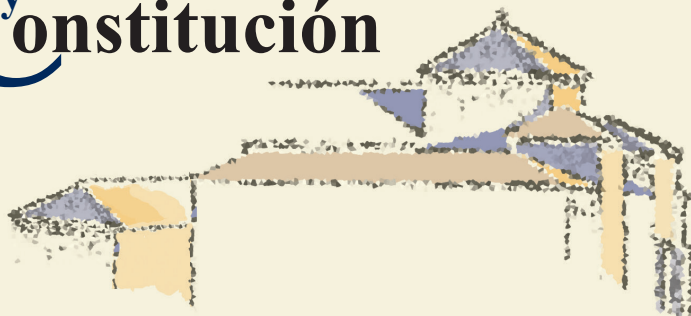




Parlamento y Constitución



Anuario

SUMARIO

I. ESTUDIOS

- Luis López Guerra, "La protección de derechos económicos y sociales en el convenio europeo de derechos humanos"
- Ángel Luis Alonso de Antonio, "¿Es conforme a Derecho un nuevo modelo de financiación de Cataluña basado en el concierto económico?"
- Tomás Vidal Marín, "Un derecho clásico pero de rabiosa actualidad: algunas consideraciones constitucionales sobre el derecho de huelga"
- Jesús López de Lerma, "Procesos en las Cortes de Cádiz. El caso de la carta impresa en el procurador general de la Nación y del rey"
- Soledad Suárez Rubio, "Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho a la vida privada: los perfiles de la creación de un amplio derecho de privacidad"

II. ARTÍCULOS Y NOTAS

- Néstor Pedro Sagüés, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. A propósito de la «constitución convencionalizada»"
- José Miguel Cabrales Lucio, "Algunas notas sobre la construcción doctrinal y jurisprudencial de la presunción de constitucionalidad de la ley en Estados Unidos de América"
- Milton Emilio Castellanos Gout, "Acerca del concepto, origen y desafíos de la forma federal de Estado -comentarios sobre la actualidad del debate en España-"
- Xavier Garaicoa Ortiz, "Para una concepción de justicia y legitimidad en el Estado constitucional"

III. RECENSIONES

- Francisco Javier Díaz Revorio, "Ciudadanos y gobernantes ante la crisis (comentario al libro Yo, ciudadano de Pedro J. González-Trevijano)"
- Francisco Javier Díaz Revorio, "Los sistemas electorales autonómicos" (comentario al libro de Joan Oliver Araujo)

IV. CRÓNICAS

- (1 de enero de 2011 a 31 de diciembre de 2011)
- Enrique Belda Pérez-Pedrero, "Introducción a la figura de la presidencia de las asambleas parlamentarias españolas. Ubicación tipológica y rasgos característicos"
- Tomás Vidal Marín, "De nuevo el sistema electoral de Castilla-La Mancha ante el Tribunal Constitucional: Comentario a la STC 19/2011"
- María Martín Sánchez, "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas"
- M^a del Pilar Molero Martín-Salas, "Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha"
- Joaquina Guerrero Sanz, "Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha" (años 2010 y 2011)
- M^a. Elena Rebato Peño, "Reseña de actividades de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha"

CONSEJO DE REDACCIÓN

Vicente Tirado Ochoa. *Presidente de las Cortes de Castilla-La Mancha.*

Emilio Sanz Sánchez. *Presidente del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.*

Manuel Antonio Mirón Ortega. *Letrado Mayor de las Cortes de Castilla-La Mancha.*

Fátima Guadamillas Gómez. *Vicerrectora de Docencia y Relaciones Internacionales de la UCLM.*

Pedro José Carrasco Parrilla. *Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo.*

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

Francisco Calvo Cirujano. *Letrado de las Cortes de Castilla-La Mancha.*

COMISIÓN ACADÉMICA

Enrique Belda Pérez-Pedrero. *Profesor Titular de Derecho Constitucional UCLM. Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.*

F. Javier Díaz Revorio. *Catedrático de Derecho Constitucional UCLM. Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.*

Eduardo Espín Templado. *Catedrático de Derecho Constitucional UCLM. Magistrado del Tribunal Supremo.*

José Luis García Guerrero. *Profesor Titular de Derecho Constitucional UCLM.*

M^a Luz Martínez Alarcón. *Profesora Titular de Derecho Constitucional UCLM.*

Marcos Francisco Massó Garrote. *Profesor Titular de Derecho Constitucional UCLM.*

Elena Rebato Peño. *Profesora Titular de Derecho Constitucional UCLM.*

Tomás Vidal Marín. *Profesor Titular de Derecho Constitucional UCLM.*

DIRECTORES

Eduardo Espín Templado. *Catedrático de Derecho Constitucional UCLM. Magistrado del Tribunal Supremo.*

F. Javier Díaz Revorio. *Catedrático de Derecho Constitucional UCLM. Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.*

SECRETARIA

María del Pilar Molero Martín-Salas. *Profesora Ayudante 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 Aguiar de Luque. *Universidad Carlos III.*

Eliseo Aja Fernández. *Universidad de Barcelona.*

Enoch Alberti Rovira. *Universidad de Barcelona.*

José Asensi Sabater. *Universidad de Alicante.*

Francisco Bastida Freijedo. *Universidad de Oviedo.*

Paloma Biglino Campos. *Universidad de Valladolid.*

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

José Luis Cascajo Castro. *Universidad de Salamanca.*

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

Javier Corcuera Atienza. *Universidad del País Vasco.*

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

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

Javier García Roca. *Universidad de Valladolid.*

Ángel Garrorena Morales. *Universidad de Murcia.*

Ángel Gómez Montoro. *Universidad de Navarra.*

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

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

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

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

José Antonio Montilla Martos. *Universidad de Granada.*

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

Alberto Pérez Calvo. *Universidad Pública de Navarra.*

Javier Pérez Royo. *Universidad de Sevilla.*

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

Manuel Ramírez Jiménez. *Universidad de Zaragoza.*

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

Alejandro Saiz Arnaiz. *Universidad del País Vasco.*

Remedio Sánchez Férriz. *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.*

Ricardo Combellas. *Universidad Central de Venezuela.*

Krystian Complak. *Universidad de Wrocław.*

José Ramón Cossío Díaz. *Corte Suprema de Justicia de la Nación, México.*

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

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

José Xavier Garaicoa Ortiz. *Universidad de Guayaquil.*

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

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

Peter Häberle. *Universidad de Bayreuth.*

César Landa Arroyo. *Tribunal Constitucional de Perú.*

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

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

Lucio Pegoraro. *Universidad de Bolonia.*

Alessandro Pizzorusso. *Universidad de Pisa.*

Carlos Restrepo Piedrahita. *Universidad Externado de Colombia.*

Roberto Romboli. *Universidad de Pisa.*

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

Antonio Ruggeri. *Universidad de Messina.*

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

Sofía Sagüés. *Universidad Católica Argentina.*

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 2011

Nº 14

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

Anuario



C y **P**arlamento
Constitución

ENVÍO DE ORIGINALES

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

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

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

Los originales remitidos irán acompañados del archivo informático, formato Word, espaciado interlineal 1,5. Éste debe remitirse por correo electrónico a la siguiente dirección: FcoJavier.DRevorio@uclm.es o MariaPilar.Molero@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”, que aprobará o denegará su publicación y establecerá, en su caso, la sección del Anuario en la que se incluirá el trabajo. Para la publicación de un trabajo se tendrá en cuenta, además de la evaluación positiva por la Comisión, la temática del trabajo y la cantidad de trabajos que se haya recibido para cada edición del Anuario. Por este motivo no puede garantizarse la publicación de todos los trabajos recibidos, aunque en todo caso se contestará al remitente.

COLABORAN EN ESTE NÚMERO

Ángel Luis Alonso de Antonio.

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid.

Enrique Belda Pérez-Pedrero.

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

José Miguel Cabrales Lucio.

Doctor en Derecho por la Universidad de Castilla-La Mancha

Milton Emilio Castellanos Gout.

Profesor de la Universidad Autónoma de Baja California (México)

Francisco Javier Díaz Revorio.

*Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha. Con-
sejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.*

Xavier Garaicoa Ortiz.

*Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Guayaquil. Miembro de
la Academia Nacional de Historia del Ecuador.*

Joaquina Guerrero Sanz.

Letrada del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

Jesús López de Lerma.

*Doctor en Derecho y Licenciado en Ciencias de la Información. Profesor asociado de
Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha.*

Luis López Guerra.

*Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Catedrático de Derecho constitucio-
nal de la Universidad Carlos III.*

María Martín Sánchez.

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

M^a. Del Pilar Molero Martín-Salas.

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

M^a. Elena Rebato Peño

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

Néstor Pedro Sagüés.

*Profesor de la Universidad Católica Argentina, Rosario (Argentina). Presidente del Ins-
tituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.*

Soledad M^a Suárez Rubio.

Doctora en Derecho. Profesora Asociada de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Tomás Vidal Marín.

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



ÍNDICE

I. ESTUDIOS

Págs.

Luis López Guerra, “ <i>La protección de derechos económicos y sociales en el convenio europeo de derechos humanos</i> ”.	9
Ángel Luis Alonso de Antonio, “ <i>¿Es conforme a Derecho un nuevo modelo de financiación de Cataluña basado en el concierto económico?</i> ”.	31
Tomás Vidal Marín, “ <i>Un derecho clásico pero de rabiosa actualidad: algunas consideraciones constitucionales sobre el derecho de huelga</i> ”.	67
Jesús López de Lerma, “ <i>Procesos en las Cortes de Cádiz. El caso de la carta impresa en El Procurador General de la Nación y del Rey</i> ”.	97
Soledad M ^a Suárez Rubio, “ <i>Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho a la vida privada: los perfiles de la creación de un amplio derecho de privacidad</i> ”.	121

II. ARTÍCULOS Y NOTAS

Néstor Pedro Sagüés, “ <i>Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. A propósito de la «constitución convencionalizada»</i> ”.	143
José Miguel Cabrales Lucio, “ <i>Algunas notas sobre la construcción doctrinal y jurisprudencial de la presunción de constitucionalidad de la ley en Estados Unidos de América</i> ”.	153
Milton Emilio Castellanos Gout, “ <i>Acerca del concepto, origen y desafíos de la forma federal de Estado -comentarios sobre la actualidad del debate en España-</i> ”.	181
Xavier Garaicoa Ortiz, “ <i>Para una concepción de justicia y legitimidad en el Estado constitucional</i> ”.	207

III. RECENSIONES

Francisco Javier Díaz Revorio, “ <i>Ciudadanos y gobernantes ante la crisis (comentario al libro "Yo, ciudadano" de Pedro J. González-Trevijano)</i> ”.	227
Francisco Javier Díaz Revorio, “ <i>Los sistemas electorales autonómicos</i> ” (comentario al libro de Joan Oliver Araujo).	235

IV. CRÓNICAS

(1 de enero de 2011 a 31 de diciembre de 2011)

Enrique Belda Pérez-Pedrero, “ <i>Introducción a la figura de la presidencia de las asambleas parlamentarias españolas. Ubicación tipológica y rasgos característicos</i> ”.	245
Tomás Vidal Marín, “ <i>De nuevo el sistema electoral de Castilla-La Mancha ante el Tribunal Constitucional: Comentario a la STC 19/2011</i> ”.	257
María Martín Sánchez, “ <i>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas</i> ”.	269
M ^a del Pilar Molero Martín-Salas, “ <i>Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha</i> ”.	279
Joaquina Guerrero Sanz, “ <i>Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha</i> ” (años 2010 y 2011).	301
M ^a . Elena Rebato Peño, “ <i>Reseña de actividades de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha</i> ”.	325

I. ESTUDIOS

SUMARIO

- **Luis López Guerra**, “La protección de derechos económicos y sociales en el convenio europeo de derechos humanos”
- **Ángel Luis Alonso de Antonio**, “¿Es conforme a Derecho un nuevo modelo de financiación de Cataluña basado en el concierto económico?”
- **Tomás Vidal Marín**, “Un derecho clásico pero de rabiosa actualidad: algunas consideraciones constitucionales sobre el derecho de huelga”
- **Jesús López de Lerma**, “Procesos en las Cortes de Cádiz. El caso de la carta impresa en el procurador general de la Nación y del rey”
- **Soledad Suárez Rubio**, “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho a la vida privada: los perfiles de la creación de un amplio derecho de privacidad”

LA PROTECCIÓN DE DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.¹

Luis López Guerra

Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

SUMARIO

- 1 *Introducción.*
- 2 *El efecto indirecto general de los derechos civiles.*
 - 2.1 *Artículo 6.1. Derecho a un proceso justo y derechos sociales.*
 - 2.2 *El principio de igualdad y sus manifestaciones.*
 - 2.3 *El Artículo 1 del Protocolo Adicional y el derecho de propiedad.*
 - 2.4 *Protección de la propiedad, principio de igualdad y derechos sociales.*
- 3 *Efectos reflejos del Convenio sobre los derechos sociales.*
- 4 *La libertad sindical como elemento instrumental.*
- 5 *Mandatos del Convenio con efectos directos sobre los derechos sociales.*
 - 5.1 *El artículo 4 del Convenio y la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado.*
 - 5.2 *Obligaciones positivas, derechos sociales y garantías mínimas de supervivencia: una cuestión abierta?.*

¹ El presente texto transcribe, con el añadido de alguna bibliografía, la conferencia pronunciada el 21 de enero de 2011 dentro del *Curso sobre derechos fundamentales y garantías constitucionales* dirigido por el profesor Díaz Revorio, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, de la Universidad de Castilla la Mancha

1. Introducción.

Basta una primera mirada al Convenio Europeo de Derechos Humanos (y a sus Protocolos posteriores) para verificar que sus disposiciones se refieren a los llamados derechos “de la primera generación”, esto es, aquellos derechos civiles que pretenden proteger al individuo frente a la injerencia de los poderes públicos en el ámbito de la libertad individual, sin que el Convenio verse sobre los llamados “derechos sociales”, entendiendo éstos como derechos a la obtención de prestaciones (económicas, educacionales, asistenciales o de otro tipo, incluyendo la garantía de determinadas condiciones de vida y trabajo) por parte de los poderes públicos o de sujetos privados². Ello se explica usualmente partiendo de que los autores del Convenio Europeo y los posteriores protocolos pretendían, desde una perspectiva que pudiéramos llamar hoy “realista”, reconocer derechos que pudieran ser objeto de una protección efectiva. Parecía claro, cuando se redactó el Convenio, que en aquellos momentos era una tarea difícil, quizás imposible, garantizar derechos sociales y económicos cuya protección supone cuantiosos costes y gastos por parte de los poderes públicos. Por ello, el mecanismo de defensa de derechos individuales en el seno del Consejo de Europa ha sido el resultado de una separación de áreas y tareas. Por un lado los derechos “clásicos”, civiles y políticos se verían protegidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, y dispondrían de una garantía jurisdiccional, por medio de la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; mientras que, en un momento posterior, los derechos sociales serían objeto de otro texto, la Carta Social Europea de 1961, que otorgaría un grado menor de protección, de naturaleza no jurisdiccional.

En términos generales, esta situación se sigue manteniendo, si bien con notables matizaciones. Por una parte, la Carta Social Europea fue reformada en 1999, concediendo mayores atribuciones al órgano supervisor por ella creado, el Comité Europeo de derechos sociales; pero sin convertirlo en un órgano jurisdiccional³. Pero sobre todo, porque esta división de funciones no ha supuesto (como

2 Entre la abundante literatura sobre los derechos sociales en el Convenio, ver Eberhard EICHENHOFER, “Der sozialrechtliche Gehalt der EMRK-Menschenrechte” en Christine HOHMANN-DENNHART et. (eds). *Grundrechte und Solidarität: Durchrechnung und Verfahren: Festschrift für Renate Jaeger*, Kehl, N.P. Engel, 2011, pps. 625-638, así como las contribuciones de varios autores a *Les droits sociaux et la CEDH: actes du colloque du Concours Habeas Corpus*, Sarrebruck, Editions universitaires européennes, 2010; Christian TOMUSCHAT, “Social Rights and the European Convention on Human Rights” en Stephan BREITENMOSEER, ed. *Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat: Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Zurich, Dike, 2007.

3 Ver al respecto Jean-Pierre MARGUÉNAUD, “Le Comité européen des droits sociaux, un labo-

pudo temerse en un principio) que el sistema europeo de protección de derechos humanos creado por el Convenio excluyese la protección de los derechos sociales, en cuanto atribuida a otras instancias.

Desde luego, el Convenio Europeo no es una declaración de derechos sociales. Tampoco se ha querido añadir al Tribunal de Estrasburgo (aun cuando no han faltado propuestas al respecto)⁴ una Sala jurisdiccional en materia de derechos sociales. Sin embargo, la interpretación de los preceptos del Convenio por la jurisprudencia del Tribunal⁵ ha dado lugar a un continuo desarrollo de la protección de los derechos allí reconocidos, que ha resultado en una considerable evolución del sistema inicial para la protección de los derechos humanos. En lo que aquí interesa, más de sesenta años después de la entrada en vigor del Convenio, y de cincuenta años tras la puesta en funcionamiento del Tribunal, es ya claro que las previsiones del Convenio se han proyectado, con una influencia muy considerable en el ámbito de los derechos sociales.

Hace ya tiempo que el Tribunal ha reconocido (y en esto se ve acompañado por la mayoría de la doctrina académica) que no es posible establecer una tajante

ratoire d'idées sociales méconnu" en *Revue de Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger*, 3 (2011) pps. 685-717. Para una exposición de la actuación del Comité, Luis JIMENA QUE-SADA, *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007. También, Florence BENOÎT-ROHMER, "The impact of the European Convention on Human Rights on the jurisdictionalisation of the European Committee of Social Rights" en Nikitas ALIPRANTIS *et. al.* (eds.) *Social rights: challenges at European, regional and international levels*, Bruselas, Bruylant, 2010, pps. 233-250.

4 Una exposición de propuestas sobre este tema puede encontrarse en Carmen MORTE GOMEZ y Sergio SALINAS ALCEGA, "Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos" en Antonio EMBID IRUJO (dir.), *Derechos Económicos y Sociales*, Madrid, Iustel, 2009, pps. 359-412, así como en Jean François AKANJI-KOMBÉ, "Charte sociale européenne et Convention européenne des droits de l'homme: quelles perspectives pour les dix prochaines années?" en O.DE SCHUTTER, *The European Social Charter: a Social Constitution for Europe*, Bruselas, Bruylant, 2010, pps. 147-165.

5 Para una visión general, Lech GARLICKI, "International protection of social rights (A Judge made part of the European Convention on Human Rights?)" en Mo JIHONG, ed. *Study on the worldwide Constitutional Law*, China Global Culture Publishing House, Hung Hon, Kowloo, 2011, pps.3-36 ; Jean Paul COSTA, "La Cour européenne des Droits de l'Homme et la protection des droits sociaux" en *Revue Trimestrelle des Droits de l'Homme*, 82(2010) pps. 207-216; Frédéric SUDRE, "La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de jurisprudence-fiction ?" en *Revue Trimestrelle des Droits de l'Homme*, 55(2003) pps. 755-788 ; Françoise TULKENS, "Les droits sociaux dans la jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des Droits de l'Homme" en Florence BENOIT-ROHMER y Constance GREWE, eds. *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Estrasburgo, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, pps 117-143; Carmen MORTE GOMEZ y Sergio SALINAS ALCEGA, "Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos" *op. cit* (nota 3).

distinción entre derechos civiles y derechos sociales. Los derechos humanos, en su conjunto, se encuentran estrechamente interconectados, y ejercen una continua y recíproca influencia unos sobre otros. Como el Tribunal señaló en 1979 en *Airey contra Irlanda*, “El Tribunal es consciente de que el progreso en la puesta en práctica de los derechos económicos y sociales depende en gran manera de la situación –sobre todo, la situación económica- existente en el Estado de que se trate. Por otra parte, el Convenio debe interpretarse a la luz de las condiciones de cada momento (ver la sentencia citada Marckx, p. 19, párr. 41) y está diseñado para salvaguardar al individuo de forma práctica y efectiva en las áreas sobre las que el Convenio versa (...). Si bien el Convenio establece lo que son esencialmente derechos civiles y políticos, muchos de ellos tienen implicaciones de naturaleza social y económica. Por ello el Tribunal estima, en la misma forma que la Comisión, que el mero hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse en la esfera de los derechos económicos y sociales no debe ser un factor decisivo contra esa interpretación; no hay una división estanca que separe esa esfera de la del ámbito protegido por el Convenio”.

Este enfoque ha dado lugar a una aplicación e interpretación del Convenio que ha tenido profundas consecuencias en la protección de los derechos “de la segunda generación”. La jurisprudencia del Tribunal en este sentido se ha basado en varios tipos de consideraciones.

La primera de ellas se refiere a la proyección, o efecto indirecto general de los derechos “clásicos” o de primera generación, reconocidos en el Convenio, a través de la jurisprudencia del Tribunal, en el ámbito de los derechos económicos y sociales. Este tipo de enfoque tiene especial trascendencia en la jurisprudencia relativa al artículo 6 del Convenio, que reconoce el derecho al proceso debido y que se ha interpretado como aplicable también en materia de derechos sociales; al artículo 14, que prohíbe la discriminación, y al artículo 1 del Protocolo número 1 (Protocolo Adicional) que reconoce el derecho de propiedad, bien considerado aisladamente, bien en relación con el artículo 14 del Convenio.

Una segunda línea de proyección del Convenio sobre los derechos sociales sería el reconocimiento de la inclusión de esos derechos entre los intereses jurídicamente protegidos que pueden modular y delimitar los derechos expresamente reconocidos en el Convenio. Este enfoque (que pudiéramos denominar “efecto reflejo” de los derechos sociales) se basaría en la admisión por la jurisprudencia en desarrollo del Convenio de la presencia de eventuales límites a los derechos allí reconocidos, fuera naturalmente de los llamados derechos “de contenido absoluto” (*absolute rights*).

En tercer lugar, cabe señalar la presencia de derechos del Convenio que, sin referirse directamente a derechos sociales, sí suponen un cauce instrumental para su defensa: tal sería el caso del artículo 11 del Convenio, en lo referente al derecho de asociación, en su vertiente sindical, así como aquellos derechos vinculados a éste.

Un último tipo de tipo de consideraciones relevantes en la materia deriva de la presencia en el Convenio y sus protocolos de varios derechos que pueden incluirse en el ámbito de la protección directa de los derechos sociales, bien en forma expresa, como sería el artículo 4 (prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado) bien en relación con las obligaciones positivas de las autoridades de preservar condiciones básicas para la supervivencia de las personas, en condiciones compatibles con la dignidad humana. Se trata, esta última, de una línea jurisprudencial en una fase inicial, cuyo posterior desarrollo y límites no está aún definido.

2. El efecto indirecto general de los derechos civiles.

La concepción clásica de los derechos civiles partía inicialmente de la visión ideal de la sociedad propia del liberalismo, visión según la cual los ciudadanos, libres e iguales, se verían provistos de comunes instrumentos jurídicos para defender sus respectivos intereses. Pero la realidad ha mostrado que los niveles de acceso a esos instrumentos jurídicos son muy diferentes, dependiendo de la posición social y de los recursos de los afectados. Por ello, el acceso general a los derechos civiles, independientemente de la posición social, o de los recursos económicos del individuo, aparece como una condición para que esos derechos sean reales y efectivos para todos. En particular, el acceso a algunos derechos civiles se muestra como esencial para la defensa de los intereses de todo tipo de los sectores tradicionalmente más desfavorecidos. Ello se hace particularmente evidente en lo que se refiere al derecho a la tutela por los tribunales de los propios derechos e intereses (art. 6.1 del Convenio) y a la correcta aplicación del principio de igualdad y no discriminación (art. 14 y Protocolo 12 del Convenio), así como al alcance que se dé al “derecho de propiedad” del artículo 1 del Protocolo Adicional. La jurisprudencia del Tribunal Europeo ha venido a insistir en que los derechos reconocidos en el Convenio no tienen un carácter meramente formal, sino que deben entenderse como derechos “reales y efectivos” (*Airey c. Irlanda*, 1979, *Kuric contra Croacia*, 2002, *Multiplex contra Croacia*, 2003, entre otros muchos) y en la necesidad de evitar interpretaciones del Convenio que conviertan esos derechos en inoperantes o que restrinjan un adecuado acceso a los mismos.

2.1. Artículo 6.1. Derecho a un proceso justo y derechos sociales

Para comenzar con el artículo 6.1, valga recordar que este mandato reconoce el derecho a un proceso equitativo ante los Tribunales a la hora de decidir sobre “derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal” dirigida hacia una persona.

Sin duda, el derecho a un proceso justo (*due process of law*) representa la clave de bóveda de cualquier sistema de protección de derechos. La existencia de la protección jurisdiccional se constituye en la cláusula de cierre del Estado de Derecho, al encargar la resolución de los conflictos sobre derechos e intereses (incluso afectando a los poderes públicos) a un órgano imparcial e independiente. Aparentemente, el derecho a un proceso justo sería el ejemplo típico de un derecho “civil” de primera generación, abierto a todos en igualdad de condiciones, sin relación alguna con las garantías específicas los derechos sociales. Sin embargo, y como es bien sabido, tal no ha sido el caso en la práctica. Las dificultades de acceso a los Tribunales (culturales, técnicas económicas) en muchos supuestos restringen la posibilidad de acudir a la garantía jurisdiccional a sectores reducidos y privilegiados de la población, convirtiendo de hecho en muchos casos a la justicia en una “justicia de clase”.

La extensión de la protección jurisdiccional a todos los ciudadanos, independientemente de su posición y recursos aparece así como precondition para la misma efectividad de los derechos de tipo social, relacionados con la “procura existencial”, sean éstos de tipo contractual, prestacional, asistencial o de otra categoría. Si no está asegurada una protección jurisdiccional universal, la misma existencia de los derechos sociales se convertiría en ilusoria.

Es decisiva a este aspecto la interpretación que se dé a la extensión de la protección al derecho al proceso justo que ofrece el Convenio Europeo en su artículo 6.1. Si bien la protección establecida por este artículo se refiere tanto a la jurisdicción civil como a la penal, cobra especial importancia determinar, en lo que aquí interesa, si la protección jurisdiccional de los “derechos y obligaciones de carácter civil” exigida por el Convenio incluye también la protección de los derechos “sociales” (prestacionales o de otro tipo). La cuestión que se plantea, pues, es la de si, sea cual sea el contenido material del derecho social que se invoca, y sea cual sea la respuesta que obtenga el ciudadano a sus demandas al respecto, tiene derecho a exigir y defender ese derecho ante una instancia jurisdiccional con las garantías del artículo 6.1 del Convenio.

Pues bien, la jurisprudencia del Tribunal ha ido definiendo progresivamente lo que debe entenderse por “derechos y obligaciones civiles” y, ciertamente, según el Tribunal, el contenido de ese concepto va más allá de su comprensión restringida como referidos sólo a derechos y obligaciones situadas meramente en la esfera clásica del Derecho civil. El Tribunal ha elaborado un concepto “autónomo” de derechos y obligaciones civiles, concepto que ciertamente incluye materias relativas a derechos y prestaciones sociales, tales como los que versan sobre pensiones (así *Massa contra Italia*, 1993) los que resultan de relaciones o contratos laborales (así en *Buchholz c. Alemania*, 1981, en un caso de despido improcedente) así como, con mayores matices, y teniendo en cuentas las características de la función pública, los que derivan del empleo en el sector público (en una evolución que va desde *Pellegrin c. Francia*, 1999; a *Vilho Eskelinen c. Finlandia*, 2007) . Ello dentro de una línea general, que tiende a excluir o interpretar restrictivamente las áreas “exentas” del control judicial, esto es, fuera de la aplicación del artículo 6.1.

Desde luego, del artículo 6.1 y del derecho a un juicio justo no derivan, ciertamente, derechos sociales de índole sustantiva; pero lo que es decisivo es que, en la concepción del Tribunal, si el Derecho interno reconoce tales derechos, el Convenio garantiza que los que pretendan ostentarlos podrán presentar ante los Tribunales las correspondientes pretensiones basadas en la normativa vigente, a efectos de obtener sobre las mismas una decisión judicial con las debidas garantías. En otros términos, se ha venido a introducir una “garantía jurisdiccional universal” respecto de las pretensiones relativas a derechos sociales: la garantía de que esas pretensiones serán examinadas por los órganos judiciales, de acuerdo con las reglas del proceso debido. El artículo 6.1 del Convenio no reconoce derechos sociales, pero cuando sean reconocidos por el derecho nacional, asegura su defensa y justiciabilidad ante los tribunales domésticos. Esta línea se ha visto incluso reforzada señalándose la relevancia, para la misma supervivencia de la persona, de los derechos sociales (por ejemplo, el derecho a la vivienda) y la importancia de su defensa jurisdiccional (así en el caso *McCann contra Reino Unido*, del año 2008, en que vino a precisarse que el beneficiario de una vivienda social no podía verse privado de su derecho sin intervención judicial, ya que el derecho a alojamiento debía considerarse como una “propiedad” protegida no sólo en su aspecto sustantivo (por el artículo 1 del Protocolo Adicional) sino también en su aspecto procesal, por el artículo 6.1 del Convenio, en su aspecto relativo a los derechos y obligaciones civiles.⁶

⁶ Ver más abajo, apartado 2.3, relativo al derecho de propiedad.

Esta “justiciabilidad de los derechos sociales” se ha visto considerablemente reforzada a partir de la entrada en vigor del Protocolo 11 en 1998, reconociendo el derecho a presentar demandas individuales directamente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y en la jurisprudencia del Tribunal, ha dado lugar a desarrollos de considerable interés en aspectos concretos, referentes al derecho a la protección por los tribunales de derechos de contenido inequívocamente “social” o prestacional, al insistir el Tribunal en que la defensa de derechos no debe ser meramente formal, sino real y efectiva.

Valga señalar, por ejemplo, la posición del Tribunal respecto del acceso efectivo a la justicia, frente a las dificultades derivadas de los costes del proceso, particularmente en cuanto a las tasas judiciales y la asistencia jurídica profesional. Este aspecto es decisivo, ya que precisamente los costes de acceso a la justicia han supuesto un freno a la efectiva defensa jurídica de los intereses de los menos favorecidos. Por ello, la jurisprudencia del Tribunal ha venido a establecer por un lado, que esta garantía jurisdiccional exige que el coste del acceso a los Tribunales no sea desproporcionado respecto de los medios de las partes (*Bakan c. Turquía*, 2007) y por otro, que deberá incluir el derecho a asistencia jurídica gratuita cuando el recurrente no pueda afrontar el coste del proceso (*Airey, cit.*)

En una línea similar, de desarrollo “social” del artículo 6.1, el Tribunal ha podido señalar que las dilaciones indebidas en el procedimiento resultan especialmente vulneradoras del derecho al proceso justo cuando inciden sobre situaciones de particular vulnerabilidad, en que la duración del procedimiento afecta gravemente los intereses económicos del afectado, a veces en forma irreversible. La materia objeto del litigio no es indiferente en cuanto a la apreciación de la presencia de dilaciones contrarias a la garantía del artículo 6.1. Tal sería el caso (en la perspectiva que aquí interesa) en supuestos en que lo que se decide es la misma capacidad de ejercer la profesión propia, o en aquellos casos en que lo que se ventila es la misma fuente de recursos económicos del afectado, como podría ser el caso de las pensiones. En estos supuestos, en que los afectados se ven en situaciones claramente desfavorables en el orden social y económico, la garantía jurisdiccional de los derechos y obligaciones comprende una obligación de los poderes públicos en el sentido de no dilatar excesivamente el procedimiento, y si ello se hubiera producido, de llevar a cabo la adecuada compensación.

