Los sistemas morales tienen otro tejido distinto a ese teatro interesado que se monta a partir de la política, me parece a mí.

Queda un tema pendiente. ¿Y cuáles son los límites de esa democracia? ¿Y cómo se establecen? Aquí está *la madre del cordero*. En la terminología de Alfonso García Figuerola sería preguntar por las condiciones de esa razón práctica a la que todos (el legislador y los que participan en el debate moral constructivista) deben someterse. Esta, desde luego, no es una pregunta fácil de responder. Yo creo, y aquí me aventuro a ir un poco más allá del autor del libro, que esos límites al final deben ser de carácter moral<sup>14</sup>. ¿Y cómo conocerlos? Bueno, pienso que tendrá más peso su carácter valioso que no el consenso. Pero ese carácter valioso podría reflejarse *a posteriori* en un acuerdo. Supongo. Pero esto no puedo desarrollarlo ahora, porque excedería lo que se espera que sea la reseña de un libro.

## V

Sin duda *Criaturas de la moralidad* es un libro que no deja al lector indiferente y que desarrolla, hasta sus últimas consecuencias, teorías que han tenido un peso enorme o una decisiva influencia en la teoría y filosofía del Derecho actual, como son las de Ronald Dworkin, Robert Alexy (con quien el autor pasó una temporada en la Universidad alemana de Kiel) y Carlos Santiago Nino. Esto no quiere decir que lo que se plantea en este libro sea un desarrollo sin más de los autores anteriores, pues el autor tiene la valentía de dar un paso al frente en algunas tesis que destacan por su brillante originalidad.

El libro está escrito con una prosa elegante y con ejemplos muy divertidos, sacados en ocasiones de otras disciplinas, reflejo de la sana inquietud interdisciplinar de su autor. La introducción nos anuncia ya esta personal permeabilidad siempre al borde de la irreverencia con referencias sutiles a *Las Confesiones* de San Agustín (págs. 14 y 29) a algún drama shakespeariano (pág. 23) y a algún epigrama de Oscar Wilde (págs. 25-6) y luego se confirma al entreverar sus reflexiones sobre Kelsen, Hart, Alexy o Dworkin, con las cajas Brillo de Warhol (pág. 97) o el albatros de Baudelaire (pág.67). El positivismo jurídico se asimila

14. En este sentido F. Laporta, *Entre el Derecho y la moral*, Fontamara, México, 1993, pp. 79 y ss.

al misterio de la Santísima Trinidad (pág. 15) y el constitucionalismo al catolicismo del converso Chesterton (pág. 83); entre Kripke y Rorty (págs. 219-220); entre Wittgenstein (pág.165) y Habermas o Rawls (págs. 31 ss.), el autor tan pronto se toma un *gin fizz* a la salud del positivismo jurídico (págs. 171 s.) como compara esta doctrina con una jaula de Faraday (pág. 177). Lo mismo aparece el explorador Fridtjof Nansen (pág. 48) que un troglodita a punto de inventar la rueda (pág. 161). Por no hablar de la riqueza ornitológica que atesoran sus páginas. El lector se encontrará con el célebre pingüino (pág. 163) que ilustra la derrotabilidad de nuestras generalizaciones, los cisnes negros que desbaratan nuestras normas, el pollo de Russell que no puede fiarse de la mano que le alimenta o el pavo que, por las mismas, no puede imaginar lo que le aguarda el día de acción de gracias (pág. 253).

Lo que me parece claro, como resalta este libro, es que el modelo neconstitucionalista exige la superación de esa vieja polémica (excesivamente vieja) entre el positivismo y el iusnaturalismo. La fuerza expansiva de las constituciones normativizadas actuales ha ocasionado el ocaso del positivismo porque no tiene mucho sentido explicarlo todo a golpe de neutralidad o de imparcialidad. Del positivismo queda la visión del Derecho conectado o vinculado a la voluntad humana y con el ingrediente básico de la sombra del poder.

Sin duda debemos someter las intuiciones y las categorías conceptuales que manejamos para explicar ese fenómeno social y complejo que es el Derecho al escrutinio de la crítica. Y sin duda este es un libro que avanza en la construcción de una teoría que nos regala mucha luz y que nos obliga a replantearnos muchas de las creencias que tenemos a la hora de comprender esa realidad tan cercana y, sin embargo, tan distante todavía como es el Derecho, más en concreto el Derecho que rige en los Estados constitucionales actuales.





COMENTARIO AL LIBRO “CARTOGRAFÍAS DE LA IGUALDAD.  
CIUDADANÍA E IDENTIDADES E LAS DEMOCRACIAS  
CONTEMPORÁNEAS” DE OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ

**María Macías Jara**

*Profesora Colaboradora Asociada Doctora de Derecho Constitucional  
Universidad Pontificia de Comillas –ICADE–*

Representa esta obra un completo, audaz y meditado estudio sobre un tema de extrema actualidad, de complejo análisis y máxima relevancia, como es la construcción de una igualdad que refleje la idea de crear y recomponer las estructuras jurídicas y sociales en un nuevo pacto que albergue el reconocimiento de derechos y deberes para todos y para todas. La noción de ciudadanía y la inclusión de los grupos y las personas que los componen se revela como el hilo conductor de la obra y, al tiempo, como un magnífico enfoque que lleva al autor a perfilar y a poner de manifiesto problemas y cuestiones constitucionales de primer orden. Resulta, así, un estudio científico ejemplar de gran calado socio-jurídico, pleno de aportaciones originales llamado a convertirse en obligada referencia.

El libro se organiza en cinco capítulos. El primero lleva por título *Las rutas constitucionales en tiempos de vulnerabilidad*, en el que el autor expone el panorama analizándolo desde una suerte de tríptico conceptual que comprende la noción de democracia, la diversidad y la globalización y, finalmente, la ciudadanía desde la perspectiva de la igualdad de género y la visión feminista. En el segundo capítulo, titulado *La democracia paritaria: los espacios público y privado como mapas de la ciudadanía*, traza un camino a través de la historia en la que la división entre el espacio público y el espacio privado supuso la pieza clave en la desigualdad entre hombres y mujeres subordinando éstas a aquellos y sustrayéndolas, así, del ejercicio de la plena ciudadanía. El tercer capítulo, llamado *Geografías de lo diverso: identidades culturales e igualdad de reconocimiento*, supone un excelente análisis de los puntos de inflexión para el reconocimiento de la identidad diferenciada bajo el abrigo de una ética común y de igualdad. El capítulo cuarto se refiere a *Una nueva racionalidad pública: los itinerarios del cuidado y la ternura*, en el que establece claramente los elementos que han determinado la exclusión de las mujeres del espacio público proponiendo su reconstrucción. Finalmente, el capítulo quinto versa sobre *La educación como brújula de la ciudadanía*, donde precisa el papel de la educación en el mapa trazado.

Apenas sin abrir el libro llama la atención su sugerente título “Cartografías de la Igualdad” que, sin duda, no aparece como algo casual, sino ofreciendo una pista meditada acerca de su contenido y elaboración, un título sobre el que el autor sólo se pronuncia al final de la obra dando la definición que ofrece la RAE. Así, cartografía queda definida, en origen, de carta y grafía, en segundo lugar, el arte de trazar mapas geográficos y, finalmente, la ciencia que los estudia. Me parece particularmente reveladora la segunda acepción porque en el recorrido de la obra puede advertirse el arte para reconstruir un mapa en torno a la igualdad, tarea harto compleja y que el autor resuelve brillantemente, como se refleja a continuación.

En la primera parte de la obra, el autor va desgranando los grandes "agujeros negros" del pacto social y de la configuración del constitucionalismo poniendo de manifiesto las llaves para intentar conciliar los nuevos problemas derivados del fenómeno de la globalización y de la diversidad y su difícil relación con la universalidad de los valores y derechos humanos. Por ello, señala la existencia de nuevas exclusiones que se yuxtaponen a las viejas desigualdades, generando un panorama lejano a los ideales de libertad e igualdad y, también, a la olvidada fraternidad. Especialmente interesante me parece el planteamiento a partir del cual aborda un nuevo orden social desde la consecución de la igualdad de género como la clave, el marco y la herramienta para la revisión de estructuras y la transformación de patrones que permitan conciliar la igualdad y las diferencias al tiempo que garantizar los derechos. Esta tarea sólo puede hacerse respetando los valores que permitan a los hombres y a las mujeres, en el marco de la democracia y del constitucionalismo actual, reconstruir lo que el autor denomina el "puzle de la ciudadanía", en aras de su plenitud.