En otra dimensión, las garantías propias de juicio justo son también exigibles en los procedimientos en materia social (sobre todo en lo que se refiere a cuestiones relativas a la contratación y despidos laborales) en aspectos como la imparcialidad e independencia de los órganos jurisdiccionales. Aun reconociendo las

peculiaridades en los diversos países de esos órganos en materia laboral, el Tribunal ha insistido en que la composición de los órganos jurisdiccionales en esas materias debe responder a los criterios que garanticen la imparcialidad subjetiva y objetiva de sus miembros. Admitiendo la existencia de Tribunales específicos de trabajo, a veces con un carácter mixto (con jueces profesionales y jueces ad-juntos no profesionales) la jurisprudencia del Tribunal Europeo no admite que esa especificidad se refleje en una disminución de las necesarias garantías del proceso justo (por ejemplo, *Luka contra Rumanía*, 2009).

2.2. El principio de igualdad y sus manifestaciones.

Una segunda manifestación de la proyección indirecta de las previsiones del Convenio sobre el reconocimiento y protección de los derechos sociales es la que resulta de la proclamación del principio de igualdad. Desde luego, este principio se muestra también como uno de los elementos clásicos de los derechos de primera generación, en cuanto se refiere a toda persona, independientemente de su posición social, y sin pretensión de protección específica a ningún sector. En términos generales, el principio de igualdad sería de carácter neutro, aplicable tanto a sujetos en posición social favorable como a otros en situaciones socialmente desventajosas⁷.

Como es bien sabido, la realidad es muy otra. A pesar de la proclamación generalizada en las Constituciones de la “igualdad ante la ley” lo cierto es que las características de la sociedad actual- en gran parte heredadas del pasado- colocan a amplios sectores de la población en una situación de clara desventaja frente a otros, tanto en el mismo texto de las disposiciones legislativas como en su aplicación práctica. Contribuyen a ello causas de todo tipo: culturales, nacionales, tradicionales, que sitúan a muchas personas (por razones de raza, falta de recursos o de nivel educativo, extranjería, religión, sexo) en posiciones de inferioridad real en cuanto a la protección de sus derechos. Por ello, y de nuevo, la vigencia en la práctica, y para todos, de un derecho “de primera generación”, como es el derecho a no ser discriminado, puede convertirse en garantía real de otros derechos de otro tipo.

⁷ Para un panorama de las cuestiones derivadas del mandato de no discriminación, ver, Frédéric SUDRE (ed), *Le droit à la non discrimination au sens de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Bruselas, Bruylant/ Nemesis, 2008. En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, Françoise TULKENS, “L’evolution du principe de non-discrimination à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme” en Jean-Yves CARLIER, ed. *L’etranger face au droit. XX Journées d’études juridiques Jean Dabon*, Bruselas, Bruylant, pps. 193-210.

El principio de igualdad cuenta con reconocimiento expreso en el Convenio Europeo, y la jurisprudencia del Tribunal, dentro de su línea general, ha tratado de que se traduzca a términos reales y efectivos. Ahora bien, cabe distinguir dos manifestaciones diversas del principio.

Por un lado, el artículo 14 del Convenio contiene una previsión que ha tenido profundas consecuencias respecto del reconocimiento y protección de los derechos sociales y económicos. Este artículo establece que “el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

Esta disposición tiene un carácter relacional, aplicable con referencia a una lista concreta de derechos. En efecto, en una larga trayectoria, en casos como *Andrejeva c. Letonia* (2008) el Tribunal ha subrayado que “el artículo 14 no existe independientemente, puesto que tiene efectos únicamente en relación el disfrute de los derechos y libertades garantizados por otras previsiones sustantivas del Convenio y de los protocolos al mismo”. Es decir, ese artículo exige un tratamiento igual, no respecto de cualquier derecho, sino en cuanto a los derechos expresamente recogidos en el Convenio. Ahora bien, el Tribunal ha interpretado esta disposición en sentido amplio: la aplicación del artículo 14 no requiere necesariamente que se haya producido una violación de alguno de los derechos sustantivos garantizados por el Convenio, sino que basta para su aplicación que los hechos del caso se sitúen “dentro del ámbito” de uno o más de los artículos del Convenio o sus protocolos (*Gaygusuz c. Austria*, 1996). Aún cuando el artículo 14 no supone una prohibición general de toda discriminación, la prohibición en él contenida se refiere a aquellas materias relacionadas con los derechos expresamente reconocidos en el Convenio o sus protocolos. En consecuencia, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha llevado a cabo una interpretación extensiva del mismo, al considerar que prohibición de trato desigual o discriminación del artículo 14 del Convenio se extiende más allá del disfrute de los derechos y libertades que, según el Convenio, cada Estado firmante debe respetar. Se aplica también el citado artículo a aquellos derechos y libertades adicionales que se sitúen dentro del ámbito general de cualquiera de los artículos del Convenio que haya sido objeto voluntariamente de regulación por el Estado en cuestión (*Stec v. Reino Unido*, 2005).

Como ocurre respecto del artículo 6.1, el artículo 14 del Convenio no reconoce derechos sustantivos, sociales, económicos o de otro tipo: establece, de acuer-

do con la interpretación que le ha dado la jurisprudencia del Tribunal, que en aquellas áreas relacionadas con los mandatos del Convenio, toda discriminación, por los motivos en el artículo expresados, queda prohibida. Pero sus efectos son considerables, particularmente en aquellas materias “en el ámbito de” los derechos del Convenio como son los derechos a la vida familiar (art. 8), libertad de asociación (art. 11) derecho de propiedad o de educación (Protocolo Adicional, arts. 1 y 2), campos que son el área usual de aplicación de los derechos sociales y económicos, y en donde queda excluida la discriminación en los términos del artículo 14.

Alguna de las manifestaciones del alcance de este precepto en relación con materias concretas pudieran ser las referidas a la protección de sectores como los trabajadores extranjeros (así en el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, 1985, en virtud del principio de igualdad aplicado a las relaciones familiares), o de minorías desfavorecidas (así en el caso *Orsus contra Croacia* (2008) en materia de prestaciones educativas a la minoría gitana). Quizás la expresión más acabada del alcance del precepto se produce, como se verá más abajo, en relación un derecho concreto, el reconocido en el artículo 1 del Protocolo Adicional, que versa sobre el derecho de propiedad, en la interpretación que le ha dado el Tribunal. La combinación de ambas disposiciones ha supuesto, en efecto, una extensión “efectiva” del principio de igualdad, superadora de situaciones de evidente desventaja social.

Aún cuando la protección ofrecida por el artículo 14 del Convenio sea en todo caso, relativa o relacional (en cuanto que, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, el artículo 14 del Convenio prohíbe toda discriminación sólo en relación con el ámbito de los derechos reconocidos en el mismo) el artículo 1 del Protocolo 12 ha extendido esa protección mucho más allá, prohibiendo la discriminación respecto de todo derecho reconocido en el ordenamiento interno de los Estados miembros. En términos de este artículo, “El disfrute de todo derecho reconocido por la ley se garantiza sin discriminación basada en motivos como el sexo, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas o de otro tipo, el origen nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, la propiedad, el nacimiento o cualquier otro estatus.

Nadie será desfavorablemente discriminado por ningún poder público por cualquier motivo similar a los enumerados en el primer párrafo”.

Debe recordarse en todo caso que el protocolo número 12 ha sido ratificado únicamente por una parte de los Estados firmantes del Convenio, y por ello el

Tribunal no ha tenido muchas oportunidades para dictar jurisprudencia interpretando sus mandatos (un ejemplo inicial puede encontrarse en el caso *Sejdic y Fincci contra Bosnia Herzegovina*, 2009). Pero su eventual ratificación generalizada conducirá sin duda a una aplicación extensiva del principio de tratamiento igual en el campo de los derechos sociales. Y, desde luego, el Protocolo 12 ya surte efectos en los países que lo han ratificado.

Finalmente, en relación con la igualdad de trato, debe añadirse que en casos como *Thlimmenos contra Grecia* (2000) y *Chapman contra Reino Unido* (2001) el Tribunal ha extendido el alcance del principio de igual trato y no discriminación, señalando que en algunos casos podría estar justificado (e incluso resultar obligatorio) un tratamiento especial o distinto de situaciones aparente o formalmente iguales, debido a las circunstancias personales o sociales de los sujetos afectados. Esta interpretación (que implicaría una aceptación, como no contraria al Convenio, de la llamada discriminación inversa) se ha propuesto en favor de minorías religiosas y de grupos sociales general y tradicionalmente discriminados, como los gitanos (Roma), así como de categorías más amplias, como puede ser la constituida por las trabajadoras con hijos (ver por ejemplo *Andrle contra República Checa*, 2011, referente a diferencias en la edad de jubilación). Se trata de una línea jurisprudencial que aún requiere de mayor precisión en cuanto a su alcance, y que sin duda dará lugar a interpretaciones de interés en los casos a resolver por el Tribunal.

2.3. El derecho de propiedad: el Artículo 1 del Protocolo Adicional.

Por lo que se refiere al artículo 1 del Protocolo número 1 viene a establecer que, “toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho internacional”.

Esta previsión ha tenido profundas consecuencias en la protección de los derechos económicos y sociales, tanto por sí misma como en relación con el artículo 14 del Convenio que prohíbe el trato discriminatorio.

Como observación inicial, el desarrollo de la jurisprudencia relativa a la propiedad ha supuesto que el Tribunal considere que las prestaciones sociales (por ejemplo, prestaciones o subsidios en caso de desempleo, o las pensiones de jubilación o de cualquier otro tipo) están incluidas en el ámbito de protección del artículo 1 del protocolo adicional. (*Gaygusuz contra Austria*, 1996, y *Stec contra Reino Unido*,

2006). El Protocolo, como tal, no obliga a los Estados a crear o regular prestaciones o subsidios sociales; pero si un Estado establece este tipo de prestaciones en su ordenamiento jurídico, su disfrute es considerado por el Tribunal como un bien, empleando un concepto autónomo del término. En consecuencia, el Protocolo Adicional protege aquellos derechos sociales legalmente reconocidos, así como las expectativas legítimas de obtención de los mismos, de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada Estado. Como expresó el Tribunal en *Andrejeva contra Letonia*, (2008) “todos los principios aplicables genéricamente en aquellos casos relativos al artículo 1 del Protocolo 1 son igualmente relevantes en lo que se refiere a prestaciones sociales” Y a continuación matiza:” Así, este mandato no garantiza por sí mismo el derecho a adquirir propiedad, o, también por sí mismo, ningún derecho a una pensión de determinada cuantía. Además, el artículo 1 no establece restricción alguna sobre la libertad de los Estados firmantes a la hora de decidir si deben establecer o no algún sistema de seguridad social, o de elegir el tipo y cuantía de las prestaciones que se proporcionarían en ese sistema”.

En consecuencia, si en principio no se deriva del Protocolo Adicional la obligación para los Estados firmantes de establecer sistemas de protección o prestaciones sociales, si un Estado miembro posee legislación en vigor que establece el pago de una prestación social (sea en un sistema contributivo o no contributivo) esa legislación debe considerarse como generadora de un interés propietario dentro del ámbito del artículo primero del Protocolo Adicional.⁸

En efecto, y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, el derecho a prestaciones sociales protegido por ese artículo, no dependerá de la naturaleza contributiva o no contributiva del sistema de protección social. Aquellas personas que consideren que tienen derecho a prestaciones sociales que les han sido indebidamente denegadas podrán pedir la protección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mediante la correspondiente demanda. Y la denegación ilegítima de prestaciones sociales reconocidas por la ley (o de las expectativas fundadas en la ley al respecto), en cuanto supone la privación ilegítima de un bien, supondrá una vulneración del artículo primero del protocolo adicional.

Además, el Tribunal, a la hora de apreciar el equilibrio entre los intereses contrapuestos en la regulación del derecho de propiedad, no ha dejado de tener en cuenta la importancia de determinados bienes para la mayoría de la población en la sociedad actual. En el caso *Moskal contra Polonia* (2010) relativo a la

⁸ Para una visión del tema, Mel COUSINS, *The European Convention on Human Rights and Social Security Law*, Amberes, Intersentia, 2008

interrupción de una prestación social, que el Tribunal consideró que vulneraba el artículo 1 del Protocolo Adicional, el Tribunal estableció que “en los Estados democráticos modernos, muchos individuos, a lo largo de toda su vida o parte de ella, se encuentran, para su misma supervivencia, en situación de dependencia de la seguridad social o de otras prestaciones. Muchos sistemas legales nacionales reconocen que esos individuos necesitan de un grado de certeza y seguridad, y proporcionan, como un derecho, prestaciones que dependerán del cumplimiento de determinadas condiciones. Cuando un individuo tiene un derecho defendible, de acuerdo con el Derecho nacional, a una prestación social, la importancia de ese interés debe verse también reflejada en el reconocimiento de que el artículo 1 del Protocolo número 1 será aplicable”. Y el Tribunal extrae consecuencias de interés: “Como se señaló más arriba, en el contexto del derecho de propiedad, debe darse especial importancia al principio de buen gobierno (*good governance*). Es deseable que los poderes públicos actúen en forma absolutamente escrupulosa, en particular cuando se ocupan de materias de vital importancia para el individuo, tales como prestaciones sociales y otros derechos de propiedad.”

Un ejemplo de la jurisprudencia del Tribunal al respecto referida a España pudiera ser el caso *Muñoz Díaz contra España* (2009).⁹ En este supuesto (que como se verá, es también relevante desde la perspectiva del principio de igualdad) no sólo se reitera la condición de “bien” protegido por el artículo 1 del Protocolo Adicional de las prestaciones sociales establecidas por la ley, entre ellas la prestación por viudedad (o más concretamente, de las expectativas basadas en la ley al respecto) sino que viene a concluirse que, una vez establecidas las condiciones exigidas para estas prestaciones, y reconocida suficientemente su presencia por los poderes públicos (en este caso, el carácter de esposa de la recurrente, con respecto al causante de la pensión) no cabe legítimamente llevar a cabo una privación de ese bien representado por la pensión.

2.4. El efecto conjunto de la protección de la propiedad y del principio de igualdad sobre los derechos sociales.

Esta jurisprudencia, pues, considera que el derecho a las prestaciones sociales integra un tipo de bien protegido, como posesión o propiedad, por el Convenio, y tiene una consecuencias evidentes con respecto a la aplicación de la prohibición

⁹ Para un comentario de esta sentencia, Cristina SANCHEZ-RODAS NAVARRO, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme al rito gitano” *Aranzadi Social* (2009) pps. 1-11

de discriminación contenida en el artículo 14 del Convenio (y, eventualmente, por el artículo 1 del Protocolo 12). Los derechos sociales reconocidos en el ordenamiento jurídico de cualquiera de los Estados miembros del Convenio se encuentran protegidos por éste frente a cualquier violación sustantiva, es decir, frente a cualquier privación ilegítima (fuera de los supuestos del artículo 1 del Protocolo Adicional) de esos derechos: se equipara así la propiedad “clásica” al disfrute de prestaciones sociales. Pero el Convenio extiende su protección más allá del aspecto sustantivo, proporcionando esa protección frente a todo tratamiento discriminatorio, también respecto de esos derechos. Como resultado no resulta admisible una diferencia de trato al respecto, afectando a determinados sectores sociales (extranjeros, mujeres, minorías...) por alguno de los motivos enumerados en el artículo 14 del Convenio y, con mayor amplitud, en el artículo 1 del protocolo 12. Como ejemplo, en su Sentencia en el caso *Andrejeva c. Letonia*, el Tribunal declaró que un tratamiento diferenciado en relación con el cálculo del montante del derecho a una pensión entre nacionales y no nacionales (en el caso entre ciudadanos letones y “residentes no ciudadanos” de origen ruso) constituía una violación del artículo 14 del Convenio, puesto que esa discriminación, basada en la nacionalidad, afectaba a un derecho reconocido en el artículo 1 del Protocolo Adicional.

Una situación similar puede apreciarse, *mutatis mutandis*, en la sentencia citada más arriba, *Muñoz Díaz contra España*, de 2009. En este caso, la diferencia de trato en cuanto a la apreciación de la existencia de las condiciones necesarias para la obtención de una pensión de viudedad se hacía derivar de una consideración distinta, respecto a la existencia de la buena fe, dependiendo de si el matrimonio no registrado se había celebrado de acuerdo con los ritos católicos (en que se apreciaba esa buena fe) o los propios de la cultura gitana (en que tal no era el caso). Valga señalar, en todo caso y a este respecto, que el Tribunal ha sido respetuoso con el margen de apreciación de los Estados a la hora de establecer los requisitos sustantivos para la determinación de la validez del matrimonio, a efectos de recibir prestaciones sociales; en el caso *Serif Yigit contra Turquía* (2010) el Tribunal estimó que no eran equivalentes, y protegidos por la cláusula de igualdad del artículo 14 del Convenio (en cuanto a la posibilidad de generar derechos de ese tipo, y de acuerdo con la legislación nacional) el matrimonio civil establecido con carácter general, y la forma islámica de matrimonio.

Por otra parte, y como precisión adicional, el Tribunal ha aplicado a los casos referentes a la protección de la igualdad y proscripción de la discriminación en las prestaciones de tipo social las líneas interpretativas comunes a su jurisprudencia en materia de discriminación: por ejemplo, la exigencia de que la discriminación

sólo pueda apreciarse en el supuesto de que se trate de tratamiento injustificado en situaciones efectivamente comparables. Como ejemplo, en *Carson contra Reino Unido* (2010) el Tribunal consideró que no se vulneraba el principio de igualdad por el hecho de que el Reino Unido estableciera un sistema de actualización de pensiones más desfavorable para los no residentes en el país que para los residentes en él, a pesar de que se produjera identidad entre ambos sectores en cuanto a la duración y cuantía de las aportaciones al sistema de pensiones.

3. Efectos reflejos del Convenio sobre los derechos sociales.

Si bien, y con las matizaciones que se han hecho más arriba, el Convenio no es una declaración de derechos sociales sustantivos, la proyección de sus mandatos sobre la efectividad de estos derechos puede encontrarse en una dimensión añadida a su proyección directa (en cuanto que los derechos sociales son englobables en derechos civiles clásicos) e indirecta (en cuanto que derechos integrantes de normas procesales pueden suponer instrumentos de garantía de derechos sociales). Se trata de lo que podríamos llamar una proyección refleja: es decir, de los efectos sobre los derechos sociales de aquellas eventuales limitaciones a derechos civiles que se encuentran específicamente reconocidas en el Convenio.

En efecto, junto a derechos que pudieran denominarse absolutos, no sujetos a limitaciones o derogaciones (el derecho a no sufrir tratos inhumanos el artículo 3 del Convenio sería el paradigma) el Convenio reconocer que determinados derechos (así los contenidos en los artículos 8,9 10 y 11, así como también el derecho de propiedad, del artículo 1 del Protocolo Adicional) pueden verse sujetos a determinadas limitaciones, para salvaguardar intereses de relevancia social. Y es en este campo donde los derechos sociales (pretensiones de prestaciones destinadas a asegurar un mínimo de supervivencia) entran en juego, en cuanto esas prestaciones pueden considerarse intereses jurídicamente relevantes, susceptibles de limitar legítimamente los derechos civiles reconocidos en el Convenio, permitiendo así un margen de actuación más o menos amplio a los Estados. Los derechos sociales contribuirían así, decisivamente, a la configuración y delimitación de los derechos civiles.

Estas consideraciones son especialmente destacadas por el Tribunal en el marco del “Estado de bienestar” a la hora de determinar si se ha verificado un justo equilibrio entre los intereses en presencia. En *James y otros contra Reino Unido* (1986) el Tribunal pudo afirmar que “ eliminar lo que se percibe como injusticias sociales figura entre las tareas del legislador democrático (...) El margen de

apreciación se extiende lo suficiente para englobar una legislación destinada a asegurar una mayor justicia social en la materia , incluso cuando tal legislación interfiere en las relaciones contractuales entre particulares, y no confiere ninguna ventaja directa al Estado o a la colectividad en su conjunto”.

Tal toma de posición (de índole general) se ha traducido en decisiones concretas del Tribunal en relación con materias típicas del Estado de bienestar. Valga como ejemplo la jurisprudencia en relación con un derecho de tipo social y económico como es el derecho a una vivienda; ese derecho no está reconocido como tal en el marco del Convenio pero, dada su importancia vital, su reconocimiento en el ámbito nacional puede representar intereses capaces de limitar el alcance del derecho de propiedad del artículo 1 del Protocolo Adicional. Y ello en casos en que el problema planteado presentaba dimensiones considerables, afectando a amplios sectores de la población. En el conocido caso *Hutten Czapska contra Polonia* (2006), ejemplo clásico de sentencia piloto, y aún cuando se consideró que el nivel excesivamente bajo de los alquileres vulneraba el derecho de propiedad de los demandantes, propietarios de viviendas arrendadas, vino a admitirse la legitimidad de la regulación de las rentas arrendaticias, por consideraciones de interés general, derivadas de los derechos sociales de terceros, en supuestos de escasez de viviendas, a pesar del efecto que ello supone sobre los derechos de propiedad sobre las viviendas afectadas. En términos del Tribunal, “ en lo que se refiere a las medidas generales que deben adoptarse por el Estado polaco para acabar con una violación estructural del derecho de propiedad percibida en el presente caso, y teniendo en cuenta la dimensión social y económica del problema , incluyendo las obligaciones del Estado respecto de los derechos sociales de otras personas (...) el Tribunal estima que el Estado demandado debe, ante todo, mediante las medidas legales (o de otro tipo) apropiadas, introducir en su ordenamiento jurídico interno un mecanismo que establezca un justo equilibrio entre los intereses de los propietarios, dando sobre todo a éstos la posibilidad de obtener un beneficio de sus propiedades, y el interés general de la colectividad- sobre todo previendo suficientes alojamientos para las personas más desprovistas, de acuerdo con los principios de protección del derecho de propiedad enunciados en el Convenio”. Este tipo de consideraciones se había producido anteriormente en supuestos relativos a las limitaciones legales al precio de los alquileres, y respecto de la compatibilidad de esas limitaciones con el respeto al derecho de propiedad reconocido en el artículo 1 del Protocolo Adicional, y los consiguientes derechos de los arrendadores; tal fue el caso por ejemplo, en las sentencias *Mellacher contra Austria* y *Spadea contra Italia*, ambas de 1989.

4. La libertad sindical como elemento instrumental para los derechos sociales.

Valga señalar que, aun cuando no se trate, evidentemente, de un derecho “social” prestacional, asistencial o contractual-laboral, el derecho de asociación comprende una dimensión con consecuencias evidentes respecto de la efectividad de este tipo de derechos. Se trata de la expresión de la libertad de asociación que es la libertad sindical (caso *Sánchez Navajas contra España*, 2001) en cuanto posibilita la actuación de sujetos y elementos de notable trascendencia en cuanto a las condiciones de negociación y adopción de beneficios sociales. No es necesario subrayar el papel de los sindicatos en la construcción del Welfare State; la garantía de su existencia parece así como una garantía también de este tipo de derechos.

A este respecto, el Tribunal ha interpretado el artículo 11, en su versión sindical, como garantizador no sólo de la existencia de los sindicatos, y de la libertad de adherirse a ellos, sino también de la existencia de un ámbito mínimo de actuación, sin el que la misma existencia del sindicato quedaría desvirtuada; ello supone también un deber de protección respecto de los elementos definidores de la actuación sindical (*Gustafsson contra Suecia*, 1996). Esta posición se ha visto corroborada por una interpretación del derecho del artículo 11 y sus contenidos de acuerdo con standards comúnmente reconocidos en el ámbito del Convenio, de manera que el *soft law* relativo a la acción sindical aparece recogido como elemento definidor de los derechos reconocidos en el Convenio (*Demir y Baykara contra Turquía*, 2008)¹⁰. Debe señalarse en todo caso, que el Tribunal ha procedido en algún caso a delimitar cuándo actuaciones concretas, incluso dentro del marco laboral, pueden considerarse como efectivamente representativas de actividades sindicales, y cuándo, por el contrario, se sitúan fuera de ese ámbito, no resultando por tanto protegidas por el artículo 11 del Convenio (*Aguilera Jiménez contra España*, 2009; *Palomo Sánchez contra España*, 2011).¹¹

5. Mandatos del Convenio con efectos directos sobre los derechos sociales.

Junto a la existencia de mandatos del Convenio o sus protocolos que, sin referirse a derechos de la segunda generación, pueden tener un efecto indirecto sobre su

10 Ver Charles BARROW, “Demir and Baykara v. Turkey: breathing life into article 11”, *European Human Rights Review*, 4 (2010) pps. 419-423

11 Un comentario al respecto puede encontrarse en Pierre MARGUÉNAUD, “La liberté d’expression syndicale, parente pauvre de la démocratie” *Récueil Dalloz* 5(2010) pps. 282-284.

protección, cabe señalar otros que han sido interpretados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo en el sentido de que tienen un efecto directo en el área económica y social, proporcionando así una protección de naturaleza sustantiva. No se trata, como se ha señalado, de que el Convenio reconozca específicamente “derechos sociales”, pero sí de que algunos de los derechos sustantivos garantizados incluyan dentro de su ámbito de cobertura derechos e intereses que se incluyen en esa categoría. El grado de intensidad de esa garantía depende, tanto de la misma naturaleza del derecho, como de la interpretación que le haya dado la jurisprudencia del Tribunal. Sin duda, el mandato más expreso al respecto es el contenido en el 4 del Convenio (derecho a no ser sometido a esclavitud o trabajo forzado) pero no dejan de ser relevantes aquéllos que establecen “obligaciones positivas” que se refieren a la protección de las condiciones mínimas de vida (arts. 2, 3 y 8 entre otros).

5.1 El artículo 4 del Convenio y la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado.

Hasta recientemente, la prohibición del artículo 4 del Convenio del trabajo en condiciones de esclavitud o servidumbre aparecía como una norma de tipo residual, referida a situaciones históricamente periclitadas: la esclavitud o la servidumbre no parecen ser fenómenos frecuentes en nuestro continente. Sin embargo, el carácter de “Derecho vivo” del Convenio en su interpretación por el Tribunal se ha hecho también sentir en este punto, afectando la protección de condiciones de vida insertas en el ámbito de los derechos sociales. Se trata de una jurisprudencia inicial, pero que indica los peligros y soluciones que se ofrecen en cuanto a la extensión del trabajo forzado en contra de los derechos humanos.

Una decisión relevante al respecto es la recaída en el caso *Siliadin contra Francia* (2005) referente a una materia de cierta trascendencia, como son los abusos en la posición de servidores domésticos, categoría laboral que aún no dispone en muchos casos de una suficiente protección. Pero posiblemente de mayor trascendencia sea la resolución en el caso *Rantsev contra Chipre y Rusia*, (2010)¹² que se enfrenta con un fenómeno masivo de nuestros tiempos, ligado al incremento de la emigración: el relativo al tráfico de personas en forma forzada, y en condiciones incompatibles con la dignidad humana.

El Tribunal, partiendo de la evolución del concepto de esclavitud, viene a considerar que efectivamente, el tráfico de personas (en el caso se trataba de preten-

12 Para un comentario, Jean ALLAIN, “Rantsev v. Cyprus and Russia: The European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery” *Human Rights Law Review*, 3(2010) pps. 546-557

didadas artistas de cabaret, de Rusia a Chipre) se inserta en el ámbito del artículo 4 del Convenio, en cuanto que las condiciones de desplazamiento y sumisión representan una prestación forzada de servicios. La prohibición del trabajo en condiciones de servidumbre supone una obligación positiva de los Estados de adoptar las medidas necesarias para prevenir el tráfico de personas, y, consecuentemente, la obligación de investigar y reprimir los casos al respecto que se produzcan. En el supuesto en cuestión, el Tribunal procedió efectivamente a condenar al Estado chipriota por vulneración de sus obligaciones derivadas del Convenio.

5.2 Obligaciones positivas, derechos sociales y garantías mínimas de supervivencia: ¿una cuestión abierta?

En el ámbito académico, y al menos también inicialmente en sede jurisdiccional, se ha planteado la cuestión de hasta qué punto la garantía sustantiva de determinados derechos relativos a la integridad y supervivencia de la persona no debe incluir también la garantía de unas condiciones mínimas que aseguren su efectividad. Ello se plantea respecto de derechos como el derecho a la vida (art. 2 del Convenio) a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (artículo 3) o a la vida privada familiar (artículo 8). El reconocimiento de la existencia de obligaciones positivas por parte del Estado, para hacer posible la efectividad de los derechos del Convenio (más allá de la mera ausencia de interferencias en el ejercicio de los mismos) conduce a preguntarse sobre la extensión de tales obligaciones, cuando está en juego la misma procura existencial. En términos concretos, el tema propuesto en ocasiones al Tribunal ha sido si la denegación, o la interrupción, por parte de las autoridades, de prestaciones esenciales para el individuo (en materia económica, sanitaria o de vivienda) no puede suponer la violación de derechos sustantivos.

Ciertamente, la respuesta ha sido positiva en algunos supuestos muy específicos; por ejemplo, y como es lógico, respecto de aquellas personas radicalmente dependientes de la acción de los poderes públicos, como pueden ser los reclusos en establecimientos penitenciarios (así en *Rotaru contra Moldavia*, 2011), o bien en aquellos casos en que la persona se encontraba ante un peligro grave e inmediato para su vida o su salud que requería una actuación (o una omisión) por parte de las autoridades competentes: tal sería el supuesto del caso *D. contra Reino Unido* (1997). No obstante, el interrogante, desde la perspectiva de los derechos sociales, se plantea en términos más amplios, es decir, como referido a situaciones de tipo general, aún sin los caracteres de gravedad y urgencia de los supuestos señalados y respecto de derechos generalizados a prestaciones, típicos del Welfare State.

Hasta el momento, no se ha producido una respuesta afirmativa del Tribunal en este aspecto. El derecho general de la persona a recibir prestaciones necesarias para la supervivencia, como consecuencia de mandatos concretos del Convenio, no aparece reconocido en la jurisprudencia. Pero hay que tener en cuenta que el desarrollo jurisprudencial de esos derechos se guía por el principio de efectividad, y ello supone tener en cuenta, caso por caso, el alcance concreto del derecho en cuestión.

Como ejemplos de una posición restrictiva, en lo que atañe al artículo 3 (prohibición de tratos inhumanos o degradantes) se cita usualmente el caso (ante la Comisión) *Van Volssem contra Bélgica* (1990) en que se decidió que la supresión de suministro eléctrico a una persona en posición económicamente precaria no alcanzaba el nivel de gravedad necesario para considerar la existencia de una violación del artículo 3 del Convenio. Igualmente, en el caso *O'Rourke contra Reino Unido* (2001) el Tribunal consideró que no se había producido una violación de ese artículo por la denegación a una persona en condiciones también vulnerables, de una prestación de alojamiento. Desde la perspectiva del artículo 8 (vida privada familiar) se considera también punto de referencia la sentencia *Chapman contra Reino Unido* (2001) en que se excluye la violación de eses derecho como consecuencia de la denegación a personas de etnia gitana de terrenos para instalar sus vehículos vivienda.

No obstante, es necesario tener en cuenta que las decisiones del Tribunal se adoptan caso por caso, y a la vistas de circunstancias en cada supuesto; no cabría, al menos hoy, apreciar una posición radicalmente negativa respecto a la extensión de los derechos sustantivos relativos a la vida, integridad física o intimidad familiar al ámbito de las prestaciones sociales, en casos en que sin existir un peligro inmediato para esos derechos, sí se produce una clara insuficiencia, potencialmente peligrosa para su efectivo ejercicio. En el caso *Larioshina contra Rusia* (2002) el Tribunal pudo expresar que “ el Tribunal recuerda que, en principio, no puede colocarse en el lugar de las autoridades nacionales a la hora de evaluar o revisar el nivel de las prestaciones sociales disponible en un sistema de asistencia social (...) Pero, dicho esto, el Tribunal considera que una queja relativa a un nivel claramente insuficiente de pensión, o de otra prestación social, podría, en principio, suscitar una cuestión relativa al artículo 3 del Convenio, que prohíbe los tratamientos inhumanos o degradantes”. El interrogante, pues, queda abierto, al menos potencialmente. Esta línea se ha reiterado en *Budina c. Rusia* (2009) aun cuando tampoco en este caso concreto se consideró que se produjera una vulneración del artículo 3 del Convenio.

Se ha señalado también que, el Tribunal ha admitido, y ha procedido a comunicar a los respectivos gobiernos, para que efectúen observaciones, alguna demanda relativa a la ausencia o insuficiencia de prestaciones sociales que pudieran afectar en forma inmediata a derechos sustantivos reconocidos en los artículos 2 3 y 8. Se trata de reclamaciones frente a la privación, por parte de las autoridades, de facilidades de alojamiento a personas en situación económica especialmente crítica (personas nómadas, familias con niños y enfermos: caso *Winterstein y otros contra Francia*, comunicado en 2008).¹³

Evidentemente, esta línea jurisprudencial tiene sus límites, por cuanto no versa sobre la garantía de unas condiciones de vida y trabajo que se estima deben ser aseguradas con carácter general, sino sobre situaciones individuales específicas, en que se produce, al menos inicialmente, un peligro directo para la efectividad de determinados derechos “absolutos” no susceptibles de limitación (vida, integridad física) reconocidos específicamente en el Convenio. En todo caso, queda por decidir si la garantía de esos derechos no supone, al menos, la garantía de un “mínimo vital” (por alejado que pueda estar aún de un nivel aceptable de bienestar) como condición indispensable para la misma existencia de esos derechos¹⁴.

13 Ver al respecto Françoise TULKENS y Sébastien VAN DROOGHENBOECK, “La place des droits sociaux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme : la question de la pauvreté » en *La Déclaration Universelle des droits de l’homme 1948-2008 : réalité d’un idéal commun?* Paris, La Documentation française, 2009, pps. 105-116.

14 Ya con pruebas de imprenta, el TEOH emitió la sentencia *Yordanova contra Bulgaria* (2012) de notable interés para esta cuestión.

¿ES CONFORME A DERECHO UN NUEVO MODELO
DE FINANCIACIÓN DE CATALUÑA BASADO
EN EL CONCIERTO ECONÓMICO?

Ángel Luis Alonso de Antonio
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

I. Introducción.

II. El marco de la Constitución.

1. La disposición adicional primera y los derechos históricos.

1.1 Territorios forales titulares de derechos históricos.

1.2 Concepto de derechos históricos.

1.3 El reconocimiento de los derechos forales.

2. La financiación autonómica.

2.1. Ideas generales.

2.2. Sistema de financiación.

III. Las posibilidades del Estatuto de Autonomía.

1. Los derechos históricos.

2. La financiación.

IV. Conclusión.

I. Introducción.

En la actualidad se asiste en Cataluña al intento del Govern y de algunos grupos políticos de establecer un nuevo sistema de financiación para esa Comunidad Autónoma a través de la fórmula del Concierto económico. En este sentido, el portavoz del Govern, Francesc Homs, ha señalado¹ que el ejecutivo catalán tiene como objetivo irrenunciable el pacto fiscal en la línea del Concierto económico, es decir, que la Generalitat recaude y gestione todos los impuestos que se generen en Cataluña y adopte un sistema específico de financiación como el País Vasco y Navarra, sin descartar que si el Estado rechaza esa iniciativa se pueda llegar en Cataluña a la objeción fiscal, “el último recurso” en palabras del dirigente de Convergencia i Unió Oriol Pujol². Estamos, pues, ante “un tema de país”³ para el President Mas, que denuncia el, en su opinión, propósito de los partidos españoles de “diluir la personalidad de Cataluña para que sea una región periférica, contributiva y domesticada”⁴. Incluso este tema se pretendió vincular con la política general del Estado al hilo de las pasadas elecciones generales del 20 de noviembre en previsión de unos resultados electorales que no dieran mayoría absoluta a ningún partido por lo que haría inevitable la realización de pactos donde CiU tendría un protagonismo destacado. En este sentido, la vicepresidenta de Unió Democràtica de Catalunya y jefa de campaña de CiU para esas elecciones, Marta Llorens, manifestó en declaraciones a Europa Press que “puede llegar el pacto fiscal sin que haya un pacto de legislatura, pero seguro que no podrá haber pacto de legislatura si previamente no hay pacto fiscal”⁵.

Con este nuevo sistema lo que se pretendería es, siguiendo la gráfica expresión del diputado Puigcercós, “cambiar las reglas de juego”⁶ porque a su juicio con un Concierto económico con el Estado, por ejemplo, no se estaría discutiendo situaciones como la del Fondo de competitividad, no se estaría pendientes de

1 Vid. Diario *La Vanguardia*, 13 de julio de 2011, pág. 10.

2 *Ibidem*

3 Vid. Diario *El Periódico*, 4 de agosto de 2011, pág. 15.

4 Vid. Diario *La Vanguardia*, 1 de agosto de 2011, pág. 11.

5 Declaraciones recogidas en el Diario *La Vanguardia*, 19 de septiembre de 2011, pág. 14. Más contundente fue el dirigente de CiU Durán i Lleida al señalar que “si el resultado (de CiU) en las elecciones del 20-N es importante y no hay mayoría absoluta de PSOE o PP, tendremos pacto fiscal en Catalunya, piensen lo que piensen y digan lo que digan Mariano Rajoy y Alfredo Pérez Rubalcaba”, en Diario *La Vanguardia*, 20 de agosto de 2011, pág. 15. Los resultados finales de esas elecciones, con una clara mayoría absoluta del PP, dificultan el cumplimiento de esas previsiones.

6 Puigcercós i Boixassa, Ple del Parlament, sessió núm. 10.1. Diari de Sessions del Parlament de Catalunya, Sèrie P, núm. 14, 4 de maig de 2011, pág. 23.

la aplicación de la Disposición Adicional Tercera del Estatuto de Autonomía en materia de inversiones en infraestructuras⁷ o no se estaría discutiendo sobre los fondos que ha destinado el Gobierno del Estado a una ley como la Ley de autonomía personal, todo ello porque, en sus palabras, el Concierto económico significa “una cosa tan sencilla, tan clara, tan meridiana como que es la Administración de Cataluña, el Gobierno de Cataluña quien recauda, inspecciona, gestiona y liquida todos los impuestos que hay en Cataluña, pagados en Cataluña”⁸, algo, por lo demás, que comparte la mayoría de la sociedad catalana, de modo que según el Baròmetre d’Opinió Política del Centre d’Estudis d’Opinió de la Generalitat, dados los resultados de la encuesta realizada entre los días 2 y 17 de junio de 2011, el 75% de los ciudadanos de Cataluña apuestan porque las administraciones catalanas pasen a recaudar y decidir la distribución de todos los impuestos que pagan los ciudadanos y las empresas en Cataluña⁹.

Sin entrar a valorar la diferencia en cuanto a resultados prácticos respecto al modelo actual¹⁰ por la posible aplicación del Concierto, éste tiene un significado más profundo porque entraña unas relaciones “especiales” entre el Estado y una Comunidad Autónoma basadas en la experiencia histórica que hace reconocer a un territorio ciertas peculiaridades que aconsejan el establecimiento de un régi-

7 Respecto a este tema de las inversiones en infraestructuras y en relación con la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre la Disposición Adicional Tercera del Estatuto de Autonomía de Cataluña, De la Quadra-Salcedo entiende que “asiste toda la razón a Cataluña para tratar de evitar que, como ha ocurrido desde mediados de la década de los noventa, las inversiones estatales en dicha Comunidad no se correspondan con cifras equitativas y razonables; y ello aunque estemos ante una competencia exclusiva del Estado. Cataluña tenía aquí, por tanto, toda la razón de fondo para poner fin a una práctica inadmisibles y lo que ocurre es que el EC no es el lugar para recoger esas previsiones condicionantes para las Cortes”, (De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, Tomás, “Paisaje después de la batalla. La sentencia del TC sobre el Estatuto de Cataluña”, en *Claves de Razón Práctica*, núm. 206, 2010, pág. 26). Sobre este tema, vid. Fernández Amor, José Antonio, “Reflexiones sobre la naturaleza jurídica de los compromisos de gasto previstos en la Disposición Adicional Tercera del Estatuto a raíz de la sentencia 31/2010, de 28 de junio”, en *Revista catalana de dret públic*, Especial Sentencia sobre el Estatuto, 2010, pp. 438-441.

8 Puigercós y Boixassa, Ple del Parlament, ssesió núm. 10.1. Diari de Sessions del Parlament de Catalunya, Sèrie P, núm. 14, 4 de maig de 2011, pág. 23.

9 Diario *La Vanguardia*, 4 de junio de 2011, pág. 15.

10 Una visión positiva de las consecuencias del actual modelo de financiación puede verse en Coll, Joaquim, “La financiación en Catalunya. El engaño del pacto fiscal”, en el Diario *El Periódico*, 3 de agosto de 2011, pág. 9, destacando que la liquidación fiscal correspondiente al primer año del periodo 2009-2013 “refleja que el acuerdo cumple y mejora sustancialmente las previsiones realizadas en su día, tanto en ganancias absolutas (2.421 millones de euros) como en financiación por habitante (incremento del 18%) o en posición relativa de Catalunya respecto de la media de las comunidades (alcanzando el 106% si se contabilizan otros 435 millones para competencias específicas)”. Por el contrario, para Ferran Requejo, el sistema actual “está basado en el expolio”. Vid. el resumen de las intervenciones de algunos de los comparecientes ante la CENMFCE en el Diario *La Vanguardia*, 11 de septiembre de 2011, pág. 16.

men económico diferenciado. En este sentido, cabe señalar la identificación entre Concierto económico y existencia de derechos históricos reconocidos por el Estado. Por lo mismo, la base jurídico-constitucional del Concierto económico con el País Vasco y del Convenio con Navarra es la Disposición Adicional Primera de la Constitución española (DA1^a) que ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales actualizados a través de la propia Constitución y de los Estatutos de Autonomía.

El propósito manifestado en Cataluña se ha concretado hasta el momento en la creación en el Parlament de una Comisión de estudio del nuevo modelo de financiación basado en el Concierto económico (CENMFCE) a iniciativa de los Grupos Parlamentarios de Convergencia i Unió y de Esquerra Republicana de Cataluña¹¹, basada en la aprobación por el Parlament el 9 de marzo de 2011 de la Moció 4/IX¹² sobre el nuevo modelo de financiación a través del Concierto económico, derivada a su vez de la interpelación al Govern sobre este tema presentada por el diputado del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana de Catalunya Joan Puigcercós i Boixassa. El objeto de la Comisión fue el estudio técnico de las posibilidades de establecimiento de un nuevo sistema de financiación basado en la idea del concierto económico, sin que ello debiera suponer que la citada Comisión sirviera como elemento de fricción política entre los grupos presentes en la misma. Por esto, a título de ejemplo, el socialista Joaquim Nadal prometió, durante la sesión constitutiva de la Comisión el 3 de junio de 2011, “trabajo, trabajo y trabajo”, añadiendo que no acudirían “a hacer discursos ni gesticulaciones públicas, ni con tácticas dilatorias”¹³.

Al margen de la legitimidad de la propuesta de un nuevo sistema de financiación para Cataluña y de la discutible oportunidad política del empeño, lo que debe plantearse es si hay base jurídica para llevar a la práctica el propósito de crear para Cataluña un sistema de financiación a través del Concierto económico con el Estado. Para ello en estas páginas se trata de analizar las normas jurídicas que disciplinan la regulación de la financiación autonómica y comprobar en definitiva qué margen permiten para la aprobación de un propósito como el que nos ocupa.

11 Véase el texto de la propuesta en el Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya, núm. 66, 9 de maig de 2011, pp. 51-52. La Comisión se constituyó el 3 de junio de 2011.

12 Véase el texto de la Moció en el Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya, núm. 36, 14 de marzo de 2011, pág. 5. La Comisión terminó sus trabajos el 31 de octubre y su Informe se publicó en el Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya, núm. 175, 3 de noviembre de 2011.

13 Expresiones recogidas en el Diario *La Vanguardia*, 4 de junio de 2011, pág. 14.

II. El marco de la Constitución.

El análisis sobre este tema debe partir de la Constitución. No en vano, la propia CENMFCE en su Informe señala que el primer requisito para que Cataluña pueda disponer de un régimen de financiación basado en el sistema de concierto o convenio económico se “sitúa en el plano de la legalidad constitucional. La fórmula que se pueda adoptar ha de tener cabida dentro del marco constitucional, y no entrar en contradicción. Esta es una consecuencia del principio de supremacía de la Constitución española (CE) con relación a cualquier decisión adoptada por el legislador estatal y autonómico”¹⁴.

1. La Disposición Adicional Primera y los derechos históricos.

La regulación constitucional de la financiación autonómica presenta tres modalidades. Por una parte, establece un marco general (arts. 156 a 158) de aplicación, en principio, a todas las Comunidades Autónomas (CCAA). La segunda mención alude al caso de las Islas Canarias que tienen una referencia especial en la Disposición Adicional Tercera en razón a sus peculiaridades insulares y que se concreta en la Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del régimen económico y fiscal de Canarias, con posteriores modificaciones. La tercera posibilidad de financiación autonómica no se recoge expresamente en el texto constitucional sino que es corolario de la interpretación y aplicación de la DA1ª según la cual “la Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía”.

Este concepto de *derechos históricos* es el que ha posibilitado que en la actualidad las CCAA del País Vasco y Navarra dispongan de un sistema particular de financiación basado en la idea del Concierto o Convenio económico con el Estado. De lo que se trataría es de analizar si la DA1ª CE es de posible aplicación en Cataluña para justificar la reivindicación de la idea del Concierto económico, es decir, si Cataluña puede alegar *derechos históricos* o, dicho de otro modo, si los derechos históricos a los que alude el artículo 5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC) tienen la misma naturaleza que los derechos forales propios del País Vasco y Navarra.

14 Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya núm. 175, 3 de novembre de 2011, pág. 14.

1.1 Territorios forales titulares de derechos históricos.

El primer tema que se plantea en relación a la DA1ª CE es saber a qué territorios se puede aplicar, o al menos en qué territorios estaba pensando el constituyente cuando se debatía el texto¹⁵. La respuesta en principio es sencilla. Se estaba pensando sobre todo en el País Vasco¹⁶ y también en Navarra¹⁷.

En este orden hay que señalar que la elaboración de la DA1ª fue un complejo proceso por el elevado número de iniciativas concretadas en la presentación de enmiendas escritas e *in voce* que complicaban el desarrollo de los debates y votaciones haciendo que en algún momento los propios parlamentarios no tuvieran muy claro cual era el texto que se sometía a su consideración, como sucedió en el Senado en la sesión de la Comisión de Constitución el 14 de septiembre de 1978¹⁸. El debate de esta DA1ª fue uno de los más intensos del proceso constituyente, de mayor carga emotiva en algunos intervinientes, como reconocía en el Senado el Vicepresidente del Gobierno Abril Martorell¹⁹, sin duda uno de los puntos de la Constitución en el que se debía buscar el consenso porque afectaba al modelo de Estado que se pretendía recoger en el nuevo texto y el engarce de todos los territorios en ese mismo Estado. La postura de los parlamentarios nacionalistas vascos fue, como podía suponerse, el contrapunto de la mayoría de los demás partidos políticos presentes en el Parlamento respecto a determinados puntos de este tema, aunque en algún momento del debate lograron el apoyo de otros parlamentarios para sacar adelante sus propuestas. No obstante, hay que reconocer que a ellos se debe el origen de esta DA1ª cuando el Grupo Parlamentario Vasco en el Congreso presentó la enmienda 689 al Anteproyecto de Constitución elaborado por la Ponencia, diciendo en el párrafo segundo que “se devuelvan a las regiones forales de Álava, Guipúzcoa, Navarra y Vizcaya sus instituciones y poderes políticos originarios”. Quedaba claro, pues, los territorios a los que se quería aplicar el precepto que se estaba elaborando, aunque en el propio proceso

15 Sobre el debate constituyente de la DA1ª puede verse un pormenorizado resumen en Fernández Segado, Francisco, “Disposición Adicional primera. Los derechos históricos de los territorios forales”, en Alzaga Villaamil, Oscar (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo XII, Cortes Generales- Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1998, pp. 544-565.

16 En la doctrina comparte esta idea, v.gr. Fernández Segado, Francisco, *op.cit.*, pág. 519.

17 En este sentido puede verse el Dictamen núm. 269, de 1 de septiembre de 2005, del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, FJ II, 4, aunque recuerde que según la STC 5/1981, de 13 de enero. FJ 9, los trabajos parlamentarios no determinan el sentido de las normas aunque sea un importante criterio de interpretación de las mismas. El texto del citado Dictamen puede verse en el Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya núm. 217, 6 de setembre de 2005.

18 DSS, núm. 55, Comisión de Constitución, 14 de septiembre de 1978, pp. 2748-2751.

19 DSS, núm. 67, Pleno, 5 de octubre de 1978, pág. 3339.

constituyente se apuntara en alguna ocasión lo contrario. Así, Arzallus consideró que “es un tema éste, el de los derechos forales, que somos conscientes de que no es exclusivo de los cuatro territorios forales históricos que superviven tras la implantación del Estado liberal en España”²⁰. Sin embargo, más que una reflexión basada en el intento de que otros territorios históricos hicieran valer unos pretendidos derechos históricos, parecía un guiño a los representantes de otras regiones para que asumieran como propias las reivindicaciones vascas aunque algún sector doctrinal compartiera esa opinión. Así, Corcuera defendía que la DA1^a no debe ser entendida sólo aplicable a los derechos históricos de vascos y navarros porque destaca la vinculación de las CCAA a sus tradiciones políticas y culturales²¹. Hay que decir también que ese planteamiento generoso del ámbito de aplicación de lo que fue finalmente la DA1^a no era exclusivo de fuerzas nacionalistas sino que era utilizado por vascos de otras ideologías. De tal forma, el socialista Benegas hablaba sólo de los fueros de Guipúzcoa, Álava, Navarra y Vizcaya aunque luego señalaba que “es la primera vez que en una Constitución española se reconocen los derechos forales, lo cual significa reconocer constitucionalmente el derecho a la personalidad propia del pueblo vasco y del resto de los pueblos de España”²².

No obstante lo anterior, la conclusión respecto al sujeto titular del reconocimiento de los derechos históricos plasmado en la DA1^a se desprende del conjunto de los debates parlamentarios sobre ese precepto y se limita a País Vasco y Navarra. La carga de la argumentación en ese sentido la llevó la representación nacionalista vasca y su discurso se mantuvo en esa línea destacando la tradición histórica vasca basando en el pacto foral sus relaciones con el Estado. Así, Arzallus destacaba en el Congreso que “los vascos habíamos vivido durante siglos en el marco del pacto foral con la Corona. Mientras el pacto se mantuvo no hubo perturbaciones de la convivencia; cuando se rompió, unilateralmente, surgió el llamado separatismo”²³. De lo que se trataba ahora, cuando se estaba redactando la nueva Constitución, era de rescatar aquellos vínculos porque entendían los parlamentarios nacionalistas vascos que tal fórmula era plenamente aplicable al momento histórico por más que el propio Arzallus reconocía que “somos conscientes de que para algunos los términos de fueros, conciertos, etc., no son sino reliquias históricas. Pero para nosotros,

20 DSCD, núm. 93, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, 20 de junio de 1978, p. 3492.

21 Corcuera Atienza, Javier, “La constitucionalización de los derechos históricos. Fueros y autonomía”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 11, mayo-agosto 1984, pág. 36.

22 DSCD, núm. 93, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, 20 de junio de 1978, pp. 3498-3499.

23 DSCD, núm. 59, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, 5 de mayo de 1978, p. 2065.

no. Porque ni hemos perdido memoria histórica, ni hemos perdido la continuidad de nuestra raíz y nuestra personalidad. Constituye la raíz misma de nuestra historia y expresamente de nuestra cultura y de nuestros criterios de convivencia”²⁴. Para ellos, sin embargo, la fórmula era viable por la actualidad en sí misma del concepto de *fuero* que a su juicio “no es un almacén de leyes caducas, de leyes periclitadas, sino que es un nivel de poder político, una disponibilidad propia, que en ningún momento pugnó con la unidad de la Corona”²⁵. Bien al contrario, ese planteamiento de la “renovación del pacto con la Corona”²⁶ era, en su opinión, el instrumento para una adecuada integración del País Vasco en el Estado puesto que la Corona tenía el valor en ese momento de “constituir, precisamente, el punto de confluencia y el lazo de unión de pueblos libres que se autolimitan su soberanía, cediendo aquella parte que consideran necesaria para potenciarse a sí mismos en la unión y solidaridad de los demás”²⁷. En ese sentido, la reivindicación de la restauración foral se quiso desligar de un exclusivo componente económico, recordando Arzaillus que “desde la abolición de los fueros en 1876 la reclamación de la restauración foral fue incesante, lo que contrasta con lo que muchas veces se difunde de que la pretensión foral, la pretensión autonómica vasca concretamente está relacionada con intereses económicos, con pagar menos, etc.”²⁸, de tal forma que quería que quedara claro que “esta reclamación no tiene que ver con coyunturas económicas, pero sí con una conciencia de sí mismo y de su historia profundamente sentido por gran parte de la población”²⁹.

Esa reivindicación era asumida por parlamentarios no nacionalistas, como ya se apuntó con anterioridad. Así, el diputado Echevarría Gangoiti (UCD) manifestaba que “no se trata de privilegios, se están expresando derechos, se están reconociendo fueros, se está tratando de recuperar y de asumir un capítulo que entendemos glorioso de nuestra Historia, gloria de España, gloria de los vascos”³⁰. Por su parte, el comunista Solé Tura aludía al “reconocimiento explícito de la personalidad nacional vasca”³¹ y a Fraga Iribarne (AP) sólo le preocupaba en este tema “arreglar las cosas del País Vasco dentro de la España grande”³².

24 *Ibidem*.

25 *Ibidem*.

26 *Ibidem*.

27 *Ibidem*.

28 *Ibidem*, pág. 3493.

29 *Ibidem*, pág. 3494.

30 *Ibidem*, pág. 3496.

31 *Ibidem*, pág. 3500.

32 *Ibidem*, pág. 3502.

Debe señalarse, para terminar con este apunte de los debates parlamentarios sobre la DA1^a, una cuestión, esto es, la pretensión de ampliar la aplicación del concepto de *derechos históricos* a otros territorios diferentes del País Vasco y Navarra. Así, el diputado del Grupo Mixto del Congreso Gastón Sanz aludió al caso de Aragón que si bien mantenía el Derecho Civil foral no conservaba derechos administrativos y públicos que, a su juicio, a través de la DA1^a “vamos a poder recuperar, derechos que queremos y que volveremos a conseguir”³³. En este orden de determinar los territorios para la potencial aplicación de la DA1^a deben citarse, por último, las manifestaciones del senador Pérez Puga que, al defender una enmienda del senador Iglesias, señalaba que “sería importante el hacer una extensión de estas regiones especiales para todos los países, incluyendo, indudablemente, el régimen especial de Galicia, reconocido ya en el título preliminar del Código Civil”³⁴.

Vista la elaboración de la DA1^a CE, las CCAA en las que se podía aplicar eran País Vasco y Navarra. Lo mismo defiende el Tribunal Constitucional. Así, en su S 76/1988, de 26 de abril. FJ 2, se refiere a “cada una de las provincias vascongadas y ... Navarra”, y más aún, por lo que respecta a Cataluña en la STC 214/1989, de 21 de diciembre, cuando al resolver un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento y el Gobierno de Cataluña y por el Parlamento gallego contra la Ley de Bases del Régimen Local señala que los recurrentes “no pueden pretender... que los derechos reconocidos a los territorios históricos sean extensibles a las Comunidades de Cataluña y Galicia por el simple hecho de haber asumido idénticas competencias que el País Vasco en materia de régimen local, dado el carácter particular o excepcional de los derechos reconocidos a los territorios históricos...” (FJ 26). Es también claro el Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya cuando en su Dictamen núm. 269, de 1 de septiembre de 2005, señala que “la interpretación de la disposición adicional primera de la Constitución no permite incluir a Cataluña como integrante de los territorios forales que disponen de un régimen foral de derecho público, a los que se refiere este precepto constitucional” (FJ II. 5). Por último, el Institut d’Estudis Autonòmics, en su Informe sobre la aplicación de un nuevo modelo de financiación basado en el concierto económico, de 11 de octubre de 2011, reconoce “las evidentes dificultades de reivindicar con éxito la aplicación de la Disposición adicional primera para justificar el establecimiento en Cataluña de un sistema de financiación de Concierto o de cesión ‘total’ de tributos”³⁵.

33 *Ibidem*, pág. 3503.

34 DSS, núm. 55, Comisión de Constitución, 14 de septiembre de 1978, pág. 2744.

35 El texto del Informe puede verse en el Informe de la CENMFCE, Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya núm. 175, 3 de noviembre de 2011, p. 36

1.2 Concepto de derechos históricos.

Hay que señalar *ab initio* que la mera existencia en el pasado de formas autóctonas de organización del poder no es suficiente para invocar la aplicación de la DA1ª CE so pretexto de una pretendida consolidación de esas peculiaridades articuladas bajo la fórmula *derechos históricos*. En ese sentido, el proceso de elaboración de la DA1ª, ya aludido, es claro. No se trata de dar cobertura constitucional a cualquier regulación jurídica que, con un carácter temporal más o menos continuado, haya existido en determinado territorio, sino que ha de significar el reconocimiento y actualización en el marco constitucional de un derecho consolidado, objetivado y tenido como tal derecho por el Estado que ahora permite su actualización a través, precisamente, de la Constitución y como aplicación de la misma por medio de los Estatutos de Autonomía, es decir, lo que Tomás-Ramón Fernández engloba en la categoría de “garantía institucional de la foralidad”³⁶ aunque entendida en el sentido que lo hace Fernández Segado, es decir, no como conjunto de facultades, potestades o privilegios sino de garantía de un régimen foral, esto es, de unos “sistemas peculiares de autogobierno territorial”³⁷ en la línea, por lo demás, del Tribunal Constitucional cuando en S 76/1988, 26 de abril, señalaba que el reconocimiento de los derechos a los territorios históricos garantiza la existencia de un régimen foral de forma que “la garantía constitucional supone que el contenido de la foralidad debe preservar tanto en sus rasgos organizativos como en su propio ámbito de poder identificable de ese régimen foral tradicional” (FJ 4º). De ahí que el ámbito natural de aplicación de la DA1ª sean País Vasco y Navarra. Se trataba para esos territorios de recuperar y actualizar, en la medida que las nuevas circunstancias lo permitieran, la vieja relación que tenían con el Estado, especialmente por lo que ahora nos interesa en el terreno económico a través de la figura del Concierto o del Convenio económico.

Cualquier propósito de aplicar por analogía la DA1ª CE a otros territorios de España carece de cobertura constitucional. Es decir, no cualquier apelación a la historia es suficiente a estos efectos. Dicho de otra manera, hay que diferenciar entre tener historia y poder esgrimir *derechos históricos*. Debe partirse de la necesidad de clarificar lo que se entiende por *derechos históricos*. En esta sede se considera que *derechos históricos* son aquellos conjuntos de regulaciones jurídico-públicas peculiares que habiendo tenido vigencia en el pasado en un territorio determinado, fueron asumidos por el Estado mediante su objetivación normativa

36 Fernández, Tomás Ramón, *Los derechos históricos de los territorios forales*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 87 y ss.

37 Fernández Segado, Francisco, *op.cit.* pág. 571.

a través de un pacto. De esta definición se desprenden los requisitos para que se pueda hablar en rigor de *derechos históricos*.

a) Ha de tratarse de instituciones, órganos o normas de Derecho público. A *sensu contrario* no cabe apelar a la categoría de *derechos históricos* respecto a instituciones o normas de Derecho privado porque la unificación borbónica a través de los Decretos de Nueva Planta perseguía la creación de un marco político unitario, por lo que suprimieron instituciones políticas y administrativas pero mantuvieron, y el caso catalán es especialmente significativo a estos efectos, el Derecho privado singular en numerosos puntos de España. Lo que se apunta es la razón de que el constituyente diferenciara el tratamiento entre los *derechos históricos* (DA1ª) y los derechos civiles forales existentes con anterioridad a la propia Constitución que se citan en el art. 149.1.8ª y en la Disposición Adicional Segunda. En este orden, la STC 88/1993, de 12 de marzo, señala que “el sentido de la Disposición adicional primera CE no es el de garantizar u ordenar el régimen constitucional de la foralidad civil (contemplado exclusivamente en el art. 149.1.8ª y en la Disposición adicional segunda CE), sino el de permitir la integración y actualización en el ordenamiento postconstitucional, con los límites que dicha Disposición marca, de algunas de las peculiaridades jurídico-públicas que en el pasado singularizaron a determinadas partes del territorio de la nación” (FJ 1º).

b) Ha de tratarse de un derecho objetivado, plasmado en normas jurídicas con un carácter continuado en el tiempo y con vigencia en un ámbito territorial definido. En todo caso se tienen que referir a normas o instituciones existentes antes del movimiento unificador propio del liberalismo centralizador. El concepto de soberanía del derecho y el dogma de la soberanía nacional o popular que tendrían como corolario la idea de la omnipotencia parlamentaria hizo que el Derecho que pudiera tenerse por tal era el que emanaba del Parlamento como depositario de la representación política de la voluntad popular. Las particularidades de los derechos regionales que significaban excepción a esa idea del derecho “global”, por utilizar un término actual, eran rechazadas. Sin embargo, por motivaciones diversas, el Estado reconoció algunas de esas peculiaridades y las asumió normativamente a través de una ley del Estado permitiendo su continuidad. En consecuencia, no cabe invocar hoy esa posibilidad de aplicar la categoría de *derechos históricos* para aquellos territorios que no conservaron desde la aprobación de los Decretos de Nueva Planta las especialidades jurídico-públicas que pudieron tener en algún momento de su historia. Confirmando lo anterior, el Tribunal Constitucional considera que la DA1ª CE se refiere “a aquellos territorios integrantes de la monarquía española que, pese a la unificación del derecho público y de las ins-

tituciones políticas y administrativas del resto de los reinos y regiones de España, culminada en los Decretos de Nueva Planta de 1707, 1711, 1715 y 1716, mantuvieron sus Fueros (entendidos en el sentido de peculiar forma de organización de sus derechos públicos como del régimen jurídico propio en otras materias) durante el siglo XVIII y gran parte del XIX, llegando incluso hasta nuestros días manifestaciones de esta peculiaridad foral” (STC 76/1988, de 26 de abril. FJ 2º).

c) Ha de tratarse de situaciones jurídicas en las que no obstante el proceso de unificación jurídica característica de la codificación liberal, el propio Estado, atendiendo a las razones particulares de cada caso y en orden a la conveniente articulación de las relaciones con el territorio afectado y su integración en el conjunto, asume la existencia de regulaciones jurídicas o económicas singulares en ese territorio concreto sobre la base del Pacto entre las dos partes. Aquí la idea del acuerdo es fundamental. No se trata de una imposición de la zona interesada ni de una concesión graciosa del Estado. Es el fruto de un consenso escenificado en la fórmula del Pacto. Por eso el Dictamen núm. 269, de 1 de septiembre de 2005, del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, considera que “la invocación a realidades históricas debe tener expresión jurídica en normas que previamente hayan sido expresamente legitimadas por la voluntad popular, es decir, avaladas por el régimen democrático” (FJ II. 4), esto es, no es suficiente la existencia histórica de un derecho público especial sino que se precisa que ese derecho haya sido asumido por el Estado que garantiza su pervivencia a través de una ley nacional.