En el segundo Capítulo del estudio, más extenso, el autor incluye tres apartados homogéneos en los que expone las cuestiones de fondo sobre la desigualdad de género. Aborda, en el apartado primero, concreta y claramente, los orígenes del feminismo y su evolución desde el momento en el que el constitucionalismo heredado excluyó a las mujeres del espacio público, hasta la construcción del concepto y el significado de la expresión "género". Esboza la manera en la que se apartó a las mujeres del *status* de ciudadanas para construir la sociedad del patriarcado. Las mujeres no quisieron ser sujetos pasivos de la ciudadanía y lo que su libre ejercicio representa. Por el contrario, reivindicaron desde los primeros días su posición en la esfera de los derechos y de la realidad articulándose esa lucha como una teoría política surgiendo, así, el movimiento del feminismo. Un feminismo inicial que parte de una reivindicación por la igualdad centrado en la lucha por los derechos y un feminismo de la diferencia, más reciente, concentrado en reivindicar la igualdad desde lo que pueden considerarse rasgos propios de las mujeres. No obstante, considera el autor que una de las importantes y nefastas consecuencias de la configuración patriarcal de la sociedad es la división entre lo público y lo privado y, a su vez, la asociación de uno y otro espacio con un determinado rol o patrón consolidando aún más la situación de subordinación de la mujer respecto del hombre. Resalta el profesor Salazar una paradoja clave que evidencia la esencia y, a la vez, la sin razón de tal división al enunciar que, siendo las mujeres relegadas de la ciudadanía, sin embargo, eran las encargadas de educar a los futuros ciudadanos. En perfecto uso del cuidadoso lenguaje que impregna la obra, el autor escoge el acertado término "difuminada" para englobar la posición en que vive la mujer, en un permanente no querido estado de inseguridad, dependencia y sumisión respecto del hombre que,

como ya dijera Poullain de la Barré, en *De l'égalité des sexes*, en 1673, las confina a una minoría de edad perpetua.

En este aspecto, el profesor Salazar presenta el momento de la Ilustración como aquél en el que se desaprovechó una importante oportunidad para realizar los ambiciosos ideales que se plasmaron en las Declaraciones de Derechos. Y, sin embargo, lo que se consolidó fue la subordinación del género femenino. Una subordinación que se materializó en la propia idea de matrimonio como un contrato de sumisión y que, llevada al extremo, ha llegado, incluso, a legitimar el uso de la violencia a fin de, dice el autor, restaurar el patrón masculino que ha de seguir la mujer sin objeciones. Así, concluye que a las mujeres se les atribuyeron todas aquellas características, supuestamente otorgadas por la naturaleza, que no tenían los hombres. Si éstos eran inteligentes, capaces y fuertes, la mujer era, entonces, por exclusión, incapaz, débil y necia. El autor menciona, ente otros, el pensamiento innovador y feminista de J. Stuart Mill que, influenciado por su mujer Harriet Taylor, se posicionó enseguida contrario a la idea del reparto natural de roles y abogó por la igualdad de capacidades y oportunidades para las mujeres.

En relación con la deconstrucción de la desigualdad y la subordinación me parece particularmente brillante el término y la noción que maneja el autor de autonomía como una máxima para la absoluta capacidad de decisión individual, inalienable y libre sobre el desarrollo de la propia existencia. Y, de nuevo, el concepto de ciudadanía para desempeñar la autonomía del ser humano, hombre o mujer, en un contexto social que en razón a esa circunstancia otorga un determinado *status* que permite ser portador de derechos y sujeto activo de su efectivo ejercicio.

Así, relata que el pacto fue sellado por y para varones identificándose lo masculino con lo universal, desde el lenguaje mismo hasta la concepción de los espacios sociales, culturales, intelectuales, económicos, políticos o los honores. El varón es sujeto del Derecho y de derechos, mientras la mujer, queda limitada a lo privado, a la familia, definido por el autor como un lugar de excepciones y diferencias, infravalorado, lejos de lo universalmente válido, alejadas de la educación, de la toma de decisiones, de la economía independiente y, así, excluidas de los derechos. Sin embargo, paradójicamente, a las mujeres se las responsabiliza de llevar a cabo complejas e importantes tareas como la educación o la transmisión de tradiciones, de valores y de culturas.

El profesor Salazar concluye este punto abordando la necesidad de revisar los patrones de la cultura jurídica que ha amparado el orden patriarcal que, ins-

talado desde el pensamiento liberal con apariencia de neutralidad, bajo paradigmas de igualdad y ciudadanía, fue, precisamente, el que legitimó la exclusión de las mujeres y la perpetuación del dominio masculino y de sus intereses. Ensalza acertadamente la importancia de las teorías, los movimientos y los pensamientos políticos feministas que son los que realmente han evidenciado la difícil realidad que viven las mujeres y han demostrado cómo esta fuerte discriminación se va introduciendo en diversos ámbitos y niveles de una manera sibilina. Una discriminación cada vez más difícil de detectar pero que produce exactamente el mismo perjuicio en ellas a lo largo de la historia y estructura social y jurídica; eso es, la falta de autonomía en el efectivo ejercicio de los derechos que le son propios en cuanto ser humano y la permanente discriminación que sufren por nacer ser humano de género femenino. Particularmente valiente y certero se manifiesta el autor cuando denuncia que ni siquiera en nuestros días esa cultura jurídica y el propio ámbito académico han dado la importancia que tienen los planteamientos teóricos sobre la igualdad de mujeres y hombres. Éstos apenas ocupan lugares relevantes del debate jurídico por lo que no acaba de calar el reconocimiento de su trascendencia democrática. Finaliza realizando un llamamiento a esas voces constantemente silenciadas en el debate público como símbolo de la verdadera integración y proponiendo una revisión de la ciudadanía ligada a la idea de igualdad desde el reconocimiento del feminismo como los artífices de su evolución.

En un apartado segundo de este mismo capítulo, establece algunos grandes puntos que han incidido normativamente en la igualdad efectiva, a partir de la LO 3/2007, intentando paliar importantes aspectos de la discriminación. Bajo el título *la igualdad sustantiva como elemento definidor de la ciudadanía*, el autor destaca el papel del Estado social en el acercamiento entre la llamada igualdad formal y la igualdad sustancial a lo que también concluye que ha contribuido el feminismo. Pone de relieve el papel pionero y precursor que ha ofrecido el marco internacional, particularmente, a través de las Conferencias Mundiales a favor de los derechos de las mujeres, para la erradicación de discriminaciones y para la evolución y la sensibilización en este tema. Comenta el autor que es en este contexto donde se comienza a abandonar una visión universalista de los problemas para centrarse en las cuestiones que preocupan a los grupos y a las personas que los forman que son las que sufren las discriminaciones y las que necesitan de una protección especial en función de su situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos.

En las siguientes páginas realiza un recorrido por textos de obligada referencia en la lucha contra la discriminación, como la CEDAW y traza un camino por los instrumentos jurídicos en el ámbito comunitario y, posteriormente, por el Derecho español extrayendo cuidadosamente la teoría y jurisprudencia constitucional

más relevantes sobre la materia. Me parece destacable la denuncia que plantea el autor al señalar que el propio tenor del art. 14 CE excluye a las mujeres (y a los no españoles) al enunciar como sujeto titular del derecho a “los españoles” y no así a “las españolas”. Asimismo, resulta notable la explicación que nos ofrece el autor a cerca de la trascendencia que supone en este tema la noción de discriminación indirecta. Expone con gran acierto que este concepto es importante porque permite “descender”, dice textualmente, a la realidad y así constatarla estadísticamente para concluir que las discriminaciones contra las mujeres son de la más diversa y profunda naturaleza. Por lo tanto, su desarraigo requiere de medidas y esfuerzos que superen la mera formalidad para, desde la realidad, esto es, desde el reconocimiento de las diferencias, corregir y erradicar las desigualdades injustificadas.