Cosa distinta es que haya que clarificar entre quienes se realiza ese Pacto. Viene esta reflexión al hilo del interés de determinados grupos nacionalistas durante la elaboración de la Constitución de insistir, como hemos visto con anterioridad, en la idea de sus Fueros como consecuencia del acuerdo o pacto con la Corona. Efectivamente eso fue así históricamente pero cuando se redactaba la Constitución el panorama era distinto. Realmente con la invocación de esos antecedentes históricos se quiso en un principio establecer ámbitos territoriales de poder con una legitimidad al margen de lo previsto, o lo que se pretendía recoger, en la Constitución. Por eso el debate constituyente de la DA1ª concluyó en el propósito decidido de que cualquier aplicación de los derechos históricos debía pasar por la actualización de las normas en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía que se elaboraran. Se desactivaba así, en cierta manera, el propósito inicial de los nacionalistas vascos de crear zonas no vinculadas con o no emanadas directamente de los mandatos constitucionales, o en palabras de Tajadura “el reconocimiento constitucional (en la DAP) de los derechos históricos ha servido al nacionalismo vasco (y a ciertos sectores del foralismo navarro) para tratar de consolidar la no por falsa menos peligrosa idea de que la autonomía

vasca (y la navarra para los juristas forales) se fundamenta en un título diferente a la Constitución. Esto es, que la fuente de legitimidad es otra distinta del sujeto constituyente (el Pueblo español)³⁸. Precisamente ya en su momento Tomás y Valiente llamaba la atención sobre las frecuentes y dispares referencias que la Constitución hacía a la historia, preguntándose si la Constitución está abierta a algún tipo de legitimación historicista³⁹. En este sentido son especialmente significativos los términos del Dictamen núm. 269, de 1 de septiembre de 2005, del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, al señalar que “cuando la norma constitucional incorpora una remisión a determinadas realidades colectivas sedimentadas a través de la historia que, eventualmente, han sido expresión de derechos e instituciones de derecho público o privado vigentes en el pasado, debe hacerlo de acuerdo con los parámetros de la racionalidad jurídica que la Constitución del Estado democrático establece” (FJ II. 4).

d) Ha de tratarse de regulaciones jurídicas sobre materias en principio respecto de las cuales se puede proyectar la competencia del Estado pero en las que, como se indicó, son las razones propias de cada caso las que aconsejan el Pacto con el territorio de que se trate. El tema económico que nos atañe es especialmente significativo. Ha de tenerse presente que “las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias” (art. 156. 1 CE), pero “con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles” (art. 156.1 CE) siendo así que el Estado tiene competencia exclusiva no sólo sobre la Hacienda general (art. 149.1.14ª CE) sino sobre la regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1ª CE) y también tiene la competencia sobre la potestad originaria para establecer tributos (art. 133.1 CE). Además, la Constitución impone al Estado las obligaciones de garantizar “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” (art. 138.1 CE).

Una Comunidad Autónoma no puede decidir unilateralmente modificar su siste-

38 Tajadura Tejada, Javier, “El pronunciamiento del TC sobre el Preámbulo del Estatuto de Autonomía de Cataluña: nación, realidad nacional y derechos históricos”, en *Teoría y realidad constitucional*, nº 27, 1º semestre 2011, monográfico La STC 31/2010 sobre el Estatuto de Cataluña, pág. 439.

39 Tomás y Valiente, Francisco, *La Constitución de 1978*, Cátedra de Estudios Hispánicos, Colegio Mayor Chaminade, Madrid, 1985.

ma de financiación ni imponer al Estado determinada forma de financiación. Cualquier cambio, especialmente si lo que se pretende es articular esa financiación a través de la fórmula del concierto económico debe ser fruto del acuerdo. Por ello, el sistema general de financiación autonómica se regula en la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), posteriormente modificada en varias ocasiones. Hay pues una competencia genérica del Estado en relación a todas las haciendas públicas, sin que sea asumible la idea de Pagés i Galtés de diferenciar, interpretando el citado art. 149.1.14^a CE, una Hacienda general y una Hacienda no general que es susceptible de ser regulada por la Comunidad Autónoma⁴⁰. Sin perjuicio de la constitucionalización de la autonomía financiera de las CCAA (art. 156 CE) lo cierto es que al Estado se le reserva un papel genérico de dirección y coordinación del sistema financiero que no puede olvidarse. Por eso dice el Tribunal Constitucional en la S 192/2000, de 13 de julio, que “la indudable conexión existente entre los artículos 133.1, 149.1.14^a y 157.3 CE determinan que el Estado sea competente para regular no sólo sus propios tributos, sino también el marco general de todo el sistema tributario y la delimitación de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas respecto de las del propio Estado” (FJ 6). Puede defenderse así, como hace el Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya en su Dictamen núm. 269, de 1 de septiembre de 2005, que “en términos generales, se puede afirmar que la competencia estatal en materia de hacienda general abarca el conjunto de normas y decisiones que se refieren subjetivamente a la esencial estructura funcional y orgánica de todas las haciendas públicas, y objetivamente a los principios y elementos determinantes de la coherencia del sistema tributario” (FJ X. 4).

1.3 El reconocimiento de los derechos forales.

Las vicisitudes del régimen foral en España son tributarias de los problemas sucesorios y dinásticos que han caracterizado algunos períodos de nuestra historia. La Guerra de Sucesión (1701-1714) que propicia el movimiento unificador por la victoria de Felipe V y las Guerras Carlistas, consecuencia de la lucha por los derechos sucesorios de Fernando VII, son buena prueba de ello. Efectivamente, tanto el reconocimiento de los fueros vascos y navarros como la desaparición de las peculiaridades jurídicas catalanas tienen su origen en estos acontecimientos históricos.

40 Pagés i Galtés, Joan, “La financiación autonómica en la sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el estatuto catalán de 2006”, en *Revista catalana de dret públic*, Especial Sentencia sobre el Estatuto, 2010, pág. 444.

En el caso del País Vasco y Navarra, el tema debe vincularse con las Guerras Carlistas. En efecto, desde 1833 están en cuestión los derechos sucesorios de Fernando VII produciéndose el enfrentamiento entre los partidarios de su hija Isabel II y los de su hermano el infante Carlos María Isidro de Borbón. La primera Guerra Carlista (1833-1840) termina en el Convenio de Oñate escenificado en el Abrazo de Vergara entre Maroto y Espartero el 31 de agosto de 1839. En el artículo 4 del Convenio se fijaba que Espartero recomendaría con interés al Gobierno el cumplimiento de su oferta de comprometerse a proponer a las Cortes la concesión o modificación de los Fueros. En su virtud, la Ley de 25 de octubre de 1839 disponía en su artículo 1º que “se confirman los fueros de las Provincias Vascongadas y de Navarra, sin perjuicio de la unidad constitucional de la Monarquía”. Si bien doctrinalmente se suele destacar la incompatibilidad entre Fueros y Constitución⁴¹ y este artículo pudiera confirmar esa impresión, lo cierto es que dicha norma no significó la desaparición de los Fueros, sino sólo su adecuación al nuevo marco político. En su virtud, se dictó para Navarra la Ley de 16 de agosto de 1841, la llamada Ley Paccionada, donde lo más destacado por lo que aquí interesa es la concesión de autonomía económica con un régimen tributario especial, basado en la idea del Convenio al que da origen un Decreto de 19 de febrero de 1877.

Por lo que se refiere al País Vasco, hay que recordar que la tercera Guerra Carlista (1872-1876) entre los partidarios de Carlos Duque de Madrid (Carlos VII) y sucesivamente Amadeo de Saboya, la I República y Alfonso XII se salda con la victoria del Gobierno, lo que da lugar a un movimiento abolicionista concretado en la Ley de 21 de julio de 1876. Sin embargo, esa abolición fue más teórica que real, especialmente en el terreno económico y si bien por Real Decreto de 13 de noviembre de 1877 se imponían determinadas cuotas por las contribuciones que debían pagarse en 1877 y ello, ante la negativa de las Diputaciones, supuso la disolución de las mismas; con posterioridad la constitución de unas nuevas Diputaciones dio lugar a la aprobación del Real Decreto de 28 de febrero de 1878 estableciéndose las previsiones necesarias para que las provincias vascas contribuyeran al sostenimiento de las cargas públicas a través del sistema de cupos: de la contribución de inmuebles, cultivo y ganadería; de la contribución industrial y de comercio, fijándose tales cupos por provincias. Se llega así a la figura del Concerto económico con el Estado, el primero de los cuales es de 1878 al que siguieron los de 1887, 1894, 1906 y 1925. Durante el régimen de Franco subsistieron las especialidades de Navarra y respecto a Álava, el artículo 4 del Decreto-Ley de 23 de junio de 1937 declaró en vigor

41 Vid. v.gr. Fernández Segado, Francisco, *op.cit.*, pág. 518.

el Concierto económico al tiempo que calificaba a Vizcaya y Guipúzcoa como provincias traidoras.

Respecto a Cataluña, el origen de la pérdida de su Derecho público radica en su apuesta en la llamada Guerra de Sucesión a favor del Archiduque Carlos de Habsburgo en contra de Felipe de Anjou. La victoria de éste último y la rendición de Barcelona el 11 de septiembre de 1714 supusieron inicialmente la supresión de la Diputación General, el Consejo de Ciento barcelonés y el Brazo de la Nobleza. El triunfo del pretendiente borbónico produjo una uniformidad normativa y política que se concretó en la aprobación de los Decretos de Nueva Planta guiados por una idea racionalista que en nombre de la libertad anulaba las peculiaridades normativas locales. Estas eran especialmente intensas en Cataluña con un arraigo indubitado y por eso Felipe V meditó la forma de llevar a cabo sus propósitos uniformadores respecto al Principado. Para ello solicitó un informe al ministro de Consejo Ametller y al intendente Patiño. La regulación final se llevó a cabo a través del Decreto de 9 de octubre de 1715, promulgado por Real Cédula de 16 de enero de 1716, inspirado de alguna manera en el aprobado para Aragón en 1715, como Nueva Planta de la Real Audiencia del Principado de Cataluña. En ese texto se diseñaba un nuevo modelo de organización política en Cataluña suprimiendo sus instituciones propias como la Diputación, las Cortes, las veguerías que fueron sustituidas por doce corregimientos y el distrito del Valle de Arán, el virrey o los somatenes. La novedad principal fue la creación de una Audiencia presidida por el Capitán General que tenía voto solamente en las cosas del gobierno y esto hallándose presente en la Audiencia. Sin embargo, progresivamente los Capitanes Generales adoptaron un papel preeminente que fue en paralelo con la pérdida de capacidad decisoria de la Audiencia, cada vez más un órgano consultivo que ejecutivo. Es de destacar también del Decreto de 1716 que las causas en la Real Audiencia se debían sustentar en lengua castellana. Ese derecho público catalán no volvió a restaurarse y hubo que esperar a la II República para que Cataluña tuviera un régimen de autonomía política.

2. La financiación autonómica.

Como se indicó en su momento, al margen del caso canario contemplado en la DA3^a CE y del Concierto económico con el País Vasco y el Convenio con Navarra en aplicación de la DA1^a CE, la Constitución establece los principios generales de un sistema de financiación aplicable al resto de CCAA en los artículos 156-158.

2.1. Ideas generales.

La Constitución dispone en su artículo 156.1 que “las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles”, artículo que en opinión de García-Moncó tiene dos proyecciones, una asertiva y otra limitativa o transaccional, es decir, “tiene una proyección asertiva, cual es que las Comunidades Autónomas deben gozar de autonomía financiera para el desarrollo de sus competencias pero también hay una proyección limitativa o transaccional, consistente en que la expresada autonomía deberá realizarse en coordinación con la Hacienda estatal y procurando la aplicación del principio de solidaridad entre todos los españoles”⁴².

Las distintas CCAA disponen constitucionalmente por tanto de *autonomía financiera*, lo que implica, al decir de López Guerra, un poder de autodisposición sobre los recursos necesarios para una efectiva asunción de las competencias previstas en sus Estatutos⁴³. En principio, la autonomía financiera debe entenderse al menos en dos vertientes: por un lado, capacidad tributaria, es decir, capacidad de disposición con respecto a las fuentes de ingresos y, por otro, autonomía presupuestaria, esto es, capacidad de disposición en relación con el gasto.

Esa autonomía financiera debe realizarse según la Constitución “con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles”. Esta previsión está justificada, como indica López Guerra⁴⁴, tanto por razones de coordinación económica como para evitar que se produzcan diferencias profundas entre la calidad y la cantidad de los servicios públicos de las distintas CCAA, dependiendo de su nivel de riqueza, así como entre la carga tributaria que los ciudadanos deben soportar. Como consecuencia, la Constitución prevé la existencia de mecanismos que aseguren la coordinación y la solidaridad tanto desde la perspectiva de la regulación de los ingresos de las CCAA como en la regulación del gasto.

Estado y CCAA deben actuar de forma coordinada pero esa coordinación también se puede llevar a cabo por mecanismos bilaterales, como reconoce el

42 García-Moncó, Alfonso, “Paisaje después de una sentencia: la penúltima reforma de la financiación autonómica”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 15, monográfico El Tribunal Constitucional y el Estatut, 2010, pág. 86.

43 López Guerra, Luis, *Derecho Constitucional*, vol. II, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 308.

44 *Ibidem*.

Tribunal Constitucional cuando al referirse a la cesión de tributos señala que “la cuestión afecta muy directamente al derecho a la autonomía de nacionalidades y regiones (art. 2 de la Constitución), y en particular a su autonomía financiera (art. 156.1 de la Constitución), debiendo considerarse el sistema establecido en la disposición adicional sexta, 3, del Estatuto de Autonomía de Cataluña (el anterior) también un instrumento que permite hacer compatible esa autonomía financiera con la exigencia de asegurar la necesaria coordinación con la Hacienda estatal y la solidaridad entre todos los españoles que el artículo 156.1 de la Constitución impone” (STC 181/1988, de 13 de octubre. FJ 7).

2.2. Sistema de financiación.

La autonomía financiera de las CCAA se recoge en el artículo 157.1 CE que implica para el Tribunal Constitucional “la plena disposición de medios financieros para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las competencias propias, en especial las que se configuran como exclusivas” (STC 201/1988, de 27 de octubre. FJ 4). Puede comprenderse así que la CEN-MFCE considere que “el marco jurídico constitucional en materia de financiación autonómica es especialmente abierto y no predetermina, por sí mismo, un modelo o unos modelos concretos de financiación autonómica”⁴⁵, modelo abierto y fundamentado en el principio dispositivo que “permite que el contenido de la autonomía no haya de responder necesariamente a un criterio homogéneo. Las competencias de las comunidades autónomas las determinan los estatutos correspondientes dentro del marco de la Constitución, tal como indica expresamente el artículo 147.2.d CE”⁴⁶. Se olvida de esa manera que una cosa es el ámbito competencial de una CA, que puede variar siempre dentro de los límites establecidos constitucionalmente, y otra el sistema de financiación autonómica que, fuera de los casos vasco, navarro y canario, responde a un modelo común.

De acuerdo con el citado artículo 157.1 CE, los recursos de las CCAA estarán constituidos por:

a) Impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado. El artículo 11 LO-FCA, según redacción dada por LO 2/2012, de 27 de abril, establece que dichos impuestos sólo pueden ser los siguientes: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con carácter parcial con el límite máximo del 50 por ciento; Impuesto so-

45 Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya núm. 175, 3 de noviembre de 2011, p. 14.

46 *Ibidem*, p. 15.

bre el Patrimonio; Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones; Impuesto sobre el Valor Añadido, con carácter parcial con el límite máximo del 50 por ciento; los Impuestos Especiales de Fabricación, con carácter general con el límite máximo del 58 por ciento de cada uno de ellos, excepto el Impuesto sobre la Electricidad y el Impuesto sobre Hidrocarburos; el Impuesto sobre la Electricidad; el Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte; los Tributos sobre el Juego; y el Impuesto sobre Hidrocarburos con carácter parcial con el límite máximo del 58 por ciento para el tipo estatal general y en su totalidad para el tipo estatal especial y para el tipo autonómico. Respecto a los recargos, las CCAA podrán establecer recargos sobre los tributos del Estado susceptibles de cesión, excepto en el Impuesto sobre Hidrocarburos, y en el Impuesto sobre el Valor Añadido e Impuestos Especiales únicamente podrán establecerse recargos cuando tengan competencias normativas en materia de tipos de gravamen. Esos recargos no podrán suponer minoración en los ingresos del Estado por dichos impuestos, ni desvirtuar la naturaleza o estructura de los mismos (art. 12.1 y 2 LOFCA, según redacción dada por LL.OO. 7/2001, de 27 de diciembre y 2/2012, de 27 de abril). 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, establece en su artículo 25 que se cede a las CCAA, según los casos, el rendimiento total o parcial en su territorio de los siguientes tributos: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; Impuesto sobre el Patrimonio; Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones; Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; Tributos sobre el Juego; Impuesto sobre el Valor Añadido; Impuesto sobre la Cerveza; Impuesto sobre el Vino y Bebidas Fermentadas; Impuestos sobre Productos Intermedios; Impuesto sobre el Alcohol y Bebidas Derivadas; Impuesto sobre Hidrocarburos; Impuesto sobre las Labores del Tabaco; Impuesto sobre la Electricidad; Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte; e Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos.

Por lo que se refiere a la participación en los ingresos del Estado, las CCAA y Ciudades con Estatuto de Autonomía propio participarán en aquellos a través de su Fondo de Suficiencia Global que cubrirá la diferencia entre las necesidades de gasto de cada Comunidad Autónoma y Ciudad con Estatuto de Autonomía y la suma de su capacidad tributaria y la transferencia del Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales (art. 13.1 y 2 LOFCA, según redacción dada por LO 3/2009, de 18 de diciembre) debiendo fijarse en la respectiva Comisión Mixta.

b) Sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales.

c) Transferencias de un Fondo de Compensación Interterritorial y otras asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. Estas asignaciones se establecen en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido y de la garantía de un nivel mínimo de prestaciones de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español (art. 158.1 CE). Se considerará que no se llega a cubrir el nivel de prestación de los servicios públicos cuando su cobertura se desvíe del nivel medio de los mismos en el territorio nacional (art. 15.1 LOFCA, según redacción dada por LO 3/2009, de 18 de diciembre)

En cuanto al Fondo de Compensación Interterritorial, la Constitución dispone que “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” (art. 158.2). Este Fondo de Compensación está regulado por la Ley 22/2001, de 27 de diciembre, modificada por Ley 23/2009, de 18 de diciembre, que crea dos Fondos, el Fondo de Compensación y el Fondo Complementario, destinados a las CCAA y a las Ciudades con Estatuto de Autonomía propio, es decir, Ceuta y Melilla.

d) Rendimientos procedentes de su patrimonio e ingresos de derecho privado.

e) El producto de sus operaciones de crédito.

Además, según el artículo 156.2 CE, “las Comunidades Autónomas podrán actuar como delegados o colaboradores del Estado para la recaudación, la gestión y la liquidación de los recursos tributarios de aquél, de acuerdo con las leyes y los Estatutos”.

De modo no muy congruente con esa referencia a los Estatutos, la Constitución remite a una ley orgánica la regulación del ejercicio de las competencias financieras de las CCAA, las normas para resolver los conflictos que pudieran surgir y las posibles formas de colaboración financiera entre las Comunidades Autónomas y el Estado (art. 157.3). Esta ley, dictada tempranamente, es la citada LO 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), modificada por LLOO 1/1989, de 13 de abril; 3/1996, de 27 de diciembre; 10/1998, de 17 de diciembre; 5/2001, de 13 de diciembre; 7/2001, de 27 de diciembre y 2/2012, de 27 de abril, Ley que para la CENMFCE “no es un elemento necesario del sistema

de financiación, ya que la Constitución la prevé sólo como una posibilidad y no la establece como una exigencia⁴⁷. Sin embargo la realidad parece otra y la LOFCA se inserta en el bloque de constitucionalidad en materia financiera (SSTC 181/1988, de 13 de octubre y 14/1989, de 26 de enero) y es una de las leyes a que se refiere el artículo 28.1 LOTC como parámetro de constitucionalidad para “delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas”. En tal sentido, la STC 192/2000, de 13 de julio, establece en su FJ 4 que “la Constitución no predetermina cuál haya de ser el sistema de financiación autonómica, sino que atribuye esa función a una Ley Orgánica, que cumple de este modo una función delimitadora de las competencias financieras estatales y autonómicas previstas en el artículo 157 CE”. Ello permite afirmar a la CENMFCE que “el protagonismo que en este sentido ha adquirido la LOFCA se ha visto reforzado, por otro lado, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha visto en la competencia estatal sobre la hacienda general (art. 149.1.14 CE) un título habilitador directo para regular la financiación autonómica... y dar a la LOFCA un espacio prácticamente ilimitado de regulación en el ámbito de la financiación⁴⁸. La función del artículo 157.3 es clara. Según el Tribunal Constitucional con esa norma se “pretende habilitar la intervención unilateral del Estado en ese ámbito competencial a fin de alcanzar un mínimo grado de homogeneidad en el sistema de financiación autonómico, orillando así la dificultad que habría supuesto que dicho sistema quedase exclusivamente al albur de lo que se decidiese en el procedimiento de elaboración de cada uno de los Estatutos de Autonomía. Su función no es, por tanto, como es obvio, la de establecer una reserva de una Ley Orgánica en cuya virtud cualquier aspecto atinente al nutrido grupo de recursos autonómicos enumerados en el art. 157.1 CE requiriese ineludiblemente una norma de tal rango, sino sencillamente permitir que una Ley Orgánica –la actual LOFCA– pudiese insertarse en el bloque de la constitucionalidad delimitador del concreto alcance de las competencias autonómicas en materia financiera” (STC 68/1996, de 18 de abril. FJ 4). Por tanto, siguiendo asimismo una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la LOFCA adquiere un carácter competencial (por todas, SSTC 68/1996, de 18 de abril. FJ 9 y 192/2000, de 13 de julio. FJ 4). Se establece así el llamado “sistema LOFCA” de financiación de las CCAA, completado por diversos Acuerdos políticos posteriores.

Debe señalarse en este orden que la LOFCA es el lugar natural para la fijación del sistema de financiación autonómica con carácter genérico⁴⁹, sin perjuicio de

47 *Ibidem*, p. 16.

48 *Ibidem*.

49 Incluso el establecimiento para Cataluña de un nuevo sistema de financiación basado en el Concerto debería hacerse según el Institut d'Estudis Autònoms a través de una reforma de la LOFCA en

que dicho sistema no puede ser una imposición unilateral del Estado porque va a afectar a entidades territoriales distintas a la propia Administración General del Estado. Tampoco es aceptable que se intente establecer por vía estatutaria un nuevo modelo de financiación de una Comunidad Autónoma y se pretenda luego condicionar la voluntad del Estado para adecuar la LOFCA a esa nueva realidad. No vale argumentar en contra de este planteamiento el hecho cierto de que un Estatuto de Autonomía se aprueba por Ley Orgánica y por tanto con la intervención de las Cortes Generales con lo que se produce un reconocimiento y aceptación de los nuevos principios. No puede desconocerse en este orden que la iniciativa para la reforma o redacción de un nuevo Estatuto de Autonomía parte del correspondiente Parlamento autonómico y las circunstancias, o meros intereses económicos, hacen en ocasiones que los planteamientos de la respectiva Comunidad Autónoma se saquen adelante recogándose finalmente en la Ley Orgánica aprobada en las Cortes Generales. Ello puede condicionar al propio Estado haciendo necesaria la reforma de leyes del Estado para acomodarlas a las previsiones estatutarias.

El proceso en este tema debería ser el inverso. Si una o varias CCAA desean que se introduzcan cambios en el sistema de financiación autonómico deberían plantearlo en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera para que tras la oportuna negociación política y discusión técnica se presentase por el Gobierno un proyecto de ley de reforma de la LOFCA. Aprobada ésta, en su caso, procedería a continuación modificar el o los Estatutos de Autonomía de la o de las CCAA que impulsaron el movimiento de reforma. El procedimiento contrario es incompatible con la solidaridad interregional, la lógica y la prudencia política. Esa es, por lo demás, la reciente postura del Tribunal Constitucional al hablar en su S 31/2010, de 28 de junio, de “sistema multilateral de cooperación y coordinación constitucionalmente previsto” (FJ 134), por mucho que Pagés i Galtés entienda criticable el criterio del Tribunal Constitucional de que “hay una serie de materias que necesariamente han de ser decididas por el Estado sin ningún condicionante estatutario, de tal manera que si el Estatuto establece un condicionante, resulta que, o bien, éste es inconstitucional, o bien tiene que interpretarse que no vincula al Estado”⁵⁰. En todo caso debe mirarse con cautela la petición de la CENMFCE de aprovechar el carácter abierto de la Constitución en materia de financiación autonómica para incluir una cláusula especial para Cataluña alegando que “la Constitución

la que se proclame la excepción del régimen de financiación común. En tal sentido su Informe de 11 de octubre de 2011. Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya núm. 175, 3 de novembre de 2011, p. 60.

50 Pagés i Galtés, Joan, *op.cit.*, pág. 443.

no predetermina un determinado modelo de financiación... no define ni determina un modelo de financiación concreto y que haya de aplicarse uniformemente a todas las comunidades autónomas”⁵¹. La idea de la CENMFCE es que se puede articular un nuevo modelo de financiación autonómica a través del binomio Constitución-Estatuto catalán, sin necesidad de una ley general de financiación⁵². Sin embargo, a la vista de la Constitución y del significado que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional reconoce a la LOFCA parece que su carácter obligatorio es incuestionable. De hecho, el propio EAC dispone en su artículo 201.1 que “las relaciones de orden tributario y financiero entre el Estado y la Generalitat se regulan por la Constitución, el presente Estatuto y la Ley Orgánica prevista en el apartado tercero del artículo 157 de la Constitución”. Cualquier cambio, por tanto, en el sistema de financiación autonómica tiene que pasar por la LOFCA, debiendo descartarse cualquier intento de utilizar otros mecanismos constitucionales, señaladamente la posibilidad de una ley orgánica de transferencia o delegación del artículo 150.2 CE, como reconoce la propia CENMFCE “opción de naturaleza más excepcional y subsidiaria”⁵³ que la idea de potenciar el Estatut para modificar el sistema de financiación. El artículo 150.2 CE es un medio para ampliar las competencias autonómicas pero no para establecer para una comunidad autónoma un sistema especial, no previsto constitucionalmente, de financiación. En este sentido, debe señalarse que el Institut d’Estudis Autonòmics reconoce las dificultades para que la Hacienda general o el marco general de la financiación o la distribución de competencias se pueda fijar desde una comunidad autónoma ni que pueda hacerse por delegación o transferencia estatal⁵⁴.

Parece, pues, que salvo las menciones constitucionales, expresas o implícitas, a sistemas especiales de financiación (País Vasco, Navarra, Canarias) las demás CCAA deben estar sometidas a un sistema general o común de financiación autonómica.

Los principios que informan este régimen común de financiación de las CCAA son, siguiendo al profesor Torres del Moral⁵⁵, los siguientes:

51 Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya, 3 de noviembre de 2011, p. 20.

52 *Ibidem*, p. 21

53 *Ibidem*, p. 22.

54 En tal sentido su Informe sobre la aplicación en Cataluña de un nuevo modelo de financiación basado en el concierto económico. Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya, 3 de noviembre de 2011, p. 48.

55 Torres del Moral, Antonio, *Principios de Derecho Constitucional Español*, vol. II, 3ª edición renovada, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid,

a) Principio de generalidad

El sistema de financiación se aplica, con los matices del nuevo Estatuto de Cataluña, de modo uniforme en todas las CCAA, sin perjuicio de las peculiaridades del País Vasco y de Navarra, fundamentadas, como hemos señalado en una tradición histórica garantizada por la DA1ª CE. Recogiendo la práctica seguida desde el siglo pasado, los correspondientes Estatutos de Autonomía han configurado un sistema financiero propio, denominado sistema de *concierto* en el País Vasco (Ley 12/2002, de 23 de mayo) y sistema de *convenio* en Navarra (Ley 28/1990, de 26 de diciembre, modificada por Leyes 12/1993, de 13 de diciembre, 19/1998, de 15 de junio y 25/2003, de 15 de julio). La base del sistema, dice López Guerra⁵⁶, reside en la formalización de un acuerdo con el Estado, aprobado por ley estatal, que permite que los antiguos territorios forales (Navarra, provincias vascas) establezcan un sistema tributario propio, distinto del vigente en el resto del Estado, contribuyendo con un cupo prefijado y renovable a las cargas comunes. En todo caso ha de subrayarse que los sujetos obligados a aportar un cupo al Estado son los territorios forales, es decir, las provincias. Como señala el artículo 49 de la Ley 12/2002, de 23 de mayo, del concierto con el País Vasco, la aportación del País Vasco al Estado “consistirá en un cupo global, integrado por los correspondientes a cada uno de sus Territorios Históricos, como contribución a todas las cargas del Estado que no asuma la Comunidad Autónoma del País Vasco”.

Por lo que se refiere a los Presupuestos, la LOFCA dispone que todos los de las CCAA tendrán carácter anual e igual período que los del Estado, atenderán al cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria, incluirán la totalidad de los gastos e ingresos de los organismos y entidades integrantes de la misma, y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a tributos atribuidos a las referidas Comunidades (art. 21.1 LOFCA, según redacción de la LO 5/2001, de 13 de diciembre). Los Presupuestos autonómicos deben ser elaborados con criterios homogéneos, que permitan su coordinación con los Presupuestos del Estado. Finalmente, de conformidad con el artículo 153.d) CE, los Presupuestos de las CCAA son controlados por el Tribunal de Cuentas.

b) Principio de suficiencia

Como reconoce la LOFCA, los recursos de las CCAA han de ser suficientes

Madrid, 1992, pp. 356 y ss. En las últimas ediciones se han eliminado las referencias a la financiación autonómica.

⁵⁶ López Guerra, Luis, *op.cit.* pág. 307.

para el ejercicio de sus competencias. Por eso, señala Torres del Moral⁵⁷, se les garantiza los medios para cubrir los servicios que les hayan sido transferidos, en una primera etapa con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, y en la etapa definitiva mediante la participación autonómica en los ingresos del Estado y con la recaudación de los impuestos cedidos.

c) *Principio de flexibilidad o gradualidad*

Este principio se concreta en esa aplicación del sistema en dos etapas. La primera dura hasta que se complete el traspaso de los servicios correspondientes a las competencias asumidas por cada Comunidad, o en todo caso, seis años después de la entrada en vigor del Estatuto respectivo. Aunque ese período transitorio ha variado según las CCAA, finalizó de todos modos en 1989.