Posteriormente, el autor aborda alguna de las leyes más relevantes y polémicas en la materia destacando su carácter innovador tanto por la transversalidad que pretenden como por afectar a diversos ámbitos, como son la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género y la LO 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En cuanto a la primera, expone las principales novedades que se introducen a través de medidas de acción positiva para la mayor protección cuando la víctima es una mujer y el nexo con el agresor tiene su origen en una relación de afectividad. El autor explica muy bien el motivo que subyace en las medidas que recoge la LOVG que no ha de confundirse con la debilidad de las mujeres, que no lo son y, por lo tanto, no son medidas paternalistas ni falsamente protectoras, sino que su razón de ser está en la vulnerabilidad a las que esas circunstancias las exponen como consecuencia de la subordinación que sufren a partir del reparto de roles que instaura la sociedad del patriarcado. Esas circunstancias se ven, además, agravadas cuando entre el hombre y la mujer existe o ha existido una relación de afectividad que pretende justificar la dominación de uno sobre el otro mediante la violencia. Resalta asimismo, extrayendo y analizando sólidamente la jurisprudencia constitucional pertinente, la trascendencia que se otorga en la ley a las medidas que no son de índole penal y que evidencian precisamente su carácter transversal. Como expone el autor, estas medidas son las que realmente tienen la misión de modificar las estructuras históricas sobre las que se asienta y se pretende justificar la violencia de género. Para ello, es fundamental la educación, los medios de comunicación y publicidad y la sensibilización y reorientación de los agentes y operadores jurídicos en materia de igualdad de género.

Por otro lado, el profesor Salazar también analiza la LOI, exponiendo los elementos que introduce a nivel conceptual, como parte de su papel transformador, como son: transversalidad, acción positiva, igualdad de trato, discriminación di-

recta e indirecta, presencia equilibrada, entre otros. Y también destaca la atención que prodiga la ley a mujeres en colectivos de mayor vulnerabilidad que pueden sufrir una múltiple discriminación como mujeres con discapacidad, niñas, migrantes, viudas, etc. Resalta la incidencia de la LOI en la educación como instrumento transformador esencial, así como la visualización de las mujeres, tanto como relatoras como partícipes y protagonistas de la historia. En las siguientes páginas se centra en un tema relevante en el que ha incidido esta ley especialmente como es la presencia equilibrada y que ha sido objeto de mayor polémica, particularmente, la manera en la que resuelve la participación de las mujeres en el ámbito electoral. El autor expone en qué consiste y concluye que nos encontramos ante una medida de acción positiva que establece una representación más equilibrada de hombres y mujeres en listas electorales. Al respecto, analiza los argumentos y la controversia jurídica que provocó la medida a partir de la STC 12/2008, de 29 de enero, que representó un nuevo aire en el entendimiento de la idea de igualdad y, con ella, de la de democracia y la ciudadanía. No obstante, deja entrever las brechas de la medida puesto que parece no tener la efectividad prevista, especialmente, porque continúan siendo los partidos políticos (y sus dirigentes, fundamentalmente, varones) los que conforman las listas electorales y la colocación de candidaturas. El autor denuncia los desaciertos de argumentos que presentan a la mujer como una categoría en lugar de cómo a un ser humano individual, ciudadanas portadoras de derechos que conforman más de la mitad de la Humanidad. Por ello, las mujeres elegidas representantes lo son de los intereses de todas y de todos y no únicamente de una parte del cuerpo electoral.

Asimismo, denuncia los problemas que trae la colocación en las listas de la mano de quienes ostenta el poder, por lo general, varones. En consecuencia, una vez más, incluso bajo la exigencia de presencia equilibrada que recoge la LOI, las mujeres siguen siendo incluidas o retiradas caprichosamente de las listas electorales sin una incidencia real, lo que hace que las mujeres no sólo no accedan a los puestos de liza, sino que apenas varíe el porcentaje de representación femenina. Son ya conocidos los argumentos en contra de estas medidas. A saber: la ruptura con la idea de representación política, la fragmentación del cuerpo electoral, el mérito y la capacidad, la configuración del derecho al sufragio o la libertad de candidatura de los partidos políticos. El profesor Salazar, que los conoce sobradamente, los expone de nuevo en las sucesivas páginas con gran acierto y concisión. Así, describe qué tipo de medida es y concluye que lo que contiene la LOI se adapta al mandato del art. 9.2 CE y no responde a criterios entre minorías o mayorías o a criterios compensadores de unos sobre otros, sino que es una medida neutra que quiere evitar tanto la sobrerrepresentación como la infrarrepresentación de alguno de los géneros que conforman la Humanidad.



De este modo, las medidas que impone la LOI, concluye el autor brillantemente, son constitucionales porque no parten de un contenido ideológico o político, sino del sustrato sobre el que ha de realizarse cualquier decisión política que es la igualdad efectiva o radical, como dice el autor, de mujeres y hombres. Deja especialmente bien resuelta la cuestión sobre la supuesta vulneración de la libertad de candidatura de los partidos políticos y, en seguimiento de la jurisprudencia constitucional, incluye un aspecto más novedoso al tratar la cuestión de la posibilidad de crear una lista configurada sólo por mujeres. Sobre ello presenta sus dudas ya que se podría entrar en una contradicción: la propia idea de pluralismo de ideas y democracia con la imposición de una ideología. Sin embargo, el autor resuelve al instante que, en base a la idea de democracia planteada, el propio sistema constitucional no ha de admitir la vulneración de la igualdad entre hombres y mujeres en nombre de la libertad, esto es, es dudoso que un partido que defienda valores “machistas” o “hembristas” respete los valores que expone el art. 8 LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, y menos aún, el pluralismo, la igualdad, la libertad y la justicia desde la configuración democrática del Estado (art. 1.1 CE) o la realización efectiva de la igualdad (art. 9.2 CE) y la prohibición de discriminación (art. 14 CE).

Posteriormente, realiza un análisis de la Ley Vasca para la Igualdad de Mujeres y Hombres 4/2005, de 18 de febrero, desde la perspectiva de los criterios de mérito y capacidad y el principio de presencia equilibrada en un mínimo del 40% en numerosos procesos selectivos de acceso, provisión y promoción de empleo público, jurado para la concesión de premios, etc., trayendo a colación los argumentos empleados. Finaliza este interesante apartado y propone una incorporación de las capacidades y virtudes, como la maternidad y la paternidad, cargas tradicionalmente o en mayor medida asumidas por las mujeres, por lo que destaca, dando aún un paso más allá la importancia no ya de que la configuración de determinados puestos de decisión o selección sea de hombres y mujeres, sino que esos hombres y mujeres tengan incorporada la perspectiva de género a fin de que sus decisiones tengan algún tipo de incidencia real en la estructura social y educacional.

Finalmente, el último punto del presente Capítulo se encuentra dedicado de nuevo a la división entre los espacios público y privado como el origen de la desigualdad. Comienza el autor, con una impecable literatura, a esbozar los lugares en los que se comienza a producir la dominación y la primacía del patrón masculino. En ocasiones, a lo largo del texto encontramos en notas al pie auténticas claves en las que nos descubre realidades rotundas pero quizás ocultas, por ejemplo, al manifestar que, ciertamente, las mujeres han carecido de todo espacio público porque fueron relegadas de él al no considerar aptas sus habilidades para

ello. En cierto modo, también han sido apartadas del espacio privado porque éste estaba reservado a su labor en el cuidado de sus ascendientes o sus descendientes sin existir un espacio para su autonomía y el desarrollo de su individualidad. Así, la lucha del feminismo ha estado centrada, en primer lugar, en el acceso y las posibilidades para que las mujeres entren al espacio público aunque ello se produce de manera muy sesgada. El autor denuncia dos claros sectores en el que las mujeres permanecen invisibles, el mundo financiero y el de los medios de comunicación a pesar de sus sobradas capacidades que demuestran las estadísticas sobre los estudios universitarios realizados por mujeres. Suele primar el sistema de cooptación que las excluye a diferencia del sistema objetivo que no tienen dificultades en superar. Por lo tanto, el mérito y la capacidad de las mujeres no ofrecen ninguna duda.

En este punto, el autor pone de relieve un brillante concepto, "la universalidad sustitutoria" que viene a considerar universal y representativo de todos y todas lo masculino cuando la autoridad la ostenta un hombre y, por el contrario, cuando la autoridad la ostenta una mujer, se singulariza y constriñe a una representación de intereses meramente femeninos o, añadiría, de grupos vulnerables, como los niños, las personas con discapacidad, etc., lo que de nuevo hace identificar a la mujer como la cuidadora y la responsabilizada de la educación, del auxilio, de la transmisión de valores y culturas, destinada a la dedicación a los demás.