A partir de esa fecha, la financiación de las CCAA procede fundamentalmente de los tributos cedidos por la Hacienda central y la participación autonómica en los ingresos de ésta, y las subvenciones corrientes y de capital con fines de política social y económica y las provenientes del Fondo de Compensación Interterritorial.

d) *Principio de solidaridad*

Con el fin de corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad, la Constitución prevé la creación del Fondo de Compensación Interterritorial con destino a gastos de inversión y cuyos recursos son distribuidos por las Cortes Generales entre las CCAA y las provincias, en su caso (art. 158.2). Los criterios de distribución de los recursos del Fondo y el procedimiento de asignación y control están regulados en la Ley 22/2001, de 27 de diciembre, reguladora de los Fondos de Compensación Interterritorial, modificada como se ha dicho por la Ley 23/2009, de 18 de diciembre.

Por otro lado, en el ámbito de la Unión Europea se regula el *Fondo Europeo de Desarrollo Regional* (FEDER), con idéntico objetivo de desarrollo y reajuste territorial de las regiones menos prósperas.

e) *Principio de coordinación*

La coordinación es un principio básico de la Constitución económica y del

⁵⁷ Torres del Moral, Antonio, *op.cit.*, pág. 356.

Estado autonómico, y por eso lógicamente también del régimen de financiación autonómica. En ese sentido el artículo 156.1 CE exige la coordinación con la Hacienda central, cuyos mecanismos concretos articula la LOFCA. El principal órgano encargado de asegurar esa coordinación es el *Consejo de Política Fiscal y Financiera de las CCAA* (art. 3.2 LOFCA), órgano consultivo que informa las políticas presupuestarias de las CCAA, de endeudamiento, de inversiones públicas y de distribución de los recursos del Fondo de Compensación Interterritorial, precisamente para asegurar su coordinación con la Hacienda central.

Este Consejo de Política Fiscal y Financiera está constituido por el Ministro de Economía y Competitividad, el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas y el Consejero de Hacienda de cada Comunidad o Ciudad Autónoma.

f) *Principios de unidad y territorialidad*

Con la finalidad de garantizar la unidad de mercado, que es una de las manifestaciones de la unidad económica nacional, el artículo 157.2 CE prohíbe a las CCAA adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio o que supongan obstáculo para la libre circulación de mercancías o servicios.

g) *Principio de igualdad tributaria*

Este principio, apunta Torres del Moral, no requiere que la carga tributaria sea uniforme en todo el territorio nacional, pues “puede haber una presión fiscal diferente, siempre que esté en relación con el nivel de prestación de servicios públicos que los vecinos decidan con su comportamiento electoral optando entre diversos programas al respecto. En todo caso, los servicios mínimos deben quedar garantizados”⁵⁸.

La idea que se desprende de todo lo anterior es que en la CE no hay base jurídica que permita articular un sistema de financiación para Cataluña basado en el Concierto económico⁵⁹. Cualquier intento en este orden requeriría una reforma constitucional⁶⁰. De lo contrario, la única posibilidad de ampliar las fórmulas de

58 Torres del Moral, Antonio, *op. cit.*, pág. 359.

59 En la misma línea, Carreras Serra, Francesc, Diario *La Vanguardia*, 11 de septiembre de 2011, pág. 16. En contra, Ferran Requejo (“no hay ningún artículo que prohíba el concierto económico para Cataluña”) o Heribert Padrol (“de la lectura del articulado,..., no hay un obstáculo al pacto fiscal”), *ibidem*, pág. 17.

60 En el mismo sentido, De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, Tomás, *op. cit.*, pág. 29. Para Joaquim Coll, “el concierto para Catalunya es constitucionalmente muy problemático y políticamente

financiación autonómica es dentro de los límites de la LOFCA, sin que puedan esgrimirse argumentos metajurídicos en defensa del establecimiento del concierto, como hizo ante la CENMFCE Carles Viver i Pi-Sunyer fundamentando el concierto “por ejemplo, en algo tan simple como la voluntad democrática de los ciudadanos de Catalunya, basándolo, por ejemplo, en las características económicas de Catalunya, basándolo en la necesidad de solucionar el problema del déficit fiscal que está sufriendo Catalunya desde hace mucho tiempo...”⁶¹.

III. Las posibilidades del Estatuto de Autonomía.

El segundo elemento normativo que debemos analizar para valorar la viabilidad jurídica de un nuevo sistema de financiación para Cataluña es su Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de junio. En este orden hay que apuntar que es imprescindible tener en cuenta la interpretación que hizo de gran parte de su contenido el Tribunal Constitucional en su S 31/2010, de 28 de junio, cuyas referencias en las páginas que siguen serán frecuentes.

Dos son los aspectos del Estatuto de Autonomía que hay que valorar. Por una parte, la referencia a los derechos históricos y por otra lo relativo a la financiación autonómica.

1. Los derechos históricos

En cuanto a los *derechos históricos*, el artículo 5 del EAC dispone que “el autogobierno de Cataluña se fundamenta también en los derechos históricos del pueblo catalán, en sus instituciones seculares y en la tradición jurídica catalana, que el presente Estatuto incorpora y actualiza al amparo del artículo 2, la disposición transitoria segunda y otros preceptos de la Constitución, de los que deriva el reconocimiento de una posición singular de la Generalitat en relación con el derecho civil, la lengua, la cultura, la proyección de éstas en el ámbito educativo y el sistema institucional en que se organiza Cataluña”.

resulta inviable”, Coll, Joaquim, *op. cit.*, pág. 9. Uno de los comparecientes ante la Comisión, Alejandro Saiz, sostuvo que “con la lectura del Tribunal Constitucional, un modelo de financiación basado en el concierto económico es pura y simplemente inconstitucional”, Diario *La Vanguardia*, 11 de septiembre de 2011, pág. 16.

61 Viver i Pi-Sunyer, Carles, Diario *La Vanguardia*, 11 de septiembre de 2011, pp. 16-17.

Obviamente el punto más conflictivo del precepto es la referencia a “los derechos históricos del pueblo catalán” y más en concreto la posible tentación de invocar para Cataluña la aplicación de la DA1ª CE relativa a los derechos históricos de los territorios forales, reservada como hemos señalado a País Vasco y Navarra, con la consiguiente posibilidad de reclamar un régimen económico propio articulado en conciertos similares a los de aquellas CCAA. El Tribunal Constitucional en la citada S 31/2010, de 28 de junio, es claro en este orden. Cataluña no puede basar su autonomía en “un fundamento ajeno a la Constitución, aun cuando fuera añadido al que ésta le dispensa” (FJ 10)⁶² pues los derechos históricos a los que se apela en el artículo 5 son “derechos históricos en un sentido bien distinto del que corresponde a los derechos de los territorios forales a que se refiere la disposición adicional primera de la Constitución. Y ello porque se refiere a derechos y tradiciones de Derecho privado o, en el ámbito del Derecho público, al derecho que la disposición transitoria segunda de la Constitución ha querido atribuir a los territorios que en el pasado hubieran plebiscitado Estatutos de autonomía en orden a facilitarles su constitución como Comunidades Autónomas a través de un procedimiento específico” (*ibidem*). Por tanto, el artículo 5 EAC es constitucional si se interpreta que “no remite al contenido de la disposición adicional primera de la Constitución ni es fundamento jurídico propio del autogobierno de Cataluña al margen de la Constitución misma.. en los mismos términos ha de entenderse la afirmación del preámbulo de que “el autogobierno de Cataluña se fundamenta en la Constitución así como en los derechos históricos del pueblo catalán que, en el marco de aquélla, dan origen en este Estatuto al reconocimiento de una posición singular de la Generalitat”” (*ibidem*). El único dato histórico que puede esgrimir Cataluña es el haber tenido régimen autonómico durante la Segunda República y ello se agota con el procedimiento especial para el acceso a la autonomía que recoge la disposición transitoria segunda de la Constitución.

62 Eso es, precisamente, lo que piensa Alzaga Villamil que pretende el art. 5 EAC por la vía de la inequívoca palabra “también”, Alzaga Villamil, Óscar, “La Nación en los preámbulos de las *leges superiores*, el Estatut de 2006 y la STC 31/2010”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 27, 1º semestre 2011, monográfico La STC 31/2010 sobre el Estatuto de Cataluña, pág. 166. Jorge de Esteban habla directamente de “inconstitucionalidad manifiesta” del precepto y del Párrafo 10 del Preámbulo EAC, (de Esteban, Jorge, “De Constitución normativa a nominal”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 27, 1º semestre 2011, monográfico La STC 31/2010 sobre el Estatuto de Cataluña, pág. 186) y López Aguilar, más moderado, considera que la alusión a los *derechos históricos* del art. 5 EAC “no tiene tampoco el alcance que la Constitución confiere a los derechos forales en su Disposición Adicional Primera”, López Aguilar, Juan Fernando, “La sentencia más larga. Repercusiones de la STC 31/2010: política y jurisprudencia”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 27, 1º semestre 2011, monográfico La STC 31/2010 sobre el Estatuto de Cataluña, pág. 225.

La lectura que hace la doctrina más autorizada de esta interpretación del Tribunal Constitucional coincide en considerar que después de la sentencia, el alcance de los *derechos históricos* que pudieran invocarse en Cataluña para legitimar cambios sustanciales en el modo de entender el propio sentido del autogobierno queda muy disminuido, aunque los puntos de partida son distintos. La idea común es que con la *interpretación conforme* del Tribunal Constitucional el precepto pierde su potencialidad implícita, desaparece, dice Ferret, “una posibilidad importante de garantía de competencia”⁶³, y lo convierte para Carreras “en un precepto inocuo y sin valor normativo alguno”⁶⁴. En definitiva, el artículo después de pasar por el tamiz del Tribunal Constitucional queda desvirtuado⁶⁵ y la posibilidad de utilizarlo, en general como motor de un cambio profundo en el modo de entender Cataluña y su relación con el Estado⁶⁶, y en particular como legitimación del nuevo modelo de financiación autonómica, se desvanece⁶⁷, aunque la culpa tal vez no sea atribuible tanto a la interpretación del Tribunal Constitucional como a un desafortunado intento de buscar una fuente de legitimidad de ese autogobierno⁶⁸ al margen de lo previsto en la Constitución. Y en ese orden poco margen tenía el Tribunal Constitucional⁶⁹.

63 Ferret Jacas, Joaquim, “Una visión global de la Sentencia”, en *Revista catalana de dret públic*, Especial Sentencia sobre el Estatuto, 2010, pág. 43.

64 Carreras Serra, Francesc de, “¿Es constitucional el Estatuto de Cataluña?. El Estado de las autonomías tras la sentencia del TC”, en *Claves de Razón Práctica*, núm. 206, 2010, pág. 17.

65 En el mismo sentido, Tornos Mas, Joaquín, “El Estatuto de Autonomía de Cataluña y el Estado autonómico, tras la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 15 monográfico El Tribunal Constitucional y el Estatut, 2010, pág. 23, y en “Valoración general”, en *Revista catalana dret públic*, Especial Sentencia sobre el Estatuto, 2010, pág. 47.

66 En este sentido, para Alberti Rovira si el Estatuto pretendía un reconocimiento de la identidad singular de Cataluña, especialmente con respecto a su carácter nacional, el “TC se preocupa esencialmente de restar, hasta eliminarlo completamente, significado jurídico-constitucional, e incluso político, a las expresiones estatutarias que comportan un reconocimiento nacional”, Alberti Rovira, Enoch, “La Sentencia 31/2010: valoración general de su impacto sobre el Estatuto y el estado de las autonomías”, en *Revista catalana de dret públic*, Especial Sentencia sobre el Estatuto, 2010, pág. 20. “La Sentencia cierra cualquier posible interpretación expansiva que pudiera estar implícita en la referencia a los derechos históricos (que según declara, nada tienen que ver con los del País Vasco o Navarra)”, Viver Pi-Sunyer, Carles, “Los efectos jurídicos de la sentencia sobre el Estatuto”, en *Revista catalana de dret públic*, Especial Sentencia sobre el Estatuto, 2010, pág. 64.

67 A un efecto de *desactivación* del Estatuto tras la sentencia del Tribunal Constitucional se refiere Barceló i Serramallera, Mercé, “Breves consideraciones sobre la Sentencia 31/2010”, en *Revista catalana de dret públic*, Especial Sentencia sobre el Estatuto, 2010, pág. 33.

68 Una visión distinta del alcance de la Sentencia sobre el origen del autogobierno de Cataluña puede desprenderse de la lectura de Montagut Estragués, Tomás de, “Ruptura y transición a la democracia como fuentes de dos tipos de derechos históricos compatibles para Cataluña”, en *Revista catalana de dret públic*, Especial Sentencia sobre el Estatuto, 2010, pág. 121.

69 Esa es la consecuencia que deducen de las palabras del Tribunal, v. gr. Muñoz Machado, Santiago,

2. La financiación.

El tema de la financiación de las CCAA es uno de los tradicionalmente problemáticos porque es difícil que se pueda desarrollar una línea de actuación política sin unos recursos adecuados. Por ello destacan algunos autores que uno de los objetivos perseguidos por el nuevo EAC era “el establecimiento de un sistema de financiación capaz de garantizar la suficiencia de recursos, así como el condicionamiento de la contribución catalana a la solidaridad interterritorial”⁷⁰. Se justifica así el amplio contenido del Título VI del EAC y de algunas disposiciones adicionales, especialmente las octava, novena y décima que prevén el porcentaje de cesión a la Generalitat de determinados impuestos y que debería ser aprobado posteriormente por Ley del Estado. A la vista de tales previsiones estatutarias no es extraño el número importante de las mismas que fueron recurridas ante el Tribunal Constitucional. de tal forma que este tema de la financiación autonómica constituye uno de los más importantes en la STC 31/2010, de 28 de junio⁷¹.

En este sentido hay que comenzar resaltando la aceptación general del Título VI por el Tribunal Constitucional al derogar sólo una referencia del artículo 206.3 y otra del artículo 218.2, aunque Sol i Ordis entiende que “desde una perspectiva de conjunto, la Sentencia desapodera de valor normativo el título VI del Estatuto, ya que éste queda supeditado plenamente a lo que pueda establecer la ley orgánica prevista en el artículo 157.3 CE, papel que actualmente realiza la LOFCA, y también atendiendo al hecho que se da rango *constitucional inevitable* a la multilateralidad y que no se reconoce al Estatuto naturaleza de pacto, en la medida en que en más de un caso el Tribunal declara que el Estado queda exonerado de cumplirlo”⁷². Sobre el significado de la LOFCA, la imposibilidad de que una Comunidad Autónoma condicione la voluntad posterior del Estado, que en definitiva es lo que recogen algunas previsiones esta-

“Dentro de los términos de la presente Constitución”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 15 monográfico El Tribunal Constitucional y el Estatut, 2010, pág. 7; y De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, Tomás, *op.cit.*, pág. 27.

70 Barceló, Mercé; Bernadí, Xavier y Vintró, Joan, “Balances y perspectivas”, en *Revista catalana de dret públic*, Especial Sentencia sobre el Estatuto, 2010, pág. 495. En similares términos Pagès i Galtés, Joan, *op. cit.*, pág. 442.

71 Una interpretación crítica de la sentencia en lo referente a la financiación puede verse en García-Moncó, Alfonso, *op. cit.* que llega a calificarla de “extemporánea, contradictoria e incongruente”, pág. 81.

72 Sol i Ordis, Pere, “La financiación”, en *Revista catalana de dret públic*, Especial Sentencia sobre el Estatuto, 2010, pág. 456.

tutarias como acabamos de señalar, y el papel del Consejo de Política Fiscal y Financiera ya se ha tratado con anterioridad pero conviene tal vez reiterar las competencias del Estado en este orden y con ello se desbarata la idea de que “con la Sentencia se pierde la garantía estatutaria, dado que la interpretación que hace el TC podría suponer que en un futuro los porcentajes de cesión (de determinados impuestos) se modificarán”⁷³. La objeción es clara. El Estatuto no puede ser en sí mismo garantía sobre el particular porque no es la norma adecuada para establecer esos porcentajes y mucho menos para blindarlos frente a la ley del Estado que es el responsable último en la materia.

Partiendo de que según la Constitución la competencia exclusiva en las cuestiones de “Hacienda general” es del Estado (art. 149.1.14 CE), que corresponde también al Estado la potestad originaria para establecer tributos mediante ley (art. 133.1) y la regulación del ejercicio de las competencias financieras de las CCAA (art. 157.3), la conclusión la fijaba ya el Tribunal Constitucional cuando en S 72/2003, de 10 de abril, con evidente recuerdo de la citada S. 192/2000, de 13 de julio, recalca que el Estado “sea competente para regular no sólo sus propios tributos, sino también el marco general de todo el sistema tributario y la delimitación de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas respecto de las del propio Estado” (FJ 5). Las relaciones Estado-CCAA en este orden se materializan en la práctica en las decisiones de las Cortes Generales dando cuerpo legal a las decisiones adoptadas en el Consejo de Política Fiscal y Financiera. En este sentido es muy generosa la interpretación que el Tribunal Constitucional hace del artículo 201.3 EAC que señala que “el desarrollo del presente Título corresponde a la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-Generalitat” entendiéndolo que “hay que referirla al marco de coordinación y cooperación previsto por la Constitución, por lo que no significa que a aquélla le competa alcanzar los acuerdos que posteriormente determinen el desarrollo normativo o la aplicación del título VI” (FJ 131). Una interpretación literal del precepto y el sentido genérico del Título VI avalarían otra interpretación que defendería sólo la competencia de esa Comisión bilateral sin el concurso del Consejo de Política Fiscal y Financiera. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional no declara inconstitucional el artículo 204.1 EAC respecto a la Agencia Tributaria de Cataluña y en el que no hay mención alguna a la intervención del Estado ni siquiera en funciones de coordinación. El Tribunal interpreta que la ausencia del principio de reciprocidad “no plantea dudas de constitucionalidad, ya que este Tribunal ha

73 Bosch i Roca, Núria; Vilalta Ferrer, Maite, “Efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el modelo de financiación de la Generalitat de Cataluña”, en *Revista catalana de dret públic*, Especial Sentencia sobre el Estatuto, 2010, pág. 435.

rechazado expresamente que las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas puedan sustentarse en el principio de reciprocidad (STC 132/1998, de 18 de junio, FJ 10 y las allí citadas), dada la posición de superioridad del Estado (STC 4/1981, de 2 de febrero. FJ 3) y que a él le corresponde la coordinación en la materia financiera, que lleva implícita la idea de jerarquía” (FJ 132).

Interpreta también el Tribunal el artículo 205 sobre la actuación de los órganos económico-administrativos para la revisión de las reclamaciones que los contribuyentes puedan interponer contra los actos de gestión tributaria dictados por la Agencia Tributaria de Cataluña, y lo hace con la misma generosidad porque a su juicio “no pone en cuestión el régimen jurídico de la cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas” (FJ 133). Realmente, puede decirse que el EAC adolece en estas cuestiones de unas omisiones sobre lo que es constitucionalmente exigible que no pueden ser sustituidas por la interpretación tan flexible del Tribunal Constitucional que realmente no interpreta los silencios, o lo que es peor, lo que dice la literalidad del Estatuto, sino que suple la voluntad del legislador haciendo ver que en el texto se dice lo que realmente no aparece o que, incluso, puede decirse que dice lo contrario de lo que se recoge en la Constitución⁷⁴ y que difícilmente es compatible con una implícita voluntad del legislador autonómico de crear las bases para una financiación semejante a la del País Vasco y Navarra articulada sobre la base de un Concierto o Convenio económico y en todo caso con criterios propios en un acuerdo bilateral con el Estado sin participar en el sistema general aplicable a las CCAA. Por eso, parece que el EAC excede en mucho de la Constitución, aunque el Tribunal no lo haya reconocido así.

Como se apuntó, el Tribunal Constitucional sí anula el inciso “siempre y cuando lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar” del artículo 206.3 que dispone que “los recursos financieros de que disponga la Generalitat podrán ajustarse para que el sistema estatal de financiación disponga de recursos suficientes para garantizar la nivelación y solidaridad de las demás comunidades autónomas, con el fin de que los servicios de educación, sanidad y otros servicios sociales esenciales del Estado de bienestar prestados por los diferentes gobiernos autonómicos puedan alcanzar niveles similares en el conjunto del Estado, *siempre y cuando lleven a cabo un esfuerzo fiscal similar*. En la misma forma y si procede, la Generalitat recibirá recursos de los mecanismos de nivelación y solidaridad. Los citados niveles serán fijados por el Estado”. El Tribu-

⁷⁴ Esa crítica también aparece, v.gr. en García-Moncó, Alfonso, *op. cit.*, pp. 82-83 o en Alonso González, Lluís M., “La financiación de la Generalitat (Sentencia 31/2010, de 28 de junio)”, en *Revista catalana de dret públic*, Especial Sentencia sobre el Estatuto, 2010, pp. 424-425.

nal Constitucional declara inconstitucional el inciso porque “aunque el precepto no concreta cuál haya de ser el contenido y alcance que tenga la expresión ‘esfuerzo fiscal’, es lo cierto que establece como exigencia para que Cataluña contribuya a los mecanismos de nivelación de servicios fundamentales y de solidaridad el que las restantes Comunidades Autónomas realicen un ‘esfuerzo fiscal similar’ al que haga Cataluña, prescripción ésta que es determinante de la inconstitucionalidad señalada” (FJ 134)⁷⁵ porque la determinación de ese esfuerzo fiscal “es cuestión que sólo corresponde regular al propio Estado, tras las actuaciones correspondientes en el seno del sistema multilateral de cooperación y coordinación constitucionalmente previsto” (*ibidem*). En todo caso hay que decir que ese artículo no incluye lo relativo a los impuestos locales y que el texto de la Sentencia parece que recoge sólo defectos de tipo formal en cuanto a la norma utilizada para regular el tema siendo la LOFCA el marco adecuado para incorporar esa condición. De nuevo el Tribunal señala el camino para salvar su propia decisión.

Resulta clara, aunque pueda sorprender la contundencia del Tribunal⁷⁶, la inconstitucionalidad del artículo 218.2 EAC cuando establece que la competencia de Cataluña en materia de financiación local “puede incluir la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales”. De los artículos 31.3 y 133.1 y 2 CE se deduce que la creación de los tributos locales es obra del legislador estatal, se “trata, en suma, de una potestad exclusiva y excluyente del Estado que no permite intervención autonómica en la creación y regulación de los tributos propios de las entidades locales” (FJ 140).

Por último, debe citarse la interpretación de la Disposición adicional tercera.1 EAC según la cual “la inversión del Estado en infraestructuras, excluido el Fondo de Compensación Interterritorial, se equiparará a la participación relativa del producto interior bruto de Cataluña con relación al producto interior bruto del Estado para un período de siete años. Dichas inversiones podrán también utilizarse para la liberación de peajes o construcción de autovías alternativas”. El Tribunal afirma que la Disposición no es inconstitucional interpretada en el sentido “de que no vincula al Estado en la definición de su política de inversio-

⁷⁵ Arias Abellán analiza críticamente la argumentación para declarar inconstitucional el artículo que se basaría, a su juicio, “exclusivamente en determinados términos, en particular, en el ‘siempre y cuando’ y no en la variable *esfuerzo fiscal* en sí misma considerada”, Arias Abellán, M. Dolores, “Sobre la constitucionalidad de determinados preceptos del Estatuto de Autonomía de Cataluña relativos a la financiación autonómica y local”, en *Revista catalana dret públic*, Especial Sentencia sobre el Estatuto, 2010, pág. 431.

⁷⁶ Alonso González, Lluís M., *op. cit.*, pág. 426.

nes, ni menoscaba la plena libertad de las Cortes Generales para decidir sobre la existencia y cuantía de dichas inversiones”. No le falta razón a Alonso González cuando sostiene que “la solución que adopta el Tribunal Constitucional termina por ser más lacerante para la Comunidad Autónoma que una declaración de inconstitucionalidad en toda regla”⁷⁷. Puede repetirse en esta sede lo que se apuntó con anterioridad. Lo que interpreta el Tribunal no es realmente lo que dice el Estatuto. La literalidad del precepto y las razones que subyacen en la sentencia aconsejarían haber declarado la inconstitucionalidad del precepto.

La interpretación del Tribunal Constitucional sobre el contenido del Estatuto en materia financiera, al margen de la consideración crítica que merezcan algunos de sus argumentos, refuerza la idea general de que el Título VI EAC y determinadas disposiciones del mismo deben ser entendidas en el sentido de que no avalan un desarrollo por la vía del Concierto económico con el Estado sino que cualquier reforma en este sentido debe realizarse en el marco multilateral del Consejo de Política Fiscal y Financiera y posteriormente a través de las Cortes Generales, todo ello en aplicación de la LOFCA.

IV Conclusión.

Del análisis de las normas jurídicas generales que disciplinan la regulación de la financiación autonómica y de las previsiones aplicables al tema del EAC, así como de la interpretación que de las mismas hace el Tribunal Constitucional, puede extraerse como conclusión que ni la CE ni el EAC constituyen reglas jurídicas que avalen la legalidad de un sistema de financiación para Cataluña basado en el Concierto económico con el Estado.

Constitucionalmente esa posibilidad especial de financiación autonómica está basada en la aplicación de su DA1^a, referida a los derechos históricos, concepto que no resulta aplicable a Cataluña porque su derecho público autóctono desaparece con la unificación normativa borbónica a través del Decreto de Nueva Planta de 1715 y el Estado, a diferencia de lo que sucede con el País Vasco y Navarra, no considero oportuno desde entonces la restauración del mismo.

Las normas de desarrollo de la Constitución en materia de financiación autonómica, y especialmente la LOFCA, corroboran la falta de apoyo de una pretensión como la que se comenta. Una Comunidad Autónoma no puede modificar bi-

⁷⁷ Alonso González, Lluís M. *op. cit.* pág. 427.

lateralmente con el Estado su sistema de financiación sino que cualquier reforma en este sentido debe hacerse, en aplicación de la LOFCA, en el marco multilateral del Consejo de Política Fiscal y Financiera para, una vez logrado el consenso oportuno, convertirlo en ley de aplicación general.

Las meras referencias del nuevo EAC a los derechos históricos no son suficientes como para poder invocar la aplicación de ese concepto a la hora de argumentar a favor de la realización de un Concierto económico con el Estado. La única posibilidad de considerar constitucionales tales menciones es entenderlas referidas al mantenimiento de esos *derechos* en el ámbito privado, nunca en relación al derecho público. Por otra parte, las previsiones del EAC sobre financiación tampoco son aplicables sobre el particular porque en este tema hay una competencia constitucional general del Estado sobre Hacienda general que invalida cualquier pretensión unilateral que carece, como acabamos de ver, de base para fundamentar la idea de Concierto económico de una Comunidad Autónoma con el Estado.

La pretensión del Govern catalán de dar paso a un nuevo sistema de financiación para Cataluña basado en el concepto de Concierto económico requeriría una reforma constitucional sobre puntos sensibles del propio Estado autonómico. De no lograrse el consenso político sobre semejante reforma, la única posibilidad de aumentar la capacidad financiera de Cataluña es aprovechar las oportunidades que pueda presentar la LOFCA después del acuerdo logrado en el Consejo de Política Fiscal y Financiera. Cualquier otro camino para lograr el propósito es jurídicamente inviable y políticamente criticable.

Resumen

El Gobierno de Cataluña pretende modificar el sistema de financiación de esa Comunidad Autónoma para llegar a un Pacto con el Estado a través de la forma de Concierto económico. Esa pretensión no tiene respaldo constitucional puesto que la Disposición Adicional Primera de la Constitución no es aplicable a Cataluña que por tanto no puede alegar en este tema el concepto de derechos históricos. Cualquier cambio en el sistema autonómico de financiación debe hacerse en el marco de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas.

Palabras clave

Cataluña, Constitución, financiación autonómica, Concierto económico, pacto fiscal, derechos históricos.

Abstract

The Catalanian Government seeks to change the financing system of the Autonomous Community to reach a pact with the State through the form of an economic agreement. That plan has no constitutional backing as the first additional provision of the Constitution does not apply to Catalonia which therefore cannot claim on this subject the concept of historical rights. Any changes in the autonomous system of funding should be part of the Organic Law on Financing the Autonomous Communities.

Key Words

Catalonia, Constitution, regional funding, economic agreement, fiscal pact, historical rights.

UN DERECHO CLÁSICO PERO DE RABIOSA ACTUALIDAD:
ALGUNAS CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES
SOBRE EL DERECHO DE HUELGA

Tomás Vidal Marín

*Prof. Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha*

SUMARIO

I. Introducción.

II. Titularidad.

- A) Miembros de las Fuerzas Armadas y de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.*
- B) Jueces, Magistrados y Fiscales.*
- C) Extranjeros.*
- D) Trabajadores independientes.*

III. Contenido y ejercicio del derecho.

- A) Contenido esencial.*
- B) Ejercicio del derecho.*

IV. Límites.

- A) Huelgas ilícitas o abusivas.*
- B) Huelgas ilegales.*
- C) El mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.*

V. Suspensión.

Referencia Bibliográfica.

I. Introducción.

El artículo 28 CE se dedica a garantizar derechos fundamentales de naturaleza laboral. Así, si en su apartado 1º consagra la libertad sindical, en el apartado 2º consagra el derecho de huelga en los siguientes términos: “*Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad*”. Es la primera vez en la historia constitucional española que un texto constitucional recoge el derecho a la huelga elevándolo a la categoría de derecho fundamental. Nuestros constituyentes de 1978 se alinearon así con las Constituciones de aquellos países que decidieron tras la segunda gran guerra incluir en su catálogo de derechos el de huelga, tales como la Constitución francesa de 1946, la italiana de 1947 y la portuguesa de 1976. Afirmación esta última que no es intrascendente si tenemos en cuenta, tal y como pone de manifiesto Díez-Picazo¹, que el mismo no aparece reconocido ni en el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni en muchas Constituciones contemporáneas por lo que es posible afirmar que en las democracias actuales no existe el acuerdo suficiente para elevarlo a la categoría de derecho fundamental, sin perjuicio de que el mismo sea un derecho incuestionado en el plano legal.

La huelga no es sino una medida de conflicto colectivo y la Constitución reconoce el derecho a plantear medidas de conflicto colectivo en el artículo 37.2 en los siguientes términos: “*Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad*”. La pregunta que inmediatamente surge es por qué los constituyentes consagraron en un precepto distinto y separado lo que no es sino una manifestación de este derecho a plantear medidas de conflicto colectivo. Creemos que con esta manera de proceder los constituyentes trataron de evitar otorgar el mismo nivel de protección al *lock out* o cierre patronal que al derecho a la huelga²; plus de protección del derecho a la huelga que se concreta en las medidas tuitivas previstas en el artículo 53.2 CE (procedimiento preferente y sumario y recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional).

1 Díez-Picazo Giménez, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, pág. 499.

2 *Ibidem*, pág. 498

El hecho de que la Constitución prevea el derecho a plantear medidas de conflicto colectivo así como el derecho de huelga deja traslucir que la misma no pasó por alto que en un sistema de relaciones laborales presidido por el principio de autonomía colectiva, los conflictos entre los sindicatos y las asociaciones empresariales a la hora de fijar las condiciones de trabajo suelen ser normales, de tal forma que en situaciones así los trabajadores tienen a su disposición, principalmente, como medida de presión el derecho a la huelga y como contrapartida los empresarios tienen también a su disposición el *lock out* o cierre patronal, y el uso de ambos instrumentos no es sino el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido.

En tanto que derecho fundamental, el derecho de huelga debería haberse regulado por Ley orgánica (art. 53 y 81 CE); Ley a la que también se refiere el propio artículo 28.2 CE. Sin embargo, y tras más de 30 años de entrada en vigor de la Constitución, la regulación normativa del derecho se contiene en una norma preconstitucional, en concreto, en el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo interpretado de conformidad con la jurisprudencia sentada por el más alto de nuestros Tribunales en la famosa STC 11/81³. Es el temor de las organizaciones sindicales al posible carácter restrictivo de la futura Ley lo que ha impedido que la misma pueda ver la luz, sin perjuicio de su necesidad habida cuenta de los problemas que su ausencia está provocando, fundamentalmente en lo que se refiere a la fijación de los servicios mínimos⁴. El Tribunal Constitucional no ha dejado de recordar al legislador la necesidad de elaborar una ley actual reguladora del derecho de huelga en base, precisamente, a los problemas que su no elaboración y promulgación está produciendo en el sistema de relaciones laborales. Así, en la STC 193/2006 puede leerse: “ (...) debe resaltarse que la posible limitación del derecho de huelga de los trabajadores con la finalidad de asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad está prevista en el artículo 28.2 CE como contenido necesario de la Ley que regule el ejercicio de ese derecho. Deberá ser esa Ley y no otra la que regule las referidas garantías. La

3 Este Real Decreto-Ley 17/1977 fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad por parte de un grupo de diputados socialistas; recurso resuelto por la STC 11/81. En este pronunciamiento, el T.C. declaró la inconstitucionalidad de algunas de sus disposiciones y otras las declaró constitucionales siempre que se interpretaran en un determinado sentido.

4 En relación con este tema, se ha puesto de manifiesto que los aspectos que la futura Ley debería aclarar puesto que son los que mayores problemas plantean serían: la regulación de los servicios mínimos y su control, la calificación legal o ilegal de la huelga convocada, la defensa de los derechos de los trabajadores que no secundan la huelga y la tutela del empresario ante los posibles abusos del derecho. Vid., Martínez Jiménez, R., *“La huelga: su actual regulación, la necesidad de su revisión y algunos puntos críticos de los servicios esenciales”*, en *la regulación del derecho de huelga en España*, Madrid 1980, pág. 332.

falta en la actualidad de dicha Ley lógicamente plantea múltiples problemas, en especial y a lo que aquí nos ocupa en orden a la determinación de cuales pueden calificarse como servicios esenciales y cual pueda ser el alcance de las garantías necesarias para asegurar su mantenimiento”.

II. Titularidad del derecho.

El artículo 28.2 CE atribuye o reconoce el derecho de huelga a “los trabajadores” lo que denota que nuestros constituyentes optaron por una concepción individualista del derecho en lo que a su titularidad se refiere, si bien por su propia naturaleza es un derecho de ejercicio colectivo⁵. Así lo dejó sentado el T.C. en la clásica STC 11/81, al señalar que “define al derecho de huelga el ser un derecho atribuido a los trabajadores *uti singuli*, aunque tenga que ser ejercitado colectivamente mediante concierto o acuerdo entre ellos”. En definitiva, estamos en presencia de un derecho de titularidad individual, no orgánica o sindical, aunque de ejercicio colectivo.

El problema a resolver ahora consiste en dilucidar el alcance de la expresión “trabajadores” utilizada por el precepto citado. Los titulares del derecho de huelga son ¿todos los trabajadores por cuenta ajena? o ¿sólo los que están ligados a un empresario por un contrato de trabajo?. Dicho de otro modo, se trata de dilucidar, ante el silencio de la Constitución, si los funcionarios públicos son también titulares del derecho de huelga. Como regla general, bien podemos afirmar que desde una perspectiva constitucional son titulares del derecho de huelga todos los trabajadores por cuenta ajena. O lo que es lo mismo, los funcionarios públicos también serían titulares del derecho reconocido en el artículo 28.2 CE. En primer lugar, una interpretación sistemática de los artículos 7, 28.1 y 103.1 CE nos lleva a considerar que el término trabajadores empleado por la CE es el de trabajadores por cuenta ajena (sean públicos o privados). En segundo lugar, el derecho de huelga en tanto que derecho de acción sindical forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, por lo que carecería por completo de sentido, además de cercenar el contenido esencial de este último derecho cuando de los empleados públicos se trata, si a los mismos se les privase de la titularidad y, por ende, del ejercicio del derecho de huelga. Y en tercer lugar, si tenemos en cuenta que determinados Tratados Internacionales (entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos

⁵ Como señala Díez-Picazo es cada trabajador quien debe decidir si hacer o no huelga, pero la huelga no puede consistir en la cesación del trabajo por una persona aislada. Vid., *Sistema de derechos fundamentales*, Op. cit., pág. 499.

Económicos, Sociales y Culturales⁶) reconocen el derecho de huelga a todos los trabajadores por cuenta ajena y lo dispuesto en el artículo 10.2 CE según el cual “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, difícilmente podemos no considerar extensible a los funcionarios públicos el derecho reconocido en el artículo 28.2 CE⁷.

La postura aquí defendida viene a ratificarla el primer intérprete de la Constitución, el cual en la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público reconoce a los empleados públicos en general el derecho de huelga⁸.

Si, como regla general, los funcionarios públicos son titulares en el ordenamiento constitucional español del derecho de huelga, ciertos problemas interpretativos se plantean en relación con aquellos trabajadores públicos que pertenecen a determinadas categorías profesionales: me refiero a los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y a los Jueces, Magistrados y Fiscales. Los artículos 28.1 y 127.1 CE restringen o prevén la posibilidad de que el legislador restrinja el ejercicio de la libertad sindical de estos colectivos. Sin embargo, el artículo 28.2 CE guarda silencio sobre la posibilidad de limitar o exceptuar el ejercicio del derecho de huelga de estas categorías de trabajadores. ¿Esto podría interpretarse en el sentido de que si la Constitución no lo prevé, el legislador tampoco, esto es, el legislador no podría restringir el ejercicio del derecho de huelga de los referidos trabajadores públicos? Creo que la respuesta a este interrogante sólo puede formularse en sentido negativo. Como con acierto señala Díez-Picazo Giménez⁹, en estos supuestos concurre el riesgo de una utilización corporativa de los más potentes instrumentos del Estado y, por tanto, el legislador puede exceptuar o limitar el ejercicio del derecho de huelga de estos funcionarios. Veámoslo.

6 Dispone el artículo 8.1 d) del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: d) El derecho de huelga ejercido de conformidad con las leyes de cada país”. Por su parte, el artículo 8.2 señala: “El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado”.

7 En similar sentido, vid. Monereo Pérez, J.L., “*La titularidad del derecho de huelga y sus manifestaciones anómalas, ilegales o abusivas*” en la regulación del derecho de huelga en España, Madrid, 1980, págs. 191 y ss.

8 Estipula el artículo 15 c) del Estatuto Básico del Empleado Público: “Los empleados públicos tienen los siguientes derechos individuales que se ejercen de forma colectiva: c) al ejercicio de la huelga, con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”.

9 Sistema de derechos fundamentales, Op. cit., pág. 499.

A) *Miembros de las Fuerzas Armadas y de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.*- En relación con los miembros de las Fuerzas Armadas, la Ley 85/78 por la que se aprueban las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas los ha exceptuado del ejercicio del derecho de huelga (artículo 181¹⁰). De la misma manera ha operado el legislador respecto de los miembros de la Guardia Civil, lo cual no puede resultar extraño si tenemos en cuenta su consideración como instituto armado de naturaleza militar. Así, tanto la Ley Orgánica 2/86, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (art. 6.8)¹¹ como la Ley Orgánica 11/2007, reguladora de los derechos y deberes de la Guardia Civil (art. 12)¹², impiden a los mismos de manera expresa el ejercicio de este derecho Y lo mismo hemos de decir respecto del Cuerpo de Policía (nacional, autonómica y local) que habida cuenta de su carácter armado y de la organización jerarquizada del mismo también han visto cercenado el ejercicio del derecho de huelga (art. 6.8 de la Ley Orgánica 2/86).

B) *Jueces, Magistrados y Fiscales.*- Respecto de estos colectivos, y a diferencia de lo que sucede en relación con la libertad sindical, ni la Ley Orgánica del Poder Judicial ni el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, contienen ninguna precisión en torno la prohibición del ejercicio del derecho de huelga por los mismos. Y puesto que la Ley no establece ninguna prohibición al respecto y teniendo en cuenta que constitucionalmente estamos ante un derecho autónomo e independiente de la libertad sindical¹³ y de titularidad individual, hemos de entender que aquellos pueden ejercer este derecho reconocido en el artículo 28.2 CE.

El Real Decreto-Ley 17/77, en su Disposición Adicional 1^a, excluía de su ámbito de aplicación al personal civil dependiente de establecimientos militares,

10 Dispone el art. 181 de las RROO de las Fuerzas Armadas: “Los miembros de las Fuerzas Armadas, por cuyos intereses vela el Estado, no podrán participar en sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa. Tampoco podrán condicionar, en ningún caso, el cumplimiento de sus cometidos o una mejor satisfacción de sus intereses personales o profesionales ni recurrir a ninguna de las formas directas o indirectas de huelga. Los militares podrán pertenecer a otras asociaciones legalmente autorizadas de carácter religioso, cultural, deportivo o social”.

11 Establece el artículo 6.8 de la Ley Orgánica 2/86: “ Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no podrán ejercer en ningún caso el derecho de huelga, ni acciones substitutivas del mismo o concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios”.

12 Establece el artículo 12 de la Ley Orgánica 11/2007: “Los Guardias Civiles no podrán ejercer el derecho de huelga ni realizar acciones substitutivas o similares a la misma, ni aquellas otras concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios”.

13 No compartimos, pues, aquella opinión doctrinal según la cual puesto que el derecho de huelga forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, los jueces, magistrados y fiscales, exceptuados del ejercicio de de ésta, también estarían exceptuados del ejercicio de aquel. Vid. Palomeque López, M. C., “*Ámbito subjetivo y titularidad del derecho de huelga*”, en estudios sobre la huelga, coord. por A. Baylos, Albacete, 2005, pág. 20.

por lo que fue objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional. En la STC 11/81, el alto Tribunal, como no podía ser de otra forma, concluye señalando que el referido personal, en tanto que trabajadores por cuenta ajena, es titular del derecho de huelga, con independencia de que el ejercicio del mismo quedara fuera del campo normativo del precitado Decreto y todo ello “sin perjuicio de que en casos concretos pueda entenderse que los servicios que presta ese personal son servicios esenciales, de manera que, en tales casos, el derecho de huelga puede quedar limitado en virtud de las medidas de intervención requeridas para su mantenimiento”.

C) *Extranjeros*.- Los trabajadores extranjeros también son titulares del derecho de huelga. Una interpretación sistemática de los artículos 28.2 y 13.1 CE nos conducen directamente a realizar esta afirmación. En efecto, el artículo 28.2 CE reconoce el derecho fundamental de huelga a todos los trabajadores y el artículo 13.1 CE reconoce a los extranjeros la posibilidad de gozar en España de las libertades públicas consagradas en el Título I de la misma, de conformidad con lo establecido en los Tratados y en la Ley. Y la Ley Orgánica 4/2000, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, ha reconocido a los extranjeros el derecho de huelga en las mismas condiciones que los españoles, eliminando de esta forma la limitación establecida por la Ley Orgánica 8/2000 que supeditaba el ejercicio del derecho de huelga de los extranjeros a una autorización de trabajo en España. Esta limitación establecida por la Ley Orgánica 8/2000 creo que no se compadecía bien con la Constitución y ello porque suponía una laminación total del derecho de huelga de aquellos extranjeros que aún trabajando en nuestro país no hubieran obtenido autorización para trabajar.

D) *Trabajadores independientes*.- Puesto que son los trabajadores por cuenta ajena los titulares del derecho a la huelga reconocido en el artículo 28.2 de la Constitución, habrá que convenir necesariamente que los trabajadores independientes, autopatronos o profesionales no son titulares de aquel derecho, de tal forma que la suspensión del ejercicio de sus actividades profesionales no constituirá en ningún caso ejercicio de aquel derecho fundamental, independientemente de que en el lenguaje común también se les denominen huelgas (piénsese, por ejemplo, en las denominadas impropiedades huelgas de farmacéuticos). La jurisprudencia constitucional ha sido clara a este respecto: “El derecho constitucional de huelga se concede para que sus titulares puedan desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales. Aquí radica una muy importante diferencia que separa la huelga constitucionalmente protegida por el artículo 28 y lo que en algún momento se ha podido llamar huelga de trabajadores independientes (...) que, aunque en un sentido amplio sean trabajadores, no son trabajadores

por cuenta ajena ligados por un contrato de trabajo retribuido. La cesación en la actividad de este tipo de personas, si la actividad empresarial o profesional es libre, se podrá realizar sin necesidad de que ninguna norma les conceda ningún derecho, aunque sin perjuicio de las consecuencias que haya que arrostrar por las perturbaciones que se produzcan”¹⁴.

El legislador, por su parte, en la Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajo Autónomo no ha reconocido el derecho a la huelga de los trabajadores autónomos, de conformidad con la doctrina del T.C., limitándose a atribuirles la titularidad del derecho a ejercer la actividad colectiva de defensa de sus intereses profesionales (art. 19.3).

Decía al principio de este epígrafe que el derecho de huelga es uno de esos derechos de titularidad individual, si bien de ejercicio colectivo. Si tenemos en cuenta además que el derecho de huelga en tanto que derecho de acción sindical forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, no podemos sino convenir en que ese ejercicio colectivo del derecho corresponde no sólo a los trabajadores sino también a las organizaciones sindicales¹⁵. Así pues, en nuestro ordenamiento constitucional son perfectamente factibles tanto “las huelgas organizadas, dirigidas y controladas por los sindicatos de trabajadores” como “las llamadas huelgas espontaneas, que en la terminología anglosajona se conocen con el nombre de *wild strikes*, huelgas salvajes o huelgas sin control sindical” (STC 11/81).

III. Contenido y ejercicio del derecho.

A) Contenido esencial

De todos es sabido que la huelga se concreta en una suspensión por parte del trabajador de la relación jurídica de trabajo que mantiene con el empleador. Así, justamente, delimitó el T.C. el contenido esencial en la clásica STC 11/81 al señalar que el mismo “consiste en una cesación del trabajo, en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que puede revestir”¹⁶. Y si el contenido esencial

14 Vid. la STC 11/81.

15 El artículo 2.2 d) de la LOLS señala expresamente que el ejercicio de la libertad sindical tanto dentro como fuera de la empresa comprende, en todo caso, el ejercicio del derecho de huelga. Y en la STC 11/81, el alto Tribunal afirma que el artículo 3 del Real Decreto-Ley 17/77 debe interpretarse en el sentido de que el derecho de huelga puede ser ejercido por los sindicatos con implantación en el ámbito laboral al que se extienda la huelga.

16 Añade el Tribunal: “Y cabe decirlo así no sólo porque ésta es la más antigua de las formas de hacer

del derecho se traduce en una suspensión de la prestación laboral, la pregunta que inmediatamente nos surge es ¿Qué pasa con aquellas actuaciones colectivas de los trabajadores que no consisten en una cesación del trabajo?, esto es, ¿Qué pasa, por ejemplo, con las llamadas huelgas de celo o de reglamento? Una prohibición con carácter absoluto de las mismas constituiría probablemente una limitación desproporcionada de los medios de presión puestos a disposición de los trabajadores. Considero que es esta la razón por la cual la jurisprudencia constitucional ha interpretado el artículo 7.2 del Real Decreto 17/77 donde se conceptúan tales actos como ilícitos o abusivos, en el sentido de que el mismo lo que establece es una presunción *iuris tantum* de abuso del derecho de huelga y como tal presunción admite prueba en contrario por parte de los trabajadores huelguistas¹⁷.

Si la huelga se concreta en una suspensión temporal de la relación jurídica de trabajo con la finalidad de presionar al empleador en aras a la consecución de las reivindicaciones de los trabajadores, no puede resultar extraño que el Decreto sobre Relaciones de Trabajo prohíba, mientras que dure la huelga, la sustitución de los trabajadores huelguistas por trabajadores ajenos a la empresa¹⁸. La contratación de los llamados esquirols, es decir, trabajadores externos a la empresa para realizar el trabajo que dejan de prestar los huelguistas podría suponer en determinados casos un vaciamiento del contenido esencial del derecho fundamental reconocido en el artículo 28.2 CE. Como ha puesto de manifiesto el T.C. la libertad de contratación del empresario resultaría contraria al derecho de huelga si se utilizara “como instrumento para privar de efectividad a la huelga, mediante la colocación de personal no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo”.

El Decreto contempla la sustitución de los huelguistas por trabajadores no vinculados a la empresa, pero ¿Qué pasa si la sustitución se realiza por trabajadores de la propia empresa? Creo que la respuesta a este interrogante no varía mucho con respecto al supuesto anterior. En efecto, el empresario que en uso de su potestad de dirección sustituyese a los huelguistas por trabajadores de la propia empresa utilizando la misma para privar de efectividad al derecho, desactivando, por

huelga y porque es lo que la generalidad reconoce de inmediato cuando se alude a un derecho de este tipo, sino también porque es este un modo que ha permitido la presión para el logro de las reivindicaciones obreras”.

17 Vid. la STC 11/81.

18 Dispone el artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/77: “En tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo”.

tanto, la presión sobre el empleador que toda huelga supone, estaría conculcando el artículo 28.2 CE¹⁹.

Por otra parte, forma parte del contenido esencial del derecho de huelga la difusión y publicidad de la misma con la finalidad de lograr la adhesión de los trabajadores a través de los llamados piquetes (informativos). La jurisprudencia constitucional no ha vacilado a la hora de incluir en el derecho del artículo 28.2 aquellas acciones colectivas dirigidas a la mencionada finalidad²⁰; acciones éstas que aparecen expresamente previstas en el Real Decreto Ley sobre Relaciones de Trabajo, al disponer que “los trabajadores en huelga podrán efectuar publicidad de la misma, en forma pacífica, y llevar a efecto recogida de fondos sin coacción alguna” (art. 6.6). Esta exigencia normativa de que la publicidad de la medida de presión se lleve a cabo de forma pacífica es perfectamente lógica y coherente si tenemos en cuenta que la huelga ha de ser secundada voluntariamente por los trabajadores, de tal forma que aquellos que no quieran sumarse a la misma deberán ver respetados, garantizados o protegidos tanto su libertad de trabajo (art. 6.4 RDL) como otros bienes y derechos constitucionales (integridad física y moral, etc)²¹.

Finalmente, no quiero terminar este epígrafe sin llamar la atención sobre el hecho de que corresponde al empresario, durante el tiempo que dure la huelga, adoptar las medidas de seguridad necesarias para salvaguardar la vida, integridad física y los bienes de capital de la empresa, habida cuenta que la huelga no puede utilizarse como instrumento para producir perjuicios en aquellos²². Y para

19 Vid. en este sentido la STC 123/92. Afirma textualmente el alto Tribunal en este pronunciamiento: “(...) el ejercicio de tal facultad cuando se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga, mediante la colocación de personal cualificado (en algún caso, con título universitario) en puestos de trabajo con una cualificación mínima, deja inermes a los trabajadores manuales, cuya sustitución es fácil y puede privarles materialmente de un derecho fundamental, vaciando su contenido esencial”.

20 En la STC 254/1988 se puede leer: “(...) el derecho de huelga, reconocido en el artículo 28.2 CE implica el derecho a requerir de otros la adhesión a la huelga y a participar, dentro del marco legal, en acciones conjuntas dirigidas a tal fin (...)”.

21 En la STC 332/1994 afirma textualmente el Tribunal: “El derecho de huelga incluye el derecho de difusión e información sobre la misma, pero no puede tutelar el de coaccionar, amenazar, o ejercer actos de violencia para perseguir sus fines, pues el mismo no incluye «... la posibilidad de ejercer sobre terceros una violencia moral de alcance intimidatorio, porque ello es contrario a bienes constitucionalmente protegidos como la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral (art. 15 C.E.) que han de respetar no sólo los poderes públicos, sino también los ciudadanos de acuerdo con los arts. 9 y 10 de la Norma fundamental»; tampoco el derecho de huelga comprende la limitación de la capacidad de decisión de otros «mediante la coacción psicológica o moral»”

22 Afirma expresamente el T.C. en la STC 11/81: “La huelga es un derecho de hacer presión sobre el empresario colocándose los trabajadores fuera del contrato de trabajo, pero no es, ni debes ser en momento alguno, una vía para producir daños o deterioros en los bienes de capital”.

mantener el orden en el ámbito del propio centro de trabajo una vez declarada la medida de conflicto colectivo, el Real Decreto le habilita para decretar el cierre del mismo (*lock out*). Ahora bien, este cierre patronal, decidido durante la vigencia de la huelga, sólo sería compatible con el artículo 28.2 CE si el mismo se acuerda con la finalidad de garantizar la indemnidad de las personas y de las cosas. Un cierre patronal que tenga como único objetivo impedir el ejercicio del derecho de huelga sería contrario a la Constitución porque ello supondría vaciar de contenido aquel²³.

B) Ejercicio del derecho

En la clásica STC 11/81, el alto Tribunal llevó a cabo una enumeración, si- quiera meramente ejemplificativa, de las facultades que integran el ejercicio del derecho de huelga, en tanto que acción colectiva y concertada, tales como: la convocatoria o llamada, el establecimiento de las reivindicaciones, la publicidad o proyección exterior, la negociación y la decisión de darla por terminada; facultades todas estas que corresponden “tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales”.

1.- Convocatoria o llamada.- A la declaración o convocatoria de huelga se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 3 del Real Decreto-Ley 17/77 sobre Relaciones de Trabajo. El apartado 1º del referido artículo requiere que la huelga se declare por acuerdo expreso poniendo, por tanto, en evidencia que tal declaración constituye una manifestación de voluntad colectiva de iniciar la huelga. En su redacción originaria el Decreto requería que la declaración de huelga se efectuase en cada centro de trabajo; requisito éste que, obviamente, no superó el test de constitucionalidad al que lo sometió el T.C. por ser contrario al contenido esencial del derecho²⁴.

¿Quiénes están legitimados o habilitados para efectuar la declaración de huelga? La respuesta a este interrogante nos la da el apartado 2 del artículo 3 del Decreto sobre Relaciones de Trabajo interpretado de conformidad con la jurisprudencia constitucional:

- Los representantes de los trabajadores
- Los propios trabajadores del Centro o de los Centros de trabajo afectados por el conflicto.

23 En este sentido, vid. la STC 11/81.

24 Vid. la STC 11/1981.

- Los sindicatos (STC 11/81)²⁵

En su redacción originaria, el Real Decreto-Ley 17/1977 exigía, en el caso de declaración de la huelga por los representantes de los trabajadores, que el acuerdo de la misma se adoptara en reunión a la que habrían de asistir al menos el 75% de los representantes, y, en el caso de declaración de huelga por los trabajadores directamente, que al menos el 25% de la plantilla decidiera someter a votación dicho acuerdo. Ambos requisitos tampoco superaron el juicio de constitucionalidad del T.C. puesto que “la exigencia de un referéndum, especialmente en aquellos casos en que el quórum se refuerza, es una manera de ahogar el nacimiento de la huelga (...). Por otra parte, (...) el referéndum sólo tendría sentido si la voluntad de la mayoría se impusiera necesariamente a la minoría de los no huelguistas (...). Esta conclusión no es, sin embargo, coherente con la libertad y el derecho al trabajo que la Constitución y la legislación reconocen, porque si la huelga es (...) un derecho de carácter individual (...), es claro que no puede ser al mismo tiempo una obligación”²⁶. En definitiva, tales requisitos procedimentales fueron declarados, en buena doctrina, inconstitucionales por el alto Tribunal por conculcar el contenido esencial del derecho de huelga.

2.- *Comunicación de la declaración de huelga.* - El apartado 3 del artículo 3 y el artículo 4 del Real Decreto-Ley 17/77 hacen referencia a la comunicación de la declaración de la huelga o preaviso. ¿Quiénes deben realizar tal comunicación? Los representantes de los trabajadores (art. 3.3). Y ¿a quien? Al empresario o empresarios afectados por la medida y a la autoridad laboral (art. 3.3). Ciertamente, interpretar la exigencia de que la declaración de la huelga se realice a todos los empresarios constituiría un límite de difícil justificación en lo que al ejercicio del derecho de huelga se refiere. En efecto, interpretado este requisito en tal sentido, además de ser poco coherente con la finalidad del preaviso que se concreta en que la declaración de huelga sea conocida por el empresario para que este pueda adoptar las medidas necesarias tanto para evitar la huelga como para minorar los posibles efectos de la misma en caso de producirse, *haría inviable* la realización de huelgas generales o sectoriales. Como ha puesto de manifiesto el T.C. “la exigencia de una notificación a cada empresario va a producir como consecuencia

25 En este pronunciamiento, el Tribunal tras señalar que las facultades que integran el ejercicio del derecho en tanto que acción colectiva y concertada corresponden tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales, concluye señalando que el artículo 3 del Real Decreto-Ley 17/77 “hay que entenderlo en el sentido de que, si bien la titularidad del derecho de huelga les pertenece a los trabajadores, el derecho puede ser ejercitado por las organizaciones sindicales con implantación en el ámbito laboral al que se extiende la huelga”.

26 Vid, la STC 11/81.

necesaria que una huelga sectorial o general pueda ser al tiempo legal o ilegal dependiendo de las empresas a las que se ha notificado o a las que no se ha hecho”²⁷. Es por ello por lo que hay que entender que tal requisito se entiende cumplido cuando la notificación se realice a los asociaciones empresariales del ámbito al que vaya a afectar el conflicto, en tanto que representantes de los empresarios. A juicio del T.C., la notificación de la declaración de la huelga “habrá de realizarse a quienes en el ámbito en el que la huelga se declara sean representantes de los empresarios”²⁸.

El preaviso debe producirse en el plazo de 5 días, como mínimo, de antelación a la fecha prevista para la iniciación de la huelga (art. 3.3 RDRT); y en el supuesto de empresas que presten servicios públicos el preaviso debe producirse con 10 días, al menos, de antelación, debiendo, además, en este caso los representantes de los trabajadores dar suficiente publicidad a la huelga para que sea conocida por los destinatarios del servicio público prestado (art. 4 RDRT); publicidad que no va encaminada sino a que los usuarios de tales servicios puedan adoptar las medidas precisas para satisfacer sus necesidades. El alto Tribunal ha respaldado la constitucionalidad de esta exigencia normativa puesto que la misma es producto del carácter de la huelga como instrumento de negociación y los plazos establecidos no son excesivos sino razonables²⁹. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, el T.C. ha venido a flexibilizar la exigencia normativa del preaviso, puesto que ha admitido la posibilidad de que el mismo no se produzca en los supuestos en que concurra una notoria fuerza mayor o estado de necesidad, debiéndose probar tal circunstancia por aquellos que incumplieron con tal exigencia (los representantes de los trabajadores). Y esta flexibilización es la que le ha llevado a considerar que las “huelgas por sorpresa o sin aviso pueden, en ocasiones, ser abusivas”³⁰.

Por lo demás, la comunicación de la declaración de huelga debe hacerse por escrito y deberá contener los objetivos de aquella, las gestiones realizadas para resolver las diferencias, fecha del inicio de la huelga y composición del Comité de huelga (art. 3.3 RDLRT). Este contenido exigido por la noma parece coherente con la finalidad o el sentido que tiene la comunicación así como con el carácter de la huelga en tanto que instrumento de negociación puesto que permite conocer al empresario o empresarios los motivos por los que se declara la huelga, las personas con las que se tienen que llevar a cabo las posibles negociaciones, las

27 Vid., la STC 13/86.

28 Vid., la STC 13/86.

29 Vid. la STC 11/81.

30 Vid. la STC 11/81.

gestiones futuras que se pueden desarrollar para desbloquear el conflicto habida cuenta de la esterilidad de las ya practicadas, etc³¹.

3.- *Comité de Huelga.*- El artículo 5 del Real Decreto-Ley de Relaciones Laborales contempla la existencia necesaria de este órgano en todo fenómeno huelguístico. Habida cuenta del carácter de la huelga como instrumento de negociación, resulta justificada la existencia de un órgano que tenga como función negociar con los empresarios afectados para llegar a un acuerdo que ponga fin a la huelga³². Es precisamente esta, una de las funciones que la normativa atribuye a este Comité, otorgando, además, a dicho acuerdo la misma eficacia que a lo acordado en convenio colectivo (art. 8.2 RDLRT). Pero no es esta la única competencia que la norma asigna a este órgano, sino que asimismo son funciones de aquel: participar en cuantas actuaciones sindicales, administrativas o judiciales se realicen para la solución del conflicto (art. 5.3 RDLRT) y garantizar durante la huelga la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa (art. 6.7 RDLRT).

El número máximo de miembros que han de formar parte del Comité de huelga aparece fijado en el Decreto en un número de 12 (art. 5); limitación numérica que no se puede calificar sino de razonable si se tiene en cuenta que órganos amplios devienen inoperativos en la práctica. En este sentido se ha manifestado el T.C., para quien la limitación numérica prevista en la norma es “un criterio sensato” puesto que comités integrados por un número considerable de miembros dificultan los acuerdos³³.

31 No comparto, pues, la tesis de aquellos que consideran que tal grado de formalización desborda con mucho el obvio carácter de la comunicación y no es fácilmente compatible con la libertad de acción necesaria en toda huelga. Así, Matia Prim y otros, consideran que tales requisitos tenían su lógica en el planteamiento limitativo propio del Real Decreto sobre Relaciones de Trabajo y en un esquema de huelga en que la decisión se producía en cada centro de trabajo y en los términos formalistas establecidos en el artículo 3. Vid., *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, Madrid, 1982, págs. 104 y 105.

32 En este sentido vid. la STC 11/81, en donde el T.C. afirma que “la existencia del Comité de huelga posee plena justificación y no desnaturaliza el fenómeno de la huelga. Como dice el artículo 28 de la Constitución, al huelga es un instrumento de defensa de intereses. Tiene por objeto abrir una negociación, forzarla si se quiere y llegar a un compromiso o pacto. Es clara, por ello, la necesidad de decidir quienes son las personas que tienen que llevar a cabo la negociación. Además, el pacto de finalización de la huelga alcanza el mismo valor que el convenio colectivo. Tiene por ello que existir un instrumento de la negociación y la exigencia de la formación del Comité responde claramente a esta necesidad”.

33 Vid. la STC 11/81.

En otro orden de cosas, el tantas veces citado Real Decreto de Relaciones de Trabajo requiere que los miembros del Comité de Huelga sean nombrados de entre trabajadores a los que afecte el conflicto. Esta prescripción normativa parece acorde con la finalidad asignada al comité de huelga: llegar a una solución negociada del conflicto planteado y garantizar los servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa o empresas mientras dure aquella. Cierta doctrina doctrinal, ha puesto de manifiesto, sin embargo, que lo previsto por la noma implica un atentado a la libertad sindical³⁴. Creo en este punto, de acuerdo con la jurisprudencia del T.C., que “la participación de los sindicatos deberá obtenerse mediante las representaciones sindicales en el seno de la empresa o de los sectores afectados por el conflicto, todo ello dentro del marco de la presencia sindical en el ámbito de las empresas”³⁵.