Después, el autor explica que las medidas de acción positiva no son más que un esfuerzo más para contribuir al inicio de la carrera por una auténtica igualdad de oportunidades en la que hombres y mujeres sean parte y juez de sus decisiones. Mientras que las reglas las impongan unos sobre otras, mientras la presencia de las mujeres, aun creciente, no responda a una conciencia de paridad, mientras siga entendiéndose como una concesión en lugar de como un derecho que les es propio por el hecho de nacer ser humano mujer, no se está avanzando, si no que, como advierte el autor, sólo es otra herramienta más en manos de estructuras androcéntricas.

En segundo lugar, expone el profesor Salazar que las reivindicaciones feministas también han aunado los esfuerzos, una vez en el mercado laboral, para conciliar los dos espacios. Así lo han considerado muchas políticas públicas en Europa y en Estatutos de Autonomía en España que han apostado por garantizar la vida familiar y laboral. Tras explicar la división de roles producida por la sociedad del patriarcado, evidencia que el propio sistema económico se rentabiliza a costa de las mujeres que después invisibiliza. Cuando ese sistema por fin cuenta con ellas, incluyéndolas en el mercado laboral, lo hace como un complemento,

una mejora, pero no como eje principal del sustento familiar. Ello no hace más que perpetuar los patrones masculinos de dominación establecidos y ampliar la carga que soportan las mujeres que ahora trabajan en el ámbito público y en el privado sin que finalmente dispongan de la autonomía para realizarlo conforme a sus propias reglas, sino, de nuevo, a las que establece el papel masculino de acceso a la ciudadanía y al espacio público. De este modo, según lo define el “dilema Wollstonecraft”, las mujeres no pueden ser ciudadanas protagonistas del espacio público como mujeres, sino que, como tal, solo pueden permanecer en el ámbito privado y si acceden al espacio público lo han de hacer como los hombres para ser aceptadas por el grupo dominante, lo que a su vez las excluye del grupo dominado situándolas en la excepción.

Plantea, asimismo, el autor un temor completamente real y actual en tiempo de crisis que es el retroceso de las políticas públicas y de las propias decisiones en el seno de las familias de la que sale perjudicada la mujer por aceptar peores condiciones laborales. Propone una, a mi entender, acertada difuminación de la línea que separa lo público y lo privado para que todos y todas asuman las responsabilidades de ambas esferas. El empleo del término “difuminar” me parece muy acertado porque encierra un paso más allá. No se trata de compartir –un trozo para cada uno–, no se trata de compatibilizar –siempre uno puede más que otro o la política pública aplicable permite más a uno que a otro–, se trata de responsabilizarse cada uno y cada una al 100% desde la autonomía y la individualidad a resolver un pacto que haga ciudadanos y ciudadanas por decisión propia y por derecho.

En todo ello, el profesor Salazar también reivindica el papel del Estado para frenar violaciones contra derechos humanos de las mujeres, apelando a la prudencia al ensalzar la libertad desde el multiculturalismo si ello encierra una subordinación, subyugación o violencia contra las mujeres, lo que le lleva a proponer también desde esta perspectiva esa división entre lo público y lo privado. De esta manera, lo privado o lo familiar no serviría como pretexto, como base y como coartada para amparar una vulneración de los derechos humanos de las mujeres.

Repara también en el papel que realizan las mujeres inmigrantes en países denominados del primer mundo que, ante la incorporación de la mujer al mercado laboral, asumen tareas domésticas o del cuidado de hijos y personas ancianas o dependientes. Las mujeres inmigrantes avocadas a reunir el dinero para, a su vez, ayudar a sus familias que permanecen en su país de origen, aceptan condiciones precarias de trabajo. Ello enlaza con el importante y actual concepto de discriminación múltiple que el autor aborda seguidamente explicando su origen, contexto jurídico y legal, así como su trascendencia presentada como un sustento más de

la necesidad de valorar la igualdad en el contexto de la realidad emergente y una exigencia de la dimensión social del Estado.

Un epígrafe segundo de este punto tercero que cierra el Capítulo II, de nuevo desarrolla la idea de conciliación desde los destinatarios, hombres y mujeres, de estas políticas. El autor incide en la necesidad de modificar la división sexuada del trabajo y de crear políticas de conciliación destinadas tanto a hombres como a mujeres para destruir la tradicional división entre lo público y lo privado que continua relegando a las mujeres al espacio doméstico. Habla de diversas posibles medidas de las que me parece destacable el hecho de que la paternidad sea un derecho individual y no una extensión del derecho a la maternidad. Ello conllevaría importantes consecuencias desde la concepción de la maternidad por las empresas y lo que ello conlleva en la contratación de mujeres respecto a la presunción de que todas ellas desean ser madres lo que, sin duda, es discriminatorio para las que así lo quieren pero, asimismo, es una premisa de partida injusta pues esa presunción persigue a las que optan por no serlo. La consideración individual de la paternidad también influiría en la concepción social y familiar del reparto de cargas y responsabilidades domésticas y en el cuidado de los hijos e hijas. El autor lo llama una revisión "cultural" de la maternidad y denuncia la falta de previsión de determinados supuestos en los que es incompatible la sustitución de la mujer que desempeña un cargo público y está de baja por maternidad.

Posteriormente, expone otras cuestiones, extrayendo la jurisprudencia relevante en relación a las discriminaciones indirectas, a las causas que continúan discriminando a las mujeres en el acceso al trabajo y en las condiciones laborales o realiza una llamada de atención sobre las medidas falsamente protectoras que lejos de ser acciones positivas o políticas de igualdad o prácticas de auténtica conciliación, han tenido como objetivo que las mujeres únicamente pudieran duplicar sus energías, esfuerzos y afectos entre lo familiar y lo profesional confiándolas, de nuevo, a minimizar la carrera profesional y a responsabilizarse en mayor medida de las tareas del hogar y del cuidado de no sólo de sus hijas e hijos, sino también de las personas dependientes o de sus mayores. También analiza aspectos de la LOIMH en este sentido. Así, destaca la importancia de los convenios colectivos, comenta la presencia de las mujeres en las empresas, resalta el papel de los empresarios y de los jueces en la conciliación de mujeres y hombres de la vida laboral y familiar. Asimismo, se acuerda el autor, —ofreciendo, como acostumbra, una cuidada visión completa de cada punto—, de las mujeres mayores que quedan al cuidado de los más pequeños asumiendo las responsabilidades de los hombres y del Estado, mujeres que continúan por siempre invisibles para el espacio público. Después, analiza los aspectos conectados con lo anterior en base

a la Ley de Dependencia y los problemas que ha generado o las dificultades para su aplicación, como el coste elevado de las políticas de igualdad, la falta de compromiso para llevarlas a cabo y el empeoramiento de la situación en tiempos de crisis aunque advierte contundentemente que en estos momentos, como el actual, aún es más costosa la vulneración de estos derechos sociales.

Finalmente, el profesor Salazar concluye el capítulo con un epígrafe extenso que titula *Igualdad de género y nuevos modelos de convivencia: La “Ciudadanía íntima”* en el que expone el estado de las cosas en atención a las relaciones de afectividad. Así, este epígrafe comienza por explicar la incidencia de la división entre los espacios público y privado en el reparto de responsabilidades en el seno de la familia y el matrimonio. En este contexto, afirma que ese escenario también es generador de relaciones de poder y de desigualdades y explica la situación desde los nuevos modelos de convivencia deteniéndose en la polémica que propició la Ley que aprobó los matrimonios entre parejas homosexuales, centrada en lo que ha de entenderse por matrimonio. El autor, tras exponer los diversos argumentos y el aporte jurisprudencial o documental pertinente, incluso desde una espléndida e interesantísima exposición y análisis de la evolución de esta cuestión en el ordenamiento norteamericano y en ordenamientos europeos, se muestra partidario de entenderlo como una unión jurídica que genera derechos y obligaciones. Además, sería una extensión individual de la afectividad y la sexualidad, idea que comparto y que, sin embargo, es contraria a otras argumentaciones que prefieren contemplar el matrimonio únicamente como una construcción para albergar la procreación como su único fin, cuestión que, como bien apunta, entronca directamente con una visión patriarcal y de división de espacios justificadas y, en ese sentido, legitimadas por la propia institución que las produce: el matrimonio. En esta institución el modelo familiar está construido sobre la figura de la autoridad paterna que, en sus últimos extremos, ha sustentado la violencia de género e incluso ha permitido la existencia, por ejemplo, del uxoricidio, donde el marido podía privar de vida a la mujer si ésta era sorprendida en adulterio. Así, el autor apuesta por una idea de matrimonio que alberga finalmente muchos modelos de convivencia y tipos de familias diversos a los que han de amoldarse las instituciones y el Derecho mismo que, conforme a la lógica de los tiempos, se acomoden a los derechos y libertades que el ser humano necesite ejercer para su pleno desarrollo, autonomía y dignidad.

Como una extensión de lo anterior, acaba el punto con un subepígrafe dedicado al libre desarrollo de la afectividad y de la sexualidad en el que el autor denuncia la homofobia y matiza la forma en la que se construye la autoridad en la familia a partir de modelos distintos al convencional haciendo alusión a la

orientación sexual y a la pareja homosexual como una manifestación del principio de igualdad, integrador de las diferencias, y absolutamente conectado con la dignidad. Finaliza con un exposición desde la perspectiva europea y después nacional y autonómica sobre el tratamiento de la orientación sexual y la identidad de género para concluir que la orientación sexual actúa desde el concepto de discriminación múltiple cuando, de nuevo, las personas implicadas son mujeres porque mientras los *gays* han adquirido un cierto reconocimiento social, las lesbianas continúan ocultas y ajenas al espacio público.

El Capítulo III denominado *Geografías de lo diverso: identidades culturales e igualdad de reconocimiento*, se centra en analizar una suerte de equilibrio entre la diversidad cultural y la garantía de la igualdad y el pluralismo, una cuestión de la que el autor ya advierte su paradoja al cerrar el capítulo anterior. A partir de la cita propuesta de J. Stuart Mill, se deduce que las cuestiones a abordar se encuentran en el centro mismo del ejercicio de la libertad.

Así, tras el análisis del único caso en la jurisprudencia constitucional española sobre diversidad cultural en el supuesto de denegación de pensión de viudedad por matrimonio según el rito gitano, parece que los parámetros a seguir se resumen en, por un lado, el sometimiento al ordenamiento jurídico vigente y las razones neutras, ajenas a la etnia, por las que el legislador otorga efectos a uniones matrimoniales distintas a la civil. Entronca esta cuestión con los efectos que el sistema normativo otorga a matrimonios religiosos a pesar de la aconfesionalidad del Estado y con los importantes argumentos esgrimidos por el TEDH en este caso. Realiza el profesor Salazar un magnífico análisis del caso desde la perspectiva de la doble discriminación en este asunto particular en la que la persona se ve afectada por ser mujer y por ser gitana. Además, se le afecta quedando atrapada, desde su propia comunidad, imponiéndola las tradiciones que ha de desempeñar por ser mujer gitana; desde la sociedad global, ignorando las cargas que soportan las mujeres injustificadamente violando sistemáticamente sus derechos humanos y desde el mismo ordenamiento jurídico y su interpretación por los poderes públicos al denegarle un derecho que de no haber sido mujer gitana hubiera podido disfrutar. Sea como fuere, la discriminación juega creando una suerte de prisión infranqueable que resulta imposible sortear por la mujer de manera individual.

Ahora bien, se plantea el autor hasta qué punto pueden reconocerse todas las manifestaciones de las culturas amparándose en el respeto a la diversidad. Aquí desarrolla una novedosa distinción estableciendo, por un lado, los grupos que tienen un cierto reconocimiento y definición de sus tradiciones y disponen de algún interlocutor para sus relaciones con el Estado, donde el autor se muestra partidario

de extenderles los derechos. Por otra parte, estarían otros colectivos más difíciles de determinar, identificables caso por caso y sobre los que habría que dilucidar si su situación es discriminatoria y, al tiempo, si su actuación está en el marco del ordenamiento jurídico. También señala la actuación que han de tener los poderes públicos, en particular, los jueces. Estas cuestiones le llevan de nuevo a incidir sobre la reformulación de la igualdad en función de la idea de ciudadanía.

Así, el segundo epígrafe de este capítulo habla del Estado de las culturas y se muestra como una pieza angular de la obra al ir desgranando las complejas realidades que bajo nuevas vestiduras representan conocidos problemas que, sin embargo, van a requerir nuevas propuestas jurídicas y respuestas sociales. Exponer que el Estado liberal y sus premisas supusieron para las mujeres su exclusión de la ciudadanía y, en consecuencia, de ser patrón de universalidad. Posteriormente, denuncia las carencias que encuentra el reconocimiento a la diversidad cultural en los diferentes ordenamientos jurídicos y constituciones así como el significado de la cultura y de las culturas como elementos conformadores de la identidad. Después, desarrolla el reconocimiento del derecho a la cultura y a la identidad cultural en la Constitución española desde los principios rectores del Capítulo III del Título I. El autor establece una clara distinción entre ambos conceptos y concreta el punto de partida por el que todos y todas debemos ser iguales ante la cultura aunque reconociendo un derecho a la diferencia si pretende garantizarse la identidad cultural en conexión con la dignidad. Asimismo, nos revela la importancia del derecho a la educación en este contexto y propone una novedosa conexión entre identidad cultural y libertad de conciencia, en estrecha vinculación con el desarrollo de la libre personalidad y con el mandato del art. 9.2 CE a los poderes públicos para la realización efectiva de los derechos en cumplimiento de las premisas del Estado social.

Así, pues, establece el autor un logrado mapa que conecta el libre desarrollo de la personalidad con la cultura y el papel del Estado y de las Comunidades Autónomas para su garantía en conexión con la educación como punto de partida para el reconocimiento de las diferencias en un marco de igualdad. Posteriormente, el profesor Salazar realiza una proyección de la diversidad cultural en el marco internacional. Destaca un inicial reconocimiento a través de la protección de minorías étnicas y religiosas o lingüísticas y a continuación realiza un intenso y completo recorrido por los textos relevantes específicos o de calado internacional general.

Ya en otro epígrafe, aborda los retos pendientes del constitucionalismo en relación con la diversidad cultural desde el prisma de la igualdad. Comenta que es precisamente el multiculturalismo el que pone en tela de juicio la acepción

formal de la igualdad y el que, asimismo, pone en evidencia la necesidad de que los poderes públicos actúen, en positivo, esto es, a través de concretas medidas de acción positiva a fin de que todas las personas puedan escoger, en igualdad, entre sus opciones, también, las culturales, y, dice el autor, contribuir en libertad a la construcción del espacio público. Pone aquí inteligentemente el autor dos conceptos que a su vez, bajo la idea de ciudadanía, se conectan, junto con la dignidad, con dos valores superiores imposibles de escindir cuando entran en juego la igualdad y la diversidad cultural y que, sin embargo, no siempre se usan en equilibrio, como son la libertad y la igualdad misma. Continúa denunciando que la nueva concepción que implica la globalización no varía, sin embargo, la concepción masculina de lo válido y lo universal y la exclusión de lo femenino en el espacio público. Tras considerar irrelevante la distinción que pretende polemizar sobre un supuesto enfrentamiento entre derechos individuales y colectivos y la supremacía de unos sobre otros. Al respecto, el autor parte de distinguir el sujeto tutelable del derecho, individual, del objeto en el que interactúa que es colectivo como, por ejemplo, según jurisprudencia constitucional, la libertad religiosa. O, en otro plano, la visibilización de grupos que existen en torno a una identidad y que han traspasado la esfera de lo privado como el caso de *gays* y lesbianas. No obstante, advierte el autor de los peligros de impulsar la actuación política a raíz de deseos o de reivindicaciones puntuales que, vengan de quienes vengan, sólo llevan al conflicto como un modo o patrón masculino de copar, de nuevo, la esfera pública. Por ello, concluye que el reconocimiento de derechos colectivos desde este prisma puede implicar una suerte de pugna por adquirir espacios de poder en los lugares públicos. Parece necesario, como oportunamente matiza el profesor Salazar, aplicar un rasero único por encima de las reivindicaciones colectivas de los derechos y de las diferencias basado en la dignidad de las personas.

Posteriormente, analiza alguna otra propuesta sobre la conciliación de derechos individuales y colectivos para finalmente apostar, con una brillante argumentación, sobre la solución más sencilla y útil. La que permite amoldar los derechos fundamentales que tenemos a las nuevas dimensiones que nos ofrezca la lógica de los tiempos intentando, en la medida de lo posible, usar la mediación y el consenso. Ello permite respetar las identidades culturales en conflicto y garantizar los derechos fundamentales potencialmente afectados y en posible peligro en el marco del ordenamiento jurídico aplicable. En ese intento conciliador, es necesario buscar figuras gestoras y el marco dialogante y neutral del Estado. Propone el autor construir valores comunes desde el sistema educativo, para, desde la diversidad, realizar un análisis crítico de las culturas, incluyendo la propia, por encima de las tradiciones heredadas y establecer un espacio común para una convivencia en paz.