4.- *Fin de la huelga.*- El derecho de huelga, por su propia naturaleza, se ejercita durante un tiempo determinado, terminando el conflicto normalmente cuando los trabajadores han visto colmadas todas o sólo parte de sus aspiraciones. A la terminación de la huelga también se refiere el Real Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo, el cual prevé diferentes formas de finalización de aquella. Así, el artículo 8.2 contempla el fin de la huelga por acuerdo entre las partes implicadas (trabajadores y empresarios), ostentando dicho acuerdo la misma eficacia que lo pactado en convenio colectivo. Asimismo, este precepto prevé la terminación de la huelga por decisión de los propios trabajadores; desconvocatoria esta que puede producirse en cualquier momento³⁶. Si nos damos cuenta, ambas modalidades de finalización del conflicto son sumamente respetuosas con el principio de autonomía colectiva, eje vertebrador del sistema de relaciones laborales en nuestro país.

Sin embargo, no es posible afirmar lo mismo respecto de la modalidad prevista en el artículo 10.1 del Decreto conforme a la cual el Gobierno puede imponer

34 Señalan Matia Prim y otros, que la obligada designación de un órgano específico, con composición y funciones predeterminadas, supone una conculcación de la libertad sindical. En primer lugar, porque afecta a la capacidad de los trabajadores para dotarse de las organizaciones que estimen convenientes, así como elegir libremente sus representantes, organizar su administración y actividades y formular su programa de acción. Y en segundo lugar, porque se opone a la libertad organizativa y de acción de los sindicatos, al imponer un concreto mecanismo de actuación. Vid., *Huelga, cierre patronal...* op. cit., págs. 109 y 110.

35 Vid. la STC 11/81.

36 Dispone el artículo 8.2 del RDLRT: “Desde el momento del preaviso y durante la huelga, el comité de huelga y el empresario y, en su caso, los representantes designados por los distintos comités de huelga y por los empresarios afectados, deberán negociar para llegar a un acuerdo, sin perjuicio de que en cualquier momento los trabajadores puedan dar por terminada aquella. El pacto que ponga fin a la huelga tendrá la misma eficacia que lo acordado en convenio colectivo”.

un arbitraje obligatorio para poner fin a la huelga. ¿Este arbitraje puede imponerle el Gobierno en cualquier caso? No. La norma enumera de forma taxativa las circunstancias que ha de tener en cuenta el Gobierno a estos efectos: la duración o las consecuencias de la huelga, las posiciones de las partes y un perjuicio grave para la economía nacional. El T.C. ha respaldado la constitucionalidad de esta modalidad de cese de la huelga, “medio idóneo de solución posible en tan excepcionales casos como los que el precepto describe, “siempre que se garanticen las condiciones de imparcialidad del árbitro”. El argumento empleado por el alto Tribunal relativo a la imparcialidad del árbitro no termina de convencerme. ¿Por qué? Porque si bien el mismo puede ser útil y perfectamente válido cuando las afectadas por el conflicto son empresas privadas, permítame el lector que dude del mismo cuando de empresas públicas se trate: se pide al propio empresario que sea imparcial ante un conflicto en el que el mismo está implicado.

IV. Límites.

El derecho de huelga, como todo derecho fundamental, no está exento de límites. La Constitución en su artículo 28.2 establece de manera expresa el “mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad” como límite de aquel. Ahora bien, este último no agota los límites que nuestro ordenamiento jurídico impone al ejercicio del derecho; límites que, por lo que ahora nos interesa, proceden del legislador y que, en todo caso, deberán respetar el contenido esencial de aquel. En este sentido, el Real Decreto-Ley 17/1977 califica a determinadas modalidades de huelga como “ilícitas o abusivas” (art. 7.2) mientras que a otras las califica como “ilegales” (art. 11). A lo que vamos a dedicar las páginas que siguen es, justamente, al análisis de estos límites que el ordenamiento jurídico-constitucional establece al ejercicio del derecho fundamental de huelga.

A) Huelgas ilícitas o abusivas.- Merecen esta calificación “las huelgas rotatorias, las efectuadas por los trabajadores que presten servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo, las de celo o reglamento y, en general, cualquier forma de alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta a la huelga”³⁷.

37 rt. 7.2 del Real Decreto Ley 17/1977 sobre Relaciones de Trabajo. Son huelgas rotatorias aquellas en las que la cesación del trabajo se produce sucesivamente por las distintas unidades productivas de la empresa con el objetivo de paralizar la producción de la misma. Las huelgas estratégicas son aquellas en las que la suspensión laboral se produce en algún sector estratégico de la empresa con el objetivo también de paralizar todo el proceso productivo. Y las huelgas de celo o reglamento son aquellas en las que los trabajadores realizan su labor de forma minuciosa (aplicando de forma rigurosa lo estipulado reglamentariamente) con la finalidad de retrasar de forma considerable la producción.

La jurisprudencia constitucional ha considerado que en este precepto normativo lo que existe es una presunción de abuso del derecho de huelga; presunción *iuris tantum* que admite, pues, prueba en contrario, esto es, prueba por parte de los trabajadores de que los actos realizados no son abusivos. ¿En que se basa la jurisprudencia constitucional para llegar a esta conclusión? En la expresión literal empleada por el artículo 7.2 del Decreto sobre Relaciones de Trabajo que se refiere a aquellas modalidades huelguísticas como “actos ilícitos o abusivos”, no encontrándose comprendidas las mismas, pues, en la enumeración de huelgas ilegales que hace el artículo 11 de dicha norma³⁸. Serán, por tanto, los órganos jurisdiccionales los que caso por caso tendrán que decidir en función de las circunstancias que concurran, si determinado acto colectivo constituye huelga abusiva o no. No puede resultar extraño que Matia Prim haya afirmado que cualquier definición de huelga abusiva carece, por propia naturaleza, de precisión³⁹. En este sentido, indica este autor, que una huelga es abusiva cuando contradice el uso racional del derecho, cuando provoca un daño excesivo e innecesario y cuando excede de la función o finalidad para la que el derecho se reconoce⁴⁰. Se adhiere así a la doctrina sentada por el T.C., el cual en la STC 72/1982 es claro a este respecto, manifestando que a los efectos de la calificación de una huelga como abusiva “no basta con que la huelga origine un daño a la empresa, sino que es preciso que el daño sea grave y haya sido buscado por los huelguistas más allá de lo que es razonablemente requerido por la propia actividad conflictiva y por las exigencias inherentes a la presión que la huelga necesariamente implica”.

Por decirlo con otras palabras, para el T.C., desde la STC 11/1981, son dos los criterios a tener en cuenta para catalogar a una huelga como abusiva: el principio de proporcionalidad de los sacrificios y la finalidad de los huelguistas contraria a la voluntad de la Ley. Como afirma el alto Tribunal en esta STC: “El derecho de los huelguistas es un derecho de incumplir transitoriamente el contrato, pero es también un derecho a limitar la libertad del empresario. Exige por ello una proporcionalidad y unos sacrificios mutuos, que hacen que cuando tales exigencias no se observen, las huelgas pueden considerarse como abusivas. Al lado de las limitaciones que la huelga introduce en la libertad personal del empresario se encuentra el influjo que puede ejercer en los trabajadores que no quieran sumarse y la incidencia que tiene en los terceros, usuarios de los servicios de la empresa y público en general, a quienes no deben imponerse más gravámenes o molestias que aquellos que sean necesarios”. Y añade a continuación: “En este sentido

38 Vid. la STC 11/1981.

39 *El abuso del derecho de huelga*, Madrid, 1996, pág. 38.

40 *ibidem*, pág.38.

puede considerarse que existe abuso en aquellas huelgas que consiguen la ineludible participación en el plan huelguístico de los trabajadores no huelguistas, de manera que el concierto de unos poco extiende la huelga a todos. Ocurre sí singularmente en lo que el artículo 7.2 llama huelgas de trabajadores que prestan servicios en sectores estratégicos, pues la propia Ley aclara que es un elemento del tipo *la finalidad* de interrumpir el proceso o imponer la cesación a todos por decisión de unos pocos⁴¹.

B) Huelgas ilegales.- El artículo 11 del Real Decreto Ley sobre Relaciones de Trabajo contempla una serie de supuestos de huelgas que califica de ilegales atendiendo al fin perseguido por las mismas. Así, es ilegal aquella huelga que: 1) se inicie o sostenga por motivos políticos o con cualquier otra finalidad ajena al interés profesional de los trabajadores afectados; 2) sea de solidaridad o apoyo, salvo que afecte al interés profesional de los trabajadores afectados; 3) tenga por objeto alterar, dentro de su periodo de vigencia, lo pactado en un convenio colectivo o lo establecido por laudo y d) se produzca contraviniendo lo dispuesto en el Real Decreto 17/1977 o lo expresamente pactado en convenio colectivo para la solución de conflictos.

El artículo 28.2 CE reconoce el derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses; precepto constitucional éste que es susceptible de interpretarse, tal y como hizo el T.C. en la STC 11/81, en el sentido de que carecen de protección constitucional las huelgas realizadas por personas distintas a los trabajadores, no siendo necesariamente los intereses defendidos con la huelga los de los huelguistas, sino “los intereses de la categoría de los trabajadores”. Si ello es así, la consecuencia natural es interpretar desde una perspectiva constitucional el término *interés profesional* utilizado en los dos primeros apartados del artículo 11 del Decreto sobre Relaciones de Trabajo en el sentido de interés que afecta a “los trabajadores en cuanto tales” y no “en cuanto miembros de una categoría laboral específica” (STC 11/81). Y esta interpretación considero que es coherente con el principio pro libértate que ha de presidir la interpretación de los derechos fundamentales, con la obligada consecuencia de que los límites a los mismos

41 Abundando en lo expuesto *supra*, señala el T.C.: “El abuso se puede cometer también cuando a la perturbación de la producción que la huelga acarrea se la dota de un efecto multiplicador, de manera que la huelga desencadena una desorganización de los elementos de la empresa y de su capacidad productiva que sólo puede ser superada mucho tiempo después de que la huelga haya cesado. (...). El abuso del derecho de huelga puede finalmente consistir en disminuir formal y aparentemente el número de personas que están en huelga, disminuyendo el número de personas sin derecho a la contraprestación o al salario, es decir, los huelguistas reales simulan no serlo. Este elemento de simulación es contrario al deber mutuo de lealtad y de honradez que la huelga no hace desaparecer”.

deben interpretarse de forma restrictiva. En cualquier caso, y a resultas de lo expuesto ahora, bien podemos afirmar que no estarían tuteladas o protegidas por nuestro ordenamiento jurídico las huelgas con finalidad no laboral o extralaboral, sin perjuicio de que si serían plenamente lícitas aquellas huelgas promovidas o convocadas con el claro propósito de presionar a los Gobiernos frente a determinadas actuaciones de los mismos que afecten o sean contrarias a los intereses de los trabajadores; o lo que es lo mismo, en nuestro ordenamiento jurídico constitucional estarían protegidas las llamadas huelgas generales⁴².

En su redacción original, el apartado b) del Real Decreto 17/77 declaraba ilegales las huelgas de solidaridad o de apoyo, “salvo que afecte *directamente* al interés profesional de los trabajadores afectados”. La voluntad del legislador preconstitucional parecía clara: declarar contrarias al ordenamiento jurídico aquellas huelgas en las que los trabajadores muestran su apoyo a trabajadores de sectores empresariales diferentes. Siendo los intereses defendidos mediante la huelga los intereses de la categoría de los trabajadores y, consecuentemente, el término interés profesional empleado por la norma hace referencia a los intereses que afecten a los trabajadores en cuanto tales, no puede resultar extraño que la jurisprudencia constitucional declarara inconstitucional el adverbio *directamente* empleado por la norma puesto que esa exigencia vulnera el contenido esencial del derecho de huelga⁴³. Es así, pues, como en nuestro Derecho han devenido legítimas las huelgas de solidaridad o de apoyo.

También establece el Decreto un deber de paz laboral puesto que considera ilegales las llamadas huelgas novatorias (art. 11 c)), esto es, aquellas que tengan por finalidad alterar lo acordado en convenio colectivo durante el tiempo de vigencia del mismo. Entender esta prohibición en términos absolutos probable-

42 En la STC 36/1993, el Tribunal Constitucional es claro al respecto: “(...) puede decirse que ya la STC 11/1981, si bien con referencia a la huelga de solidaridad (art. 11 b) R.D.L.R.T.), tuvo oportunidad de decir que «los intereses defendidos durante la huelga no tienen por qué ser necesariamente los intereses de los huelguistas, sino los intereses de la categoría de los trabajadores» y que el calificativo profesional empleado por el art. 11 b) R.D.L.R.T. «ha de entenderse referido a los intereses de los trabajadores en cuanto tales». Premisas las anteriores desde las que resulta en verdad difícil que una protesta por la política social llevada a cabo por el Gobierno; por la petición de retirada de un proyecto de contrato llamado de «inserción» de jóvenes; por la reivindicación de un Plan General de Empleo; por la recuperación de dos puntos de poder adquisitivo como consecuencia de los errores en la previsión de inflación; por el incremento de la cobertura de los desempleados hasta un determinado porcentaje; por la equiparación de las pensiones hasta el salario mínimo interprofesional; y por las demás reivindicaciones de la huelga del 14 de diciembre, eran por completo ajenas al interés profesional de los trabajadores (art. 11 a) R.D.L.R.T.) o a los intereses de los trabajadores (art. 28.2 C.E.)”.

43 Vid. la STC 11/81.

mente supondría una restricción exagerada de esta medida de conflicto colectivo reconocida constitucionalmente a favor de los trabajadores. No puede resultar por ello extraño que el más alto de nuestros Tribunales haya relativizado ese deber de paz laboral impuesto por la norma al admitir que “nada impide la huelga durante el periodo de vigencia del convenio colectivo cuando la finalidad de la huelga no sea estrictamente la de alterar el convenio, como puede ser reclamar una interpretación del mismo o exigir reivindicaciones que no impliquen modificación del convenio”⁴⁴. Asimismo, “es posible reclamar una alteración del convenio en aquellos casos en que éste haya sido incumplido por la parte empresarial o se haya producido un cambio absoluto y radical de las circunstancias, que permiten aplicar la llamada clausula *rebus sic stantibus*”⁴⁵.

Junto a este deber de paz laboral impuesto por la norma, el propio Real Decreto sobre Relaciones de Trabajo prevé también la posibilidad de que los negociadores del convenio colectivo, acuerden, en uso de su autonomía colectiva, la renuncia al ejercicio del derecho de huelga durante la vigencia de aquella (art. 8.1). Teniendo en cuenta que los derechos fundamentales son irrenunciables, ¿este deber de paz laboral que tiene su origen en un convenio colectivo en tanto que supone la renuncia al ejercicio del derecho de huelga sería conforme con la Constitución? La respuesta a este interrogante ya la ha dado el T.C. en la clásica STC 11/81, afirmando que la norma no contempla una verdadera renuncia puesto que esta constituye un acto definitivo e irrevocable y la prevista en aquella es sólo un acto temporal y transitorio (mientras dure la vigencia del convenio), que no se concreta tampoco en una renuncia al derecho, sino en una “renuncia” al ejercicio del derecho, “de manera que no hay extinción del derecho, sino compromiso de no ejercitarlo, que entraña una pura obligación, que puede incumplirse arrojando las consecuencias del incumplimiento”. Además, a juicio del alto Tribunal, no es posible decir que un pacto de este tipo es contrario a la Constitución, “cuando el compromiso de no ejercitar el derecho se establece obteniendo a cambio determinadas compensaciones”.

Este deber de paz laboral convencional es suscrito por los agentes sociales que negocian el convenio. La pregunta que inmediatamente surge es si dicho acuerdo ¿vincula a los trabajadores-representados o sólo a los representantes de los trabajadores firmantes del convenio? A tenor del artículo 82.2 del Estatuto de los Trabajadores, dichas cláusulas de paz laboral negociadas integrarían la

44 Vid. la STC 11/81.

45 Vid la STC 11/81.

parte obligacional del convenio⁴⁶, y no la parte normativa (con eficacia *erga omnes*) Si tenemos en cuenta que el derecho de huelga es un derecho fundamental de titularidad individual, no podemos sino convenir en que dicho pacto de paz laboral sólo obligará a los firmantes del mismo. En este sentido, se ha puesto de manifiesto⁴⁷ que las cláusulas de paz obligará a los agentes sociales (sindicatos) firmantes del convenio a no declarar una huelga y en el supuesto de ésta hubiere sido declarada espontáneamente por los trabajadores o por otro sindicato no signatario del acuerdo, a influir en sus afiliados para que adopten un comportamiento acorde con los compromisos adquiridos.

Finalmente, el artículo 11 del Decreto regulador del derecho de huelga contempla en su último apartado una cláusula residual por virtud de la cual son ilegales aquellas huelgas que se produzcan “contraviniendo lo dispuesto en el presente Decreto-Ley o lo expresamente pactado en convenio colectivo para la solución de conflictos”. Y dentro de esta cláusula hay que incluir a las llamadas huelgas con ocupación de locales. El artículo 7.1 del precitado Decreto señala que el ejercicio del derecho de huelga habrá de realizarse “sin ocupación” por los trabajadores “del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias”. Luego sería posible afirmar, a *sensu contrario*, que una huelga que tenga lugar con ocupación de locales devendría ilegal por ser contraria a lo establecido normativamente. Sin embargo, una interpretación así en sentido tan absoluto sería en exceso restrictiva del derecho de huelga. Como ha puesto de manifiesto el T.C., el art. 7 debe interpretarse restrictivamente debiendo entenderse por ocupación “un ilegal ingreso en los locales o una ilegal negativa de desalojo frente a una legítima orden de abandono, pero no, en cambio, la simple permanencia en los puestos de trabajo”⁴⁸. Si la prohibición de ocupación de locales se entendiera en sentido absoluto, podría impedir el ejercicio de otros derechos fundamentales como el derecho de reunión de los trabajadores; derecho de reunión que es “necesario para el desenvolvimiento del derecho de huelga y para la solución de la misma”⁴⁹. Es por ello por lo que una ocupación del centro de trabajo o de las dependencias del mismo sin vulnerar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, como por ejemplo la libertad de los trabajadores no huelguistas o el derecho sobre las instalaciones o bienes, estaría plenamente justificada⁵⁰.

46 Dispone el artículo 82.2 del Estatuto de los Trabajadores: “Mediante los convenios colectivos, y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad; igualmente podrán regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten”.

47 Vid. Matia Prim y otros, Huelga, cierre..., op. cit., pág. 52

48 Vid. la STC 11/81.

49 Vid. la STC 11/81.

50 En la STC 11/81 afirma textualmente el T.C.: “En todos los casos en que exista notorio peligro de

C) *El mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad*⁵¹.- El artículo 28.2 CE establece de manera expresa este límite al ejercicio del derecho fundamental de huelga al señalar que “*La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad*”.

El primer interrogante que surge en relación con este tema es el de la delimitación conceptual del término “servicios esenciales”, esto es, que ha de entenderse por servicios esenciales de la comunidad. Ante la inactividad del legislador, ha tenido que ser el T.C. el que ha llevado a cabo tal tarea; tarea que acomete tempranamente, en concreto en la STC 26/81, en la cual señala que los servicios esenciales pueden ser conceptuados de dos formas. En una primera acepción, servicios esenciales serían todas aquellas actividades “industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de la comunidad”. Ahora bien, desde una segunda acepción, que es la que “debe ser tenida en cuenta”, puesto que “es la que mejor concuerda con los principios que inspira la Constitución”, un servicio es esencial cuando satisface bienes e intereses esenciales, tales como los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos⁵² (salud, educación, etc). De aquí se desprende que la concepción de servicios esenciales defendida por la jurisprudencia constitucional es una concepción sustantiva, de tal forma que el término servicios esenciales no es equivalente a servicios públicos a los efectos del artículo 28.2 CE: habrá actividades prestadas al público por particulares que merecerán la calificación de servicios esenciales y actividades desempeñadas por el sector público que no merecerán tal calificación. Ciertamente, no puede pasarse por alto que, siendo el mantenimiento de los servicios esenciales un límite del derecho fundamental de huelga, la interpretación de esta noción y, en consecuencia, de este límite no se ha realizado de manera restrictiva por el más alto de nuestros Tribunales. Téngase en cuenta a este respecto que dentro de los bienes e intereses

violación de otros derechos o de producción de desordenes, la interdicción de permanencia en los locales puede decretarse como medida de policía”.

51 En relación con la huelga en servicios esenciales deviene de lectura necesaria la obra de A. Baylos Grau, *Derecho de huelga y servicios esenciales*, Madrid, 1988.

52 Señala textualmente el T.C. en la STC 26/81: “(...) un servicio no es esencial tanto por la naturaleza de la actividad que se despliega como por el resultado que con dicha actividad se pretende. Más concretamente, por la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza. Para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos. Como bienes e intereses esenciales hay que considerar los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionales protegidos (...)”.

esenciales no sólo se incluyen los derechos fundamentales sino también los bienes constitucionalmente protegidos, con la consiguiente amplitud que ello conlleva y, consecuentemente, el riesgo de ser susceptibles de considerarse en servicios esenciales la mayor parte de las huelgas declaradas⁵³.

¿Cuáles son las medidas que pueden adoptarse para garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales, tal y como ordena la Constitución? Además del arbitraje obligatorio que puede imponer el Gobierno cuando así lo requieran la duración y las consecuencias de la huelga, las posiciones de las partes y los perjuicios graves a la economía nacional (art. 10.1 Real Decreto 17/77); de la sustitución de los huelguistas por empleados públicos para que lleven a cabo la actividad considerada esencial y de la militarización de los trabajadores en los casos de declaración de los estados de alarma, excepción y sitio (medidas excepcionales), la medida o técnica que en la práctica se usa habitualmente para garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad es el establecimiento de los denominados servicios mínimos.

Los servicios mínimos no son, ni más ni menos, que aquellos sectores o ámbitos de actividad que deben continuar, pese a la existencia de una situación de huelga, para evitar ocasionar graves perjuicios en bienes constitucionalmente protegidos, derechos fundamentales y libertades públicas. Estos servicios mínimos, al igual que los servicios esenciales, deben ser acordados por la autoridad gubernativa. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 10.2 del Decreto sobre Relaciones de Trabajo, a cuyo tenor *“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”*.

Resulta bastante cuestionable desde una perspectiva constitucional que la fijación de los servicios mínimos se hubiera atribuido bien a los empresarios bien a los trabajadores o bien a ambos porque, como ha puesto de manifiesto el T.C., es difícil que los mismos interesados puedan ser juez y parte, por lo que dicha tarea debe atribuirse a un “tercero imparcial”⁵⁴ respecto de las partes en conflicto. Esta es justamente la argumentación utilizada por la jurisprudencia constitucional para considerar conforme con el artículo 28 CE lo preceptuado en el precitado

53 En similar sentido, vid. Alarcón Caracuel, M., *“Huelga en servicios esenciales de la comunidad”*, *Op. cit.*, págs. 241 y ss.

54 Vid. la STC 11/81.

artículo 10.2 del Real Decreto, sin perjuicio de que la autoridad gubernativa no podrá fijar dichos servicios mínimos de forma arbitraria puesto que en todo caso deberá respetar el contenido esencial del derecho de huelga, pudiendo fiscalizarse su actuación tanto a través de la jurisdicción ordinaria (tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales) como de la jurisdicción constitucional (recuso de amparo). Ahora bien, esta imparcialidad o neutralidad no concurre en cualquier tipo de autoridad gubernativa sino sólo en aquella que tenga potestades de gobierno, esto es, responsabilidad política⁵⁵. ¿Por qué? Porque sólo aquellos órganos que tienen un mandato político y, por tanto, son responsables políticamente ante la sociedad en su conjunto “pueden asumir la grave responsabilidad de limitar el derecho constitucional de huelga de determinados ciudadanos; ya que sólo órganos de tal naturaleza se encuentran estructuralmente capacitados para adoptar medidas que tengan en cuenta tanto los intereses de los huelguistas como los de la ciudadanía en general, asegurando, por imperativo constitucional, el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”⁵⁶. Es así como la tarea de fijación de los servicios mínimos deviene indelegable por parte de las autoridades con potestades de Gobierno en aquellos órganos que son simple y propiamente administrativos o, más ampliamente, en cualquiera de las partes interesadas en el conflicto⁵⁷.

No puede sino ser calificada, en términos generales, de acertada esta doctrina jurisprudencial en torno al establecimiento de servicios mínimos por las autoridades con potestades de Gobierno, puesto que no acierto a encontrar un tercero dotado de mayor imparcialidad respecto de las partes en conflicto y de capacidad para buscar un equilibrio entre los intereses de los huelguistas y los intereses de la sociedad en su conjunto. Ahora bien, siendo cierto lo anterior, no es menos cierto y, por tanto, no puede pasarse por alto, que dicha imparcialidad cede en la práctica cuando la huelga se declara en relación con la prestación de servicios públicos porque a nadie escapa que las autoridades con responsabilidad política son la “ca-

55 De esta forma, el T.C. diferencia entre órganos de gobierno o políticos, que son lo que tienen atribuida la potestad de fijar los servicios mínimos, de los órganos simplemente administrativos. Vid, en este sentido, la STC 11/81 y la STC 296/2006.

56 Vid. la STC 296/2006. En el mismo sentido, la STC 36/07.

57 Vid. la STC 53/86, 193/2006 y 296/2006. En este último pronunciamiento, afirma textualmente el T.C.: “(...) precisamente porque la exigencia de una apreciación equilibrada de los derechos e intereses en juego requiere la imparcialidad del órgano que establece los servicios mínimos, esta tarea no puede delegarse en quienes, dada su posición de parte interesada en el conflicto, no están en posición idónea para apreciar todos los aspectos sociales del mismo. Dicho de otra forma, se trata de evitar que una decisión tan importante para el ejercicio de un derecho fundamental quede en manos de quien estructuralmente no puede adoptar la posición supra partes que es necesaria para formular las medidas adecuadas que permitan, a la vez, a unos realizar plenamente su derecho de huelga constitucionalmente reconocido, y a otros tener garantizado el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad”.

beza o cúspide” de la Administración Pública y además ha de presumirse que, en tanto que responsables políticamente, estarán interesados en que la huelga afecte en la menor medida posible al conjunto de usuarios de esos servicios públicos.

En el ejercicio de derecho de huelga en servicios esenciales entran en juego un conjunto de intereses contrapuestos. Por un lado, tenemos los intereses de los huelguistas que deciden cesar temporalmente en su puesto de trabajo como medida para presionar al empleador en la consecución de sus reivindicaciones. Por otro lado, están los intereses del conjunto de ciudadanos o usuarios de esos servicios esenciales en el sentido de que se preserven los bienes constitucionalmente protegidos, los derechos fundamentales y libertades públicas que con aquellos se satisfacen. Partiendo de la premisa de que la expresión empleada por el constituyente en el artículo 28.2 CE “mantenimiento de los servicios esenciales” no es sinónima de funcionamiento normal de los servicios⁵⁸, a nadie se oculta la necesidad de que en el acto administrativo por el cual se establecen los servicios mínimos se trate de buscar un equilibrio entre los referidos intereses en liza. Como ha puesto de manifiesto nuestra jurisprudencia constitucional, debe existir una proporcionalidad entre la limitación impuesta al ejercicio del derecho fundamental de huelga y la preservación de los bienes y derechos de la ciudadanía. O por decirlo con otras palabras, en las huelgas en servicios esenciales de la comunidad debe existir una proporcionalidad “entre los sacrificios que se impongan a los huelguistas y los que padezcan los usuarios”⁵⁹ de los servicios esenciales.

Es, justamente, la aplicación de este principio el que legitima constitucionalmente la imposición de servicios mínimos en un nivel mayor en el caso de huelgas en servicios esenciales de transporte cuando las mismas se producen en

58 En la STC 53/86 afirma el T.C.: “(...) la consideración de un servicio como esencial no significa la supresión del derecho de huelga de los trabajadores ocupados en tal servicio, sino la previsión de las «garantías precisas» para su mantenimiento, término éste que, sin necesidad de recurrir a otro canon hermenéutico que el que brinda la interpretación lexicológica, excluye aquellas garantías ordenadas al funcionamiento normal. Mantener un servicio implica la prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual”.

59 Vid. la STC 183/06. En este pronunciamiento señala el T.C.: “Si es cierto que las medidas han de encaminarse a garantizar mínimos indispensables para el mantenimiento de los servicios, en tanto que dicho mantenimiento no puede significar en principio que se exija alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni asegurar el funcionamiento normal del servicio, el interés de la comunidad debe ser perturbado por la huelga sólo hasta extremos razonables. Y si la huelga ha de mantener una capacidad de presión suficiente como para lograr sus objetivos frente a la empresa, en principio destinataria del conflicto, no debe serle añadida a la misma la presión adicional del daño innecesario que sufre la propia comunidad, adicionando así a la que se ejerce sobre el empresario la que se realiza sobre los usuarios de las prestaciones de servicios públicos”. Pueden verse también las STC 193/06, 26/81, 51/86, 43/90, entre otras.

fechas clave como son puentes o vacaciones. Así, en la STC 43/90 se puede leer: “(...) lo que ha de destacarse aquí es que, en caso de producirse huelgas en dichos servicios en las fechas indicadas, y siempre, naturalmente, que los mismos sean esenciales para la comunidad, el mantenimiento de tales servicios podrá establecerse en niveles superiores a los que serían constitucionalmente admisibles en huelgas convocadas en otras fechas y en las que no concurren las circunstancias señaladas. Así se evita la en otra forma notable desproporción de los sacrificios impuestos a los usuarios de los servicios en relación con los realizados por los huelguistas, y el interés de la comunidad se perturba hasta extremos razonables y no desmesurados. Con la consecuencia de que si se decide convocar la huelga en las fechas «punta» de vacaciones habrán de ser conscientes los convocantes de que el ejercicio del derecho de huelga sufrirá una restricción mayor que la soportada si se lleva a cabo en otro momento”⁶⁰.

Junto a este principio de proporcionalidad, el acto administrativo por el que se fijan los servicios mínimos ha de estar debidamente motivado desde el momento en que el mismo se realiza. El establecimiento de servicios mínimos supone, sin duda, una restricción al ejercicio de un derecho fundamental como es el de huelga y, por tanto, el acto de la autoridad gubernativa debe contener las razones, los motivos, las causas que justifiquen la decisión tomada, esto es, los criterios que aquella ha tenido en cuenta (ponderado) para mantener el funcionamiento de un servicio esencial para la comunidad, estableciendo cuales han de ser los servicios mínimos que se deben prestar. Como ha señalado el T.C.: “la decisión de la autoridad gubernativa ha de exteriorizar las razones que sustentan la consideración del servicio como esencial, las características de la huelga convocada, los intereses que pueden quedar afectados y los trabajos que no pueden sufrir interrupción o cuya prestación debe mantenerse en algún grado”, deviniendo, por tanto, insuficientes “las indicaciones genéricas que pueden predicarse de cualquier conflicto o de cualquier actividad, y de las cuales no quepa inferir criterio para enjuiciar la ordenación y la proporcionalidad de la restricción que al ejercicio del derecho de huelga se impone”⁶¹.