En un epígrafe posterior titulado *Laicismo y diálogo de religiones*, el profesor Salazar se plantea el papel de las religiones en los espacios públicos. Así, aborda la cuestión tomando en consideración el laicismo como punto de partida en el contexto de un Estado democrático que ha de conjugar los valores comunes y los derechos fundamentales con el respeto al pluralismo. De este modo, la libertad, la igualdad y el pluralismo constituyen el marco para la convivencia de los elementos anteriores pero, a veces, también son la referencia o el parámetro para abordar el conflicto por lo que la tarea a perseguir será la consecución del equilibrio entre ellas. Denuncia el autor la complejidad de la situación ante la creciente posición de las religiones en el debate y el espacio público, como reclamo de identidades personales y colectivas. Después, señala el aumento de los fundamentalismos en muchas religiones y advierte de su peligro para la comunicación y el acuerdo de lo que el autor denomina “identidad reactiva” que implicaría rechazar lo ajeno por amenazante y, en consecuencia, elevar a categoría de verdad absoluta lo propio. En todas estas cuestiones considera relevantes los medios de comunicación y matiza las características que pueden albergar los fundamentalismos.

Continúa su exposición hilando estas cuestiones con la noción de paz social o la libertad de conciencia perfilando su encaje constitucional y realizando un recorrido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español para determinar su alcance. Reitera el autor que la libertad de conciencia tiene una íntima conexión con el libre desarrollo de la personalidad y, en consecuencia, con la dignidad. Una autodeterminación que, al tiempo, no puede entenderse sin igualdad. Desde estos conceptos concluye sobre la tensión que se genera cuando, en ese marco de la igualdad, entra en juego la identidad de la persona, conectada con la esfera de la libertad y la dignidad, en su dimensión individual y con el pluralismo, en su dimensión colectiva y otros derechos con los que colisiona. Antes de enlazar con la cuestión del laicismo, el profesor Salazar extrae con buen criterio el art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos para hacer un llamamiento a la fraternidad como el nexo de unión entre todas las variables en aras del diálogo y la solidaridad.

Posteriormente, se realiza un análisis del alcance del Estado laico en el contexto de las democracias en las que parece preciso conciliar un espacio de ética común con la diversidad. El autor establece los aspectos y valores del laicismo en oposición al fundamentalismo y conectado con la existencia de un Estado democrático y la garantía efectiva de la libertad de conciencia. Más tarde, plantea el estado de la cuestión en el ordenamiento jurídico español y propone un avance hacia un Estado laico que ampare una mayor cooperación y diversidad en los diálogos con las diferentes confesiones desde una posición neutral respecto de

las religiones. Asimismo, aboga por un Estado que adquiera un compromiso por mantener un mínimo indispensable que ofrezca seguridad y garantías para que, en igualdad, los ciudadanos y las ciudadanas puedan desarrollar sus conciencias. Esta visión me parece particularmente importante a la par que obvia y propia de un Estado como el español. De este modo, el Estado ha de garantizar el respecto a los derechos desde la dignidad y los valores comunes de igualdad para, a su vez, amparar la libertad de las conciencias individuales y el efectivo desarrollo de la diversidad. El autor propone resolver esta tensión a través de la educación que ha de ofrecer el Estado, desde el diálogo y la reflexión para la convivencia de las culturas y creencias.

Desde ese proceso de laicización argumenta, con una visión preclara, cual ha de ser el lugar para la religión. Aprovecha convenientemente para expresar la necesaria perspectiva de género en la educación pública laica que ponga de manifiesto la situación de discriminación que viven mujeres y niñas, de modo que convenientemente se afirma que las creencias han de pasar siempre por el filtro de los valores comunes y los derechos humanos universales. Finalmente, desarrolla la idea del diálogo interreligioso para terminar estableciendo cual ha de ser el espacio para las religiones.

Acaba el autor el capítulo hablando de los límites de la diversidad, en uno de los, a mi entender, aspectos más relevantes de la obra. Desde el pretexto de significativos supuestos que han llegado ante nuestros tribunales y tras exponer la normativa internacional y nacional de interés, analiza el alcance del límite del orden público. Parece proponer un equilibrio entre el sometimiento al ordenamiento jurídico y el respeto a la libertad de, por ejemplo, portar símbolos religiosos, salvo en el caso de funcionarios o autoridades del Estado. Resuelve sobre el empleo de la ponderación y el principio de proporcionalidad aunque no se muestra partidario de una solución basada únicamente en la casuística lo que provocaría inseguridad en la tutela de los derechos. Así, bajo esta premisa, el autor dibuja un mapa de los límites y los prismas sobre los que ha de desarrollarse la diversidad cultural llamando la atención particularmente sobre los roles y estereotipos que han supuesto las tradiciones para el sometimiento y la subordinación de las mujeres, agudizado cuando ello se sitúa bajo el paraguas de un Estado adscrito a una determinada religión. Especialmente importante me parece el llamamiento que realiza hacia la necesidad de revisar el propio concepto de universalidad y, por lo tanto, el de derechos humanos. El planteamiento pretende abordar un derecho a la diferencia desde el derecho a la igualdad, como no podía ser de otro modo, obligando a revisar conceptos como el de ciudadanía, en relación con el Estado y en conexión con la participación en la toma de decisiones o el de igualdad formal

o jurídica que necesita de la igualdad sustantiva y de medidas de acción positiva para acomodarse a las exigencias cambiantes de la realidad social y a los parámetros del Estado social.

El profesor Salazar también propone una revisión del Derecho internacional y la superación de una falsa visión de la universalidad de los derechos humanos. Posteriormente, plantea esa convivencia de la diversidad bajo el ejemplo cordobés en el que las religiones judía, árabe y cristiana coexistieron. Realza la importancia del ámbito local y la ciudad como espacio idóneo para desarrollar la ciudadanía y el desarrollo de los derechos específicamente, a la igualdad de mujeres y hombres en diversos aspectos, fundamentalmente, la conciliación, la revisión de los espacios público y privado y del modelo tradicional de familia en el contexto de las ciudades, el planeamiento urbanístico, la adaptación de los horarios de las ciudades a las necesidades de sus habitantes o la corresponsabilidad familiar, entre otros.

Por último, finaliza el capítulo con la idea de universalidad como meta final a la que se llega desde la diversidad no excluyente y espacios comunes para la convivencia de las diferentes culturas fomentando la crítica, la reflexión y el diálogo en base a los derechos humanos, rechazando los fundamentalismos y buscando soluciones a los conflictos desde la riqueza de la diversidad de quienes conforman la ciudadanía. Realiza un llamamiento a todos los operadores jurídicos y a la sociedad civil para articular un nuevo espacio que, con perspectiva de género, ofrezca soluciones novedosas a nuevos retos que, desde el propio Estado de Derecho, vayan más allá de las que hasta el momento se nos han ofrecido. Desde mi punto de vista, es este un epígrafe tremendamente esclarecedor que incluye importantes conclusiones que sirven de punto de partida para las propuestas que el autor pretende exponer.

El último capítulo se construye como un colofón perfecto al planteamiento inicial e hilo conductor presente en toda la obra sobre la escisión de los espacios público y privado. Para ello, el autor propone una revisión de lo que se entiende por público, no sólo desde la configuración jurídica del Estado, sino también desde la relación entre los ciudadanos como parte del reto para conciliar la igualdad y la diferencia.

Sin embargo, no entiende, acertadamente, que para ello se hayan de modificar categorías consolidadas, sino que basta con amoldar a los nuevos tiempos los conceptos existentes bajo una nueva racionalidad que permita el equilibrio en todos los campos generando un espacio común donde se consolide la paz

social, la pluralidad de culturas y el libre desarrollo personal en el marco de una efectiva igualdad. Es aquí donde la igualdad de género se convierte para el autor en el punto de partida de las democracias para el establecimiento de ese espacio común que abandone el patrón masculino como el único y genuino y el espacio de lo público donde triunfa aquel, excluyendo, por lo tanto, a quien no responde a ese modelo.

Así, comienza a desarrollar estas ideas partiendo de nuevo de la dignidad humana del artículo 10.1 CE como marco y referencia para después apreciar una premisa importante al afirmar que es la ignorancia o el miedo a la diversidad y, en concreto, al sentimiento de amenaza de que lo que es diferente, lo que genera conflicto y violencia e, incluso, concluye el autor que funciona como argumento para producir y justificar la violencia, en cuanto a dominio, de hombres a mujeres. Ello sigue propiciando un reparto injustificado de roles y una división innecesaria del espacio público y privado. Vuelve a recordar las implicaciones del hombre como cabeza de familia y de icono de heterosexualidad y portador de la autoridad. El profesor Salazar desarrolla con certeros adjetivos y ejemplos la consideración de que lo masculino se yergue como el referente de lo válido y de lo excluyente de lo que no lo es y, sin embargo, representa, paradójicamente, un frustrante yugo para el varón avocado a ajustarse al patrón social de tal masculinidad. De nuevo apela a la herramienta de la igualdad de género para crear un nuevo espacio para construir nuevas identidades desde una ciudadanía compartida de la que son sujetos titulares hombres y mujeres y desde lo que el autor denomina "la deconstrucción del héroe"; esto es, la revisión del modelo masculino y de los comportamientos asimilados a lo femenino que han llevado a una distribución de los valores y cualidades en función del género y de los espacios públicos y privados.

Por lo tanto, propone superar este canon patriarcal a través de la educación estableciendo una responsabilidad compartida entre la formalizada y aquella que se recibe en el seno de la familia que es, en esencia, la transmisora de tradiciones, culturas y estereotipos, acercando a los niños a las emociones, evitando identificar lo masculino con el éxito y lo femenino con lo secundario o lo invisible. En esta tarea, también se considera que tienen un papel fundamental los medios de comunicación que continúan ofreciendo la imagen del hombre como sujeto y la de la mujer como objeto. Se entiende fundamental un término que me parece revelador y es el de la visibilidad, la visibilidad de las mujeres y la visibilidad de los hombres que aceptan su masculinidad desde otros prismas diferentes que puedan incluir otros valores que sólo les hace más (mejores) personas y no menos hombres. Los valores son sólo eso por lo que lo importante es que puedan ser experimentados y exteriorizados por hombres y por mujeres. Si existen valores

de unos y valores de otras deberán poderlo manifestar fueran cuales fueren desde la diversidad y no desde la confrontación.

Aborda el siguiente punto incidiendo en las premisas anteriores desde una perspectiva más socio-antropológica igualmente reveladora y fundamental para el tratamiento de la temática, planteando nuevos valores frente a los tradicionales que permitan descubrir nuevas formas de afrontar tanto los nuevos como los viejos conflictos. Los roles atribuidos a las mujeres y a los hombres tienen una base socio cultural y no biológica por lo que las virtudes que unos y otras han desarrollado propiciando esa artificial división entre lo público y lo privado, entre lo emocional y lo racional pueden ser asumidas y realizadas por uno y otro género. Por lo tanto, no se trata de sustituir las cualidades que tradicionalmente han desarrollado las mujeres por las que tradicionalmente se atribuyen a los hombres. La igualdad de género se pretende desde la inclusión, el compromiso y la toma en consideración de las maneras y los valores o virtudes de hombres y mujeres combinando lo que el autor describe como la “ética de la justicia” con la “ética del cuidado”. Así, pues, propone, con un brillante e hilado discurso, que el cuidado y sus implicaciones ha de estar presente en el acercamiento de las culturas, la redefinición de lo universal, la resolución de conflictos y la búsqueda de la paz social tomándolo no como el resultado, sino como el modo de realizar el camino que permita la revisión de los espacios público y privado y el replanteamiento de la tradicional asignación de roles desde una perspectiva de género.

El autor termina de desgranar esta propuesta en el siguiente punto al establecer la necesaria ductilidad y dinamicidad del conocimiento y del Derecho para incluir la subjetividad con el fin de albergar, así, la existencia de realidades diversas y dispares y, al tiempo, encontrar un nuevo espacio común entre ellas. Para ello, parece necesario incluso redefinir la dignidad humana o, quizás, no tanto el concepto como su interpretación realizada conforme a los mismos patrones y valores individuales y masculinos que conforman la visión de los demás derechos. Así, la dignidad se presenta como un parámetro delimitador del multiculturalismo desde el que deben cuestionarse prácticas que supongan, en cualquier cultura, la discriminación, el sometimiento y la infravaloración de las mujeres, por serlo. Y, asimismo, esta misma perspectiva supone la tendencia de flexibilizar ciertos principios, como la igualdad jurídica o formal y la posibilidad de adoptar acciones positivas que eviten las discriminaciones y otras actuaciones que permitan a todos los operadores jurídicos revisar diversos ámbitos y lugares de conflicto para buscar la conciliación. El autor entiende que las situaciones de crisis como la actual representan un buen momento para iniciar cambios en el sentido expuesto porque es en estos momentos donde se evidencian las mayores carencias y se buscan las más diversas soluciones.

Propone una lógica y acertada educación en la ciudadanía participativa desde el ámbito municipal, el más cercano, pero sin descuidar la necesaria visión global que nos ofrece la perspectiva internacional sobre esta cuestión. Así, el Derecho Internacional ha de constituirse también en el artífice de un espacio común y una herramienta que elimine desigualdades injustificadas. Plantea una perspectiva novedosa que reside en el amor materno, en la preocupación por el futuro de los hijos y de las hijas en la sociedad que les tocará vivir lo que proporciona un prisma basado en la construcción de un lugar, en palabras del profesor Salazar, más justo y pacífico. Posteriormente, conecta la situación de subordinación que han sufrido las mujeres con el medioambiente y el mundo rural para terminar realizando un completo e interesante análisis sobre la Resolución 1325/2000 en el marco de Naciones Unidas que, en relación a la Plataforma de Acción de Beijing de 1995, aborda la situación de las mujeres en conflictos armados, como fundamentales víctimas siendo éstas, sin embargo, las principales activistas y promotoras de la paz. De este modo, se pretende incluir a las mujeres en la solución de los conflictos, y defiende con gran acierto que ello ha de hacerse en todas sus fases, esto es, desde la negociación para la paz hasta la reconstrucción del pacto y la toma de decisiones para la nueva sociedad que es de donde fueron y aún permanecen excluidas las mujeres evidenciando que, a partir de los informes anuales presentados, la aplicación práctica de esta Resolución se resiente. Esto le lleva a concluir que para avanzar es necesaria una mayor presencia de las mujeres y su voz en la toma de decisiones y una nueva manera de ejercer el poder, esto es, lo que se ha llamado Democracia paritaria. Vinculado a esas nuevas formas o métodos de realizar las cosas, acaba el autor el capítulo aludiendo a un concepto, desde mi punto de vista relevante y no lo suficientemente entendido y valorado al distinguir entre maternidad y maternaje. Por el que el hecho de que sólo las mujeres tengan la capacidad biológica de la maternidad no significa que no se deriven las mismas responsabilidades aceptadas e individualmente decididas por el padre y la madre de ser, precisamente, eso, el padre y la madre de la hija o el hijo con la igual proyección emocional y la coparticipación educacional que implica.

Finalmente, el Capítulo V, el que cierra esta obra, nos revela, como su título indica, la educación como la brújula de la ciudadanía y, en consecuencia, del pleno goce de los derechos. Así, se halla de nuevo presente la idea de democracia ligada a la ciudadanía y a la educación. Tras las espléndidas palabras de Virginia Woolf, un referente presente a lo largo de toda la obra, el autor defiende la idea de democracia que contempla una forma de estar en convivencia conforme a una serie de valores. Advierte sobre la importancia del Estado y de la educación en el aprendizaje de los valores cívicos particularmente en el proceso de hallar el equilibrio entre el ejercicio de las diferencias y el respeto de un míni-

mo común. Bajo este prisma se detiene a realizar un amplio análisis de la educación para la ciudadanía en el sistema educativo español. Tras un repaso del multifacético contenido del art. 27 CE, destacando su compleja configuración ideológico-política y, en consecuencia, su continua transformación legislativa y su dual naturaleza, dada su dimensión prestacional y su contenido de libertad, el autor explica oportunamente el trasfondo de la materia Educación para la ciudadanía. Lo hace, fundamentalmente, a partir de la Recomendación 12 de 2002 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, relativa a la educación para la ciudadanía democrática. Desarrolla esta cuestión apuntando los objetivos que se persiguen, los métodos que se pretenden y algunas prácticas que pueden emprenderse. Asimismo, hace referencia a otras iniciativas en el ámbito internacional y, particularmente, en el europeo, que han promovido este tipo de materias.

Posteriormente, el profesor Salazar ofrece un meditado y riguroso análisis de la materia Educación para la ciudadanía desde la LOE. Se explica la esencia de la inclusión de esta materia en el sistema educativo español concretando la nomenclatura concreta que recibe la materia en cada etapa educativa quedando afectados los alumnos y alumnas de entre 10 y 18 años. Asimismo, se perfila el contenido básico que gira en torno a la ciudadanía democrática, esto es, el conocimiento de las normas y su cumplimiento desde el respeto a los derechos humanos y a la pluralidad; la resolución pacífica de conflictos tanto en el aspecto preventivo como resolutorio de la violencia y, finalmente, la igualdad de mujeres y hombres que implica el reconocimiento de las diferencias al tiempo que la igualdad de derechos y oportunidades, así como el rechazo de estereotipos y el fomento de la igualdad real. A continuación, el autor ofrece todos los elementos del discurso y nos expone detalladamente la polémica que ha suscitado esta materia tanto en la confrontación política como en la posición asumida por la Iglesia Católica y secundada por los padres y madres objetores de conciencia. Así, resume que la trascendencia constitucional de esta polémica reside básicamente, en conexión con el Estado democrático, en los límites de la libertad de conciencia a determinadas obligaciones y en el papel del Estado en materia educativa. Entre los diversos argumentos en contra, particularmente sorprendente resulta para el autor aquel que vincula esta materia con la religión. Otros esgrimidos por los objetores hacen referencia al adoctrinamiento moral y a la ideología propia de totalitarismos subyacente en la materia objeto de debate.

Estas cuestiones plantean diversos pronunciamientos judiciales que se exponen en la obra siendo especialmente destacables los que llegan al Tribunal Supre-

mo, quien huye de términos como adoctrinamiento y los sustituye por otros como el de información. Tampoco ve contrario a Derecho ni al Estado democrático que el Estado pretenda transmitir y fomentar valores cosustanciales al sistema constitucional, lo que no implica un posicionamiento del Estado en ningún sentido, sino un compromiso y el cumplimiento mismo de mandatos constitucionales, como los contenidos en los arts. 1.1, 9.2, 10.1 o 27.2 CE, sin que la libertad religiosa –sujeta al límite del orden público– sea incompatible con la información de valores desde la convivencia en ciudadanía y el pluralismo, cuestión discutida por los votos particulares. En definitiva, nos ofrece un vasto estudio de la cuestión desde diferentes ángulos que aportan una claridad absoluta al lector y una importante idea de su relevancia.

Finalmente, de manera comprometida, como lo hace a lo largo de la obra, el profesor Salazar nos dibuja el mapa abordado desde su propio prisma con gran naturalidad y sencillez y, asimismo, con una meditada elaboración y solidez de exposición. Así, no encuentra argumentos jurídicos-constitucionales que impidan la inclusión de una asignatura de este tipo en el sistema educativo. De este modo, la enseñanza de las religiones no tiene por que ser incompatible con la enseñanza en valores, sino complementaria teniendo en cuenta que ese espacio común tiene un enclave jurídico, vinculante para los poderes públicos y los ciudadanos y, especialmente, un encaje constitucional en el respeto a los derechos y con los límites y garantías que establece la Constitución.

Tras exponer pronunciamientos del TEDH o del TC alemán sobre la materia, el autor construye muy bien la conexión entre el art. 27.2 y el art. 10.1 CE lo que le conduce al reto de conciliar la igualdad con la diversidad en el contexto de lo que él denomina "mínimo común ético", es decir, los valores comunes, flexibles y transmitidos desde la reflexión, bajo los que es posible la convivencia y pervivencia de, a su vez, valores diferenciales que, en definitiva, señala el autor claramente, es lo que construye el concepto de ciudadanía. Bajo esta premisa manifiesta que la CE no es neutra, sino que, en este sentido, contiene un ideario acerca de los valores que ha de transmitir el sistema educativo, entre los que se encuentra la igualdad de mujeres y hombres. La escuela debe ofrecer desde este prisma todas las opciones para un libre desarrollo de la personalidad tal y como pretende la materia objeto de controversia e, incluso, aunque ello suponga un cierto distanciamiento con las opciones vinculadas a la familia o a la cultura en la que también se educa la persona. En cualquier caso, los padres y madres pueden libremente continuar inculcando la ideología que prefieran a sus hijos al igual, matiza espléndidamente el autor, que los hijos bajo su propio derecho a la libertad de conciencia pueden no comulgar con las enseñanzas y creencias de sus



padres y/o madres. Todo ello cobra especial trascendencia cuando las herencias culturales pueden lesionar intereses del menor y este desea apartarse de su origen ideológico, lo que debe hacerse sin ninguna repercusión negativa para el menor. El autor resuelve muy bien estas cuestiones conectando el papel de la materia Educación para la ciudadanía en un contexto multicultural incidiendo en la idea de que la construcción de valores comunes democráticos, necesaria en la diversidad, ha de ser un proceso evolutivo y constante basado en el diálogo y fomentado desde la educación.

A continuación, se muestra conforme con el pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de objetar de los padres a la asignatura Educación para la ciudadanía sin ninguna previsión legal bajo el único soporte jurídico del genérico derecho a la libertad de conciencia. Entre otros aspectos, ello, como bien subraya el profesor Salazar, vendría a hacer individualmente disponibles por las personas las normas jurídicas y cuestionar la vinculación de los ciudadanos a los valores constitucionales y al ordenamiento jurídico. No obstante, también considera relevante la manera en la que se imparte esta asignatura apelando a la reflexión crítica y huyendo del proselitismo y el dogma. Tras hablar de los mecanismos de que disponen los padres si observan alguna mala práctica en la enseñanza de esta materia, el autor aborda el tema de la enseñanza de las religiones en los centros educativos públicos. Le parece que el camino para trazar ese puente de unión entre los valores comunes y la diversidad y la pluralidad es el laicismo.

Es en este capítulo donde va creando un mapa de conclusiones trayendo a colación poco a poco ideas desarrolladas con anterioridad dotándolas de una concisión argumental que nos dibuja un perfecto encuadre de la situación jurídica y social en torno a los ejes trazados de ciudadanía, división de espacios, diversidad cultural e igualdad.

En definitiva, creo que es esta una obra bien elaborada, de cuidado lenguaje y meditado discurso, fruto de un vasto conocimiento, análisis exhaustivo y de una excelente argumentación jurídica, a través de la cual, el autor pone de relieve los aspectos más relevantes de un tema de extraordinaria envergadura, complejidad y actualidad que, sin embargo, aún es poco tratado y valorado por la doctrina. Por ello, también se convierte en un estudio novedoso que aporta ideas inéditas. Es, en este sentido, una obra en la que es posible aprender, en la que el Profesor Salazar extrae los conceptos ya acuñados pero en un contexto novedoso y actual en constante evolución con numerosos datos y citas sin descuidar ningún aspecto ni dejar de contemplar alguno de los argumentos que puedan esgrimirse. Asimismo, añade una amplia bibliografía general y en cada punto así como estudios

jurisprudenciales de máxima incidencia. Sorprende el dominio del autor de cada tema que propone y la espléndida documentación que aporta incluso en el texto reflejado en las notas a pie de página o el exquisito acierto con el que comienza cada capítulo con una importante cita. El conjunto ofrece, pues, una extraordinaria riqueza bibliográfica, documental y muy especialmente argumental.

Finaliza la obra definiendo el propio título que no podía estar mejor escogido pues Cartografía se define como el arte de trazar mapas aunque está en el autor la sensibilidad personal y el talento del jurista profesional de saber hacerlo.

Podría concluirse que las piedras angulares que sustentan el recorrido para la igualdad efectiva pasan en el futuro por una revisión del espacio público y me atrevería a decir que, en consecuencia, también del privado, así como de las conquistas alcanzadas para evitar retrocesos. Se habrán de consolidar, pues, las estructuras educacionales y sociales que, desde la idea de ciudadanía, alberguen las diferencias de identidades bajo los valores democráticos comunes que permitan la convivencia en paz de todos y de todas.



**Dep. Legal:** TO-984-2000  
**ISSN:** 1139-0026  
**Edita:** Cortes de Castilla-La Mancha  
**Diseño:** Jer Publicidad  
**Impresión:** Grafox

---