Llegados a este punto, resulta obvio que el incumplimiento de cualquiera de estos requisitos ahora señalados para la fijación de los servicios mínimos (auto-

60 Abundando en lo expuesto *supra*, señala el T.C. en este pronunciamiento: “Conviene señalar al respecto que, así como la huelga sí podrá realizarse en fechas distintas, manteniendo una capacidad de presión suficiente como para lograr los objetivos por los que fue convocada, los desplazamientos de los ciudadanos a los que se viene haciendo mención, como quedó dicho, no son posibles en fechas distintas”.

61 Vid. la STC 193/2006.

ridad gubernativa competente, principio de proporcionalidad y motivación) conlleva de manera necesaria la conculcación del artículo 28.2 CE y, por tanto, la nulidad de pleno derecho del acto administrativo por el que se establecen tales servicios. Precisamente, los excesos cometidos por las autoridades gubernativas en la fijación de esos servicios mínimos así como la inadecuada motivación de dicho acto por las mismas se convierten en una importante fuente de conflictividad que hasta el momento no ha encontrado una respuesta adecuada en nuestro ordenamiento jurídico. ¿Por qué? Pues porque el mismo todavía no ha previsto un cauce procesal preferente y urgente que permita enjuiciar una posible actuación desproporcionada y arbitraria por parte de la autoridad gubernativa y que permitiría una eficaz tutela del derecho fundamental en juego: el derecho de huelga. Hasta el momento, las impugnaciones realizadas en base a tales motivos se han resuelto por la jurisdicción competente mucho tiempo después de haberse concluido el conflicto colectivo, lo que conlleva en la práctica la falta de eficacia de la tutela otorgada al derecho⁶². Es por ello por lo que creo que no le falta razón a Díez-Picazo⁶³ cuando considera prudente introducir una vía procesal similar a la prevista por el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁶⁴ para las reuniones y manifestaciones, respecto de las cuales los servicios mínimos en caso de huelga guardan una evidente similitud, pues en ambos supuestos se trata de salvaguardar los derechos fundamentales de terceros. En cualquier caso, de lo expuesto en las líneas que preceden queda clara la apremiante necesidad de elaborar y promulgar una ley orgánica postconstitucional reguladora del derecho de huelga; ley que vendrá a solventar la abundante conflictividad (innecesaria, por lo demás) que, sobre todo, en materia de mantenimiento de servicios esenciales y

62 Como pone de manifiesto el T.C. en la STC 123/90: “No cumple en cambio adecuadamente el artículo 53.2 CE un control judicial que se realiza dos años después de realizarse la huelga y que carezca de efecto práctico alguno sobre la huelga ya realizada o sus consecuencias”.

63 Vid. Sistema de derechos fundamentales, op. cit., pág. 501.

64 Dispone el artículo 122 de la LJCA: “1. En el caso de prohibición o de propuesta de modificación de reuniones previstas en la Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Reunión que no sean aceptadas por los promotores, éstos podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal competente. El recurso se interpondrá dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la prohibición o modificación, trasladándose por los promotores copia debidamente registrada del escrito del recurso a la autoridad gubernativa, con el objeto de que ésta remita inmediatamente el expediente.

2. El Secretario judicial, en el plazo improrrogable de cuatro días, y poniendo de manifiesto el expediente si se hubiera recibido, convocará al representante legal de la Administración, al Ministerio Fiscal y a los recurrentes o a la persona que éstos designen como representante a una audiencia en la que el Tribunal, de manera contradictoria, oír a todos los personados y resolverá sin ulterior recurso.

En cuanto se refiere a la grabación de la audiencia y a su documentación, serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 63.

3. La decisión que se adopte únicamente podrá mantener o revocar la prohibición o las modificaciones propuestas”.

fijación de servicios mínimos se producen en nuestro Derecho⁶⁵.

V. Suspensión.

El derecho de huelga es uno de esos derechos que puede ser suspendido en los casos de declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 55 CE⁶⁶ en relación con estos últimos y del artículo 4 c) de la Ley Orgánica 4/81, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio⁶⁷ en relación con el primero.

Declarado el estado de alarma, la autoridad gubernativa podrá disponer la intervención de empresas y servicios así como ordenar la movilización de su personal, con el objetivo de garantizar su funcionamiento⁶⁸.

Además del estado de alarma, la autoridad gubernativa, previa autorización del Congreso de los Diputados, podrá declarar el estado de excepción como consecuencia de una grave alteración del funcionamiento normal de los servicios públicos esenciales para la comunidad⁶⁹; estado de excepción en el que podrá prohibir las huelgas, siempre que en la autorización prestada por el Congreso figure la suspensión de este derecho fundamental⁷⁰. Asimismo, de producirse las circunstancias que justifican la declaración del estado de alarma (art. 4 LO 4/81),

65 Así de contundente se muestra el más alto de nuestros Tribunales en la STC 123/1990: “El fondo de asunto muestra una vez más las consecuencias que produce en nuestro ordenamiento la falta de desarrollo adecuado del mandato que al legislador impone el art. 28.2 CE”.

66 Dispone el artículo 55.1 CE: “Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción”.

67 Establece el artículo 4 de la Ley Orgánica 4/81: “El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo 116.2 de la Constitución podrá declarar el Estado de Alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad:

- a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.
- b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.
- c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución y concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo.
- d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad”.

68 Vid. el artículo 12. dos de la Ley Orgánica 4/81.

69 Vid. el artículo 13. Uno de la Ley Orgánica 4/81.

70 Vid. el art. 23 de la LO 4/81.

la autoridad gubernativa podrá acordar la intervención de empresas y servicios y la movilización de sus personal⁷¹.

Finalmente, en el supuesto de declaración del estado de sitio, la autoridad gubernativa podrá adoptar las mismas medidas que en los supuestos de los estados de alarma y de excepción⁷².

Referencias bibliográficas.

-Alarcón Caracuel, M.R., “Huelga en servicios esenciales de la comunidad”, *La regulación del derecho de huelga en España*, Madrid, 1980.

- Baylos Grau, A., *Derecho de huelga y servicios esenciales*, Madrid, 1987.

- Bengoetxea Alkorta, A., “El procedimiento de ejercicio del derecho de huelga”, en *Estudios sobre la huelga*, coord.. por Baylos Grau, Albacete, 2005.

- Carmona Contreras, A.M., *La conflictiva relación entre la libertad sindical y la negociación colectiva*, Madrid, 2000.

- Díez-Picazo Giménez, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, 2005.

- López Gandía, J., “Huelgas ilegales y abusivas”, *La regulación del derecho de huelga en España*, Madrid, 1980.

- Lucas Murillo, P., “Las fuerzas sindicales y la Constitución”, *Revista de Derecho Político*, nº 3, 1979.

- Martínez Jiménez, R., “La huelga: su actual regulación, la necesidad de su revisión y algunos puntos críticos de los servicios esenciales”, en *La regulación del derecho de huelga en España*, Madrid, 1980.

- Martínez Abascal, V.A., “La titularidad del derecho de huelga. Los sujetos titulares en el plano individual o colectivo”, en *La regulación del derecho de*

71 Vid. el art. 28 de la LO 4/81.

72 Vid. el art. 32. Tres de la LO 4/81.

huelga en España, Madrid, 1980.

- Matia Prim, J., Sala Franco, J., Valdés Dal-Ré, F. y Vida Soria, J., *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, Madrid, 1982.

- Matia Prim, J., *El abuso del derecho de huelga*, Madrid, 1996.

- Monereo Pérez, J.L., “La titularidad del derecho de huelga y sus manifestaciones anómalas, ilegales o abusivas”, en *La regulación del derecho de huelga en España*, Madrid, 1980.

- Montoya Melgar, A., “Para una revisión de los límites del derecho de huelga”, en *La regulación del derecho de huelga en España*, Madrid, 1980.

- Palomeque López, M.C., *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Madrid, 1991.

- Palomeque López, M.C., “Ambito subjetivo y titularidad del derecho de huelga”, en *Estudios sobre la huelga*, coord. por Baylos Grau, Albacete, 2005.

- Palomeque López, M.C., “La regulación de la huelga y sus inconvenientes funcionales”, en *La regulación del derecho de huelga en España*, Madrid, 1980.

- Santamaría Pastor, J.A., “Artículo 28”, en *Comentarios a la Constitución*, dirig. por Garrido Falla, Madrid, 1985.

- Satrústegui, M., López Guerra, L., Espín, E. y otros, *Derecho Constitucional*, Vol. I, Valencia, 2007.

- Terradillos Ormaetxea, E., “Límites externos al ejercicio del derecho de huelga y las huelgas ilícitas”, en *Estudios sobre la huelga*, coord. por Baylos Grau, Albacete, 2005.

- Valdés Dal-Ré, F., “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, en *Estudios de Derecho Público en homenaje a I. de Otto*, Oviedo, 1993.

- Vida Soria, J. y Gallego Morales, A., “Artículo 28.2”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dirig. por Alzaga Villaamil, Madrid, 1996.

PROCESOS EN LAS CORTES DE CÁDIZ. EL CASO DE LA CARTA IMPRESA EN EL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN Y DEL REY.

Jesús López De Lerma Galán

Doctor en Derecho y Licenciado en Ciencias de la Información. Profesor asociado de Derecho Constitucional en la Universidad de Castilla-La Mancha.

jllerma2002@yahoo.es

Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D “ La Constitución de 1812 y su influencia en América: orígenes y desarrollo del constitucionalismo español y latinoamericano”. PII 1/09-0066-3787. Investigador Principal: Francisco Javier Díaz Revorio. Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Fecha de inicio: 1-1-2009. Finalización: 31-12-2012.

SUMARIO

- 1. Los ataques a las bases del liberalismo en la publicación El Procurador General de la Nación y del Rey.*
- 2 La actuación de las Cortes frente a la publicación de informaciones políticas.*
- 3. La investigación sobre los atentados contra las Cortes y los diputados.*
- 4. Conclusiones sobre el caso de la carta impresa en la publicación El Procurador General de la Nación y del Rey.*

Referencias bibliográficas.

Referencias Hemerográficas.

Documentos analizados.

1. Los ataques a las bases del liberalismo en la publicación El Procurador General de la Nación y del Rey.

El año 1812 viene marcado por la promulgación de la Constitución en marzo, uno de los referentes más importantes en la historia del constitucionalismo español. Un contexto que define una época cargada de tramas políticas, disputas entre los órganos institucionales y problemas sociales. Es por ello que, con motivo de la celebración del Bicentenario de la Constitución de 1812, analicemos el trabajo de las Cortes de Cádiz, en concreto algunos de sus casos conflictivos objeto de debate y estudio por la Cámara.

El 11 de enero de 1812 es destituida la segunda Regencia, y diez días después las Cortes eligen a los siguientes regentes: Pedro de Alcántara Toledo, duque del Infantado, teniente general de los Reales Ejércitos; Joaquín Mosquera y Figueroa, consejero del Supremo de Indias, Juan María de Villavicencio, teniente general de la Armada, jefe de la escuadra del Océano y gobernador militar de Cádiz; Ignacio Rodríguez de Rivas, miembro del Consejo del Rey; y Enrique José O'Donnell, conde de la Bisbal, capitán general del Principado. Esta Regencia promueve diversos cambios en la estructura del Gobierno, aprobando una nueva organización de la Administración Central que ahora se divide en siete Secretarías de Despacho. Desde fechas muy tempranas comienzan las fricciones entre las Cortes y la Regencia, detectadas ya en alguna medida en febrero de 1812, porque no se acepta la división de poderes y se confunden los ámbitos competenciales de cada órgano¹. Durante el mes de octubre, las manifestaciones de disgusto con el Ejecutivo fueron frecuentes, una situación que se recoge en los *Diarios de Sesiones*, pues hay diputados que querían efectuar una reforma del Gobierno, y así lo manifiestan en sus intervenciones². Se descalifica la gestión gubernamental, y la prensa se hace eco de estos acontecimientos creando un estado de opinión que desconfía de la gestión de los miembros del Poder Ejecutivo, lo que dará lugar a nuevos cambios de regentes al año siguiente.

El clima de libertad periodística, que se dio en 1811 y que generó el incremento de publicaciones, va a reforzarse con la Constitución de 1812 proclamada por

1 FLAQUER MONTEQUI, Rafael: "El ejecutivo en la Revolución liberal", en VV. AA: *Las Cortes de Cádiz*, Marcial Pons, Madrid, 1991, págs. 48-51.

2 MORÁN ORTI, Manuel: *Poder y Gobierno en las Cortes de Cádiz (1810-1813)*, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, págs. 242-243.

las Cortes.³ Un texto liberal que se convierte en centro de atención del derecho político español, que inspira la mayor parte de los avances observados en el constitucionalismo⁴. Entre sus artículos destaca el 131.24, incluido en el Capítulo VII del Título III, en el que se establece que “corresponde a las Cortes proteger la libertad política de la imprenta”; y el artículo 371, recogido en un capítulo único del Título IX, que expresa la libertad que poseen todos los españoles para escribir, imprimir y publicar sus ideas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación con la única restricción que establezca la ley⁵. El decreto sobre libertad de imprenta había sentado algunas de las bases para configurar una libertad de expresión sin censura previa. La Constitución de 1812 va a reforzar estas ideas con la inclusión de estos artículos, pues permite a las Cortes garantizar la libertad política de imprenta, un reconocimiento que da rango de ley a una situación que implícitamente ya hacían las Cortes. También se garantiza la libertad para poder escribir, publicar e imprimir ideas sin necesidad de licencia, otro hecho que queda constatado con la creación de nuevos títulos de periódicos y revistas.

Esta es la situación política e histórica en la que surge *El Procurador General de la Nación y del Rey*, que empezó a publicarse el 1 de octubre de 1812 y cuyo principal redactor y editor fue el marqués de Villapanés, caballero jerezano de singular extravagancia. Este periódico contó con la colaboración de diputados antirreformistas, y la participación de una dama, María Manuela López. También se debe hacer mención de colaboradores como Antonio Mollé, que más tarde llegaría hasta la privanza real, y el canónigo Guillermo Hualde, entre otros. Esta publicación antirreformista acusaba a los liberales de ateos, jansenistas, afrancesados y filósofos. En ese clima de ataque contra el liberalismo las Cortes descubrieron que la Regencia costeaba el periódico invirtiendo 4.000 reales mensuales para cubrir los gastos de impresión, hasta que lograrse suficiente número de suscriptores, lo que supuso un gran escándalo⁶. Se publicó en Cádiz hasta 1814 fecha en la

3 LABIO BERNAL, Aurora: *Diario de Cádiz. Historia y Estructura Informativa (1867-1898)*, Grupo de Investigación en Estructura, Historia y Contenidos de la Comunicación de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2000, págs. 25-26.

4 BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique: “Constitución de 1812 y Función Consultiva: Evolución del Consejo de Estado en España”, *Revista Española de la Función Consultiva* n.º. 13, Enero-Junio 2010, pág. 153.

5 Constitución Española de 1812.

6 SEOANE, M^a. Cruz: *Historia del periodismo en España. El siglo XIX*, Alianza. Universidad Textos, Madrid, 1992, págs. 53-54.

SOLÍS, Ramón: *El Cádiz de las Cortes: la vida en la ciudad en los años 1810 a 1813*, Silex, Madrid, 1987, pág. 344.

que se traslado a Madrid⁷. *El Procurador General de la Nación y del Rey*, fue un periódico que atacó las bases del liberalismo utilizando todo tipo de argumentos, incluyendo la descalificación. El descubrimiento de la financiación por parte de la Regencia, sirvió para acentuar aún más las diferencias con las Cortes. El caso de la carta misiva aparecida en *El Procurador General* nos ayuda a comprender el papel que este tipo de publicaciones representaban en la sociedad, pero también arroja datos sobre las conspiraciones políticas, y los intereses creados, tomando como excusa la problemática de la libertad de imprenta.

2. La actuación de las Cortes frente a la publicación de informaciones políticas.

Este caso es especialmente interesante por las connotaciones que van a surgir a lo largo del proceso, las reflexiones en torno a la libertad de imprenta y la censura que se hacen en el debate. El conflicto se inicia con la proposición del diputado Zumalacárregui pidiendo el nombramiento de una Comisión que examine ciertos escritos que aparecen en el periódico *El Procurador General*. Conforme avanzamos en la lectura del acta apreciamos que el origen del conflicto reside en una proposición realizada por uno de los diputados para que le quitaran el empleo al bibliotecario de Cortes. En torno a este asunto el diputado Zumalacárregui recibe un papel en el que se menciona a dicho bibliotecario de las Cortes, D. Bartolomé Gallardo como autor del *Diccionario crítico burlesco*⁸, y se añade que “esa obra ha sido censurada por más de 10 Obispos con la nota de herético, atea, subversivo etc. ...”. La polémica surge porque el escrito reproduce los diputados que votaron a favor de la privación de empleo del bibliotecario⁹. Zumalacárregui considera que este escrito es todo un atentado contra la libertad de imprenta, hay

7 LABIO BERNAL, Aurora: *Diario de Cádiz...*, op. cit., p. 26

8 El *Diccionario crítico-burlesco* acumuló definiciones, prolijas y humorísticas de conceptos objeto de polémicas como “constitución”, “democracia”, “pueblo”, “liberales” o “libertad de imprenta”, entre otros. Ese pintoresco diccionario es la prueba de que el idioma castellano está sufriendo cambios, producto de una guerra de opiniones entre patriotas y afrancesados, liberales y serviles. Dicho diccionario fue objeto de grandes polémicas y enfrentamientos entre sectores políticos e intelectuales de la época. Véase AYMES, Jean René: “La literatura liberal en la Guerra de la Independencia: fluctuaciones y divergencias ideológico-semánticas en el empleo de los vocablos “pueblo”, “patria” y “nación””, en RAMOS SANTANA, Alberto: *La Ilusión Constitucional: Pueblo, patria, nación. De la Ilustración al Romanticismo. Cádiz, América y Europa ante la Modernidad. 1750-1850*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2004, p. 14.

9 Vid. documento *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias* fechado el 30 de noviembre de 1812. En el se reproduce el acta que fue publicada.

Vid. documento el número 52 de *El Procurador General de la Nación y del Rey* donde se reproduce el artículo con las votaciones de los diputados.

indicios como para calificarlo de delito y en consecuencia se debe tomar una providencia que evite estos abusos y expresiones subversivas.

El Presidente de las Cortes admite la proposición a discusión y solicita el nombramiento de una Comisión especial que examine los números 52 y 59 del *Procurador General* y la misiva impresa en noviembre¹⁰.

El diputado Argüelles dice que “no cree que ninguno de los diputados sea autor de ese escrito”¹¹. Esta carta presupone que no ha habido consentimiento por parte de los diputados que aparecen insertos en la lista, y que se ha abusado de su nombre, comprendiéndolos en ella sin su noticia y expresa voluntad.

La carta es una protesta impresa contra una resolución del Congreso. Argüelles señala que la utilización de la imprenta, para mostrar las diferencias de opiniones entre diputados y darle un carácter de proclama, es apelar a la sedición. El autor del escrito quiere montar una insurrección contra aquellos que no piensan como él. Además, se entiende que se ataca directamente la autoridad y existencia del Congreso, por ello se apela al tribunal correspondiente para que intervenga.

Zumalacárregui afirma que “el ataque no es personal sino dirigido a todo el Congreso”¹². El Presidente incide en la utilización ilegítima de su nombre, pues no autorizó ni consintió para que apareciera en el papel objeto de crítica.

Larrazabal justifica su incidencia, explica que ni ahora ni nunca ha solicitado que se inserte su voto en ningún periódico, ni ha contribuido a conocer el nombre de los diputados. Especial atención merecen las muchas referencias al catolicismo y a la Iglesia en un intento de defender su inocencia en base a los principios que encierra el español católico. La influencia de la Iglesia en estos momentos es otro elemento a tener en cuenta. Entre las expresiones encontradas en este sentido destacamos las siguientes:

*“...la religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica romana, única verdadera, sin permitir el ejercicio de cualquiera otra...”*¹³.

10 Vid. Números 52 y 59 de *El Procurador General de la Nación y del Rey*.

11 Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias número 712. Sesión del día 30 de noviembre de 1812, p. 4037.

12 Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias número 712. Sesión del día 30 de noviembre de 1812, p. 4038.

13 Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias número 712. Sesión del día 30 de noviembre de 1812, p. 4039.

“...respeto, obedezco y venero la censura eclesiástica y providencias dadas sobre su obra por la autoridad legítima”¹⁴.

También hay apelaciones a favor de la patria y de los valores nacionales con expresiones como:

“ Dígase, Señor, cuanto se quiera en satisfacción del honor de que son dignos los Sres. Diputados que se consideran víctimas de la maledicencia, después de los sacrificios que se han hecho por la Patria, que en esta parte es preciso confesar la ventaja de los servicios de los Diputados de América, el amor a la Península los ha hecho salir del seno de sus familias, caminar desde las regiones más remotas, sujetarse a las incomodidades y peligros de mar y tierra, y abandonar su tranquilidad por los horrores de la guerra”¹⁵.

Sin embargo, Larrazabal no quiere admitir esta proposición a debate, así señala que:

“... en el decreto de la libertad política de la imprenta tiene su autor las reglas que debe seguir; así en la parte que tiene conexión con el Congreso, como la relativa a su persona: a la Junta provincial de Censura corresponde calificar toda clase de impresos que se denuncien, ya sea por contener injuria personal, ya porque se supongan sediciosos, subversivos, ó contrarios a las leyes fundamentales de la Monarquía, y los jueces y tribunales respectivos deben entender en la averiguación y castigo de los delitos que se cometen por el abuso de la libertad de la imprenta; luego habiendo tribunales establecidos, y leyes a que deben arreglarse; estando sancionada y publicada la Constitución, que prohíbe que ningún español sea juzgado en causa civil y criminal por comisión particular, sino por tribunal competente autorizado con autoridad por la ley, es no solo inútil, sino contrario al espíritu de la misma Constitución...”¹⁶.

Larrazabal expresa que hay todo un proceso legal y constitucionalmente reconocido para que la Junta Provincial de Censura califique los impresos subversivos, y los tribunales son los encargados de juzgar estos asuntos, luego la discusión en Cortes del actual asunto se hacía innecesaria ante lo contemplado en el

14 Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias número 712. Sesión del día 30 de noviembre de 1812, p. 4039.

15 Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias número 712. Sesión del día 30 de noviembre de 1812, p. 4039.

16 Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias número 712. Sesión del día 30 de noviembre de 1812, p. 4039.

decreto sobre libertad de imprenta. Su exposición termina haciendo un manifiesto a favor de la libertad de imprenta, aunque reconoce que dicha libertad tiene como límites las leyes:

“Todo español tiene libertad de imprimir sus ideas políticas, sujetándose solamente a la restricción y responsabilidad de las leyes. Dicha libertad de imprenta se decretó para poner freno a la arbitrariedad de los que gobiernan, y dar medios de ilustrar a la Nación, pero que no faltan hijos que ingratos y desconocidos de sus deberes para con la afligida madre Patria, parece que tratan con sus escritos de destruirla y aniquilarla, hasta atentar contra el Trono y el altar”¹⁷.

Esta última referencia sirve para entender cómo la exaltación de valores patrióticos está presente en muchas de las intervenciones de los diputados, además de las menciones en defensa de la Iglesia. En el fondo se intenta evitar escritos que ataquen las estructuras vitales del Gobierno y la Iglesia.

Golfín plantea que los atentados se dirigen contra la Nación, el pueblo y sus derechos. Piensa que ningún diputado puede ser el autor de un papel que provoca una guerra civil, que anula la Constitución y deja a los ciudadanos sin poder explicar libremente su voluntad por medio de los representantes.

Muñoz Torrero critica la carta impresa por “atacar de una manera tan abierta la suprema autoridad del Congreso y que se comprometa el honor y reputación de los Diputados”¹⁸. Señala que el autor de esta carta es un enemigo declarado de las Cortes y de la Constitución. Vemos que cualquier crítica a las Cortes es considerada como un ataque de gran importancia que debe ser condenada. Los diputados se sienten ofendidos y reaccionan en consecuencia.

Se hace toda una defensa de los diputados, afirmando que “sus opiniones son inviolables y no pueden tener la responsabilidad que quiere el autor porque sólo son responsables a la opinión pública, y si cometen algún delito deberán ser juzgados por un tribunal especial nombrado por las mismas Cortes”¹⁹. Especial atención merece el concepto de opinión pública que se introduce como un parámetro que determina la responsabilidad de los diputados.

17 Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias número 712. Sesión del día 30 de noviembre de 1812, p. 4040.

18 Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias número 712. Sesión del día 30 de noviembre de 1812, p. 4040.

19 Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias número 712. Sesión del día 30 de noviembre de 1812, p. 4041.

Muñoz Torrero hace mención del mecanismo para evitar los abusos del Poder Legislativo. Como medida se ha establecido que “los Diputados se reúnan cada dos años y que las sesiones sean públicas, por cuyo medio la Nación entera viene a ser testigo y cesar de todas ellas, con las demás precauciones prescritas en la Constitución”²⁰.

Entre los comentarios de Muñoz Torrero hay que hacer mención de algunas ideas que plantean todo un debate sobre el control de las Cortes. Afirma que:

“...pretender que las Cortes, que representan a la Nación, puedan ser juzgadas por el pueblo o por otra corporación nombrada al intento es destruir por los cimientos todo el sistema representativo, adoptar las máximas democráticas de los jacobinos y disolver el Estado introduciendo el desorden y la anarquía”²¹.

De nuevo asistimos a la férrea defensa que hacen los diputados de las Cortes, con ello pretenden garantizar su poder y evitar cualquier tipo de ataque. En el fondo el sistema político está detentado por unos pocos, y ellos no están dispuestos a perder nada en beneficio del pueblo, de ahí que adopten posturas tan radicales y hablen incluso de revolución y anarquía.

La sombra francesa aún gira en torno a muchos políticos españoles con expresiones como:

“...este mal gravísimo, que pueda causar un cisma político, cuyo resultado no será otro ciertamente que ponernos en manos de los franceses, que no dejarían de aprovecharse de nuestras disensiones domésticas para perdernos”²².

Se relacionan estos ataques con subversiones de los afrancesados que buscan hacer caer al Gobierno de España de ese momento. Esto nos da una idea del contexto sociopolítico que se vive en ese momento con tensiones desde diversos frentes, que se incrementan con la aparición de escritos sediciosos.

La intervención de Ribero viene salpicada de contrastes pues fundamenta sus

20 Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias número 712. Sesión del día 30 de noviembre de 1812, p. 4041.

21 Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias número 712. Sesión del día 30 de noviembre de 1812, p. 4041.

22 Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias número 712. Sesión del día 30 de noviembre de 1812, p. 4041.

argumentaciones poniendo ejemplos de otras publicaciones que han cometido ataques similares al que se está analizando. En los *Diarios de Sesiones* de las Cortes de Cádiz se mencionan otros casos publicados en periódicos de la época que ponían de manifiesto los conflictos competenciales que existían entre diversos órganos institucionales. En *El Diario Mercantil de Cádiz* apareció un artículo que incluía calumnias contra el Congreso con expresiones como: “V. M es el primer infractor de las leyes y de la Constitución”. Esta acusación vino motivada por el reconocimiento que las Cortes hicieron al Duque de Ciudad-Rodrigo para general en jefe de los ejércitos. El nombramiento no se consideraba una atribución de las Cortes sino del Poder Ejecutivo, infringiendo de este modo la Constitución. Por tanto, las Cortes ejercieron unas competencias que no le correspondían y estos hechos fueron denunciados en *El Diario Mercantil de Cádiz*.

Basándose en ello Muñoz Torrero señala que el artículo 195 de la Constitución de 1812 dice que:

*“...la Regencia ejercerá la autoridad del Rey en los términos que estimen las Cortes, y en el siguiente se previene que la misma Regencia jurará observar las condiciones que le hubieren impuesto las Cortes para el ejercicio de su autoridad”*²³.

Entre las funciones que se reservan las Cortes destaca la de declarar la paz y la guerra, y ratificar los tratados de paz y alianza y las demás que constan del reglamento de la misma Regencia. Por ello, critica al autor del *Diario Mercantil de Cádiz*, calificándolo de ignorante que no conoce el sistema constitucional ni ha leído el reglamento de la Regencia.

Este caso tiene una vertiente que permite analizar otros casos de abusos de competencias, exponiendo situaciones en las que aparecen implicadas otras publicaciones. La problemática suscitada nos da una idea de la conflictividad generada por los periódicos de la época y los vacíos que encierran algunas legislaciones.

González vuelve a sacar el fantasma napoleónico y a exaltar los valores nacionales con referencias como:

“...el mal de la Patria me duele más en mi corazón que el que yo sufro. Se-

23 Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias número 712. Sesión del día 30 de noviembre de 1812, p. 4041.

ñor, es imposible que no esté Napoleón en Cádiz y si no está, tiene muy buenos amigos: Parece que se ha echado el resto para precipitar al Congreso, porque el fin es dividir las opiniones, indisponernos con nuestros aliados, introducir la anarquía y de este modo abrir la puerta a los franceses. Pero se engañan los malvados que piensan de esta manera: no lo conseguirán, porque los patriotas velan y tienen ya los ojos abiertos”²⁴.

La intención de González es desacreditar el escrito objeto de debate, culpando a los afrancesados de conspirar para generar cizaña e introducir la anarquía. Con ello se pretende castigar al infractor de la ley.

Calatrava²⁵ piensa que en el caso del *Diario Mercantil de Cádiz* el Gobierno debería haber mandado calificar ese papel y proceder contra el autor. La opinión más correcta sería decirle al Gobierno que remita este *Diario* a la Junta de Censura, y proceda a lo que haya lugar de conformidad con las leyes pero sin necesidad del examen de una Comisión.

Argüelles critica los escritos, aprecia una clara intención de disolver la representación nacional y los círculos que los enlazan con los aliados, triunfando la tiranía. Mejía crítica el papel que va a determinar la Comisión que estudiará el caso, afirma que hay que tomar en consideración el estado actual de las cosas, el origen de esos escritos, la causa de impunidad de sus autores, señalando que:

“...el verdadero fruto de la libertad de la imprenta era conocer cuándo el Estado estaba o no en peligro porque los mismos que lo creían perjudicial y propia para excitar sediciones, tenían un medio seguro para precaverse de ellas, pues abusando de la libertad de imprenta se descubrían los designios que de otro modo estarían ocultos”²⁶.

24 Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias número 712. Sesión del día 30 de noviembre de 1812, p. 4041.

25 Diputado por Extremadura. Político y jurisconsulto español miembro del partido liberal en las Cortes de 1812. Aunque se caracterizó por ser un orador lógico y metódico, de gran claridad y corrección, hay que señalar que en los inicios de las Cortes no fue uno de los diputados que más destacó. Sin embargo, y tras una exposición enviada a Cortes por Extremadura, de la que era representante, se encontró obligado a tomar parte activa en los discursos, convirtiéndose, con el tiempo, en uno de los oradores más relevantes. En 1814 fue desterrado y cuando volvió a España en 1820 salió de nuevo elegido diputado, aunque poco duró esta situación pues tuvo que volver a expatriarse. En 1830 reapareció en la política española y contribuyó al establecimiento de la Constitución de 1837. Nació en Mérida en 1781 y murió en Madrid en 1846.

26 Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias número 712. Sesión del día 30 de noviembre de 1812, p. 4043.

Alaba la libertad de imprenta puesto no sólo sirve para exponer el sentir popular, sino que desvela las tramas e inquietudes internas que preocupan a la población.

Argüelles apoya a Ribero y plantea si el Gobierno debe salir al frente de los ataques o denuncias por escrito de alguno de sus diputados. Por su parte Ribero añade la necesidad de adoptar una providencia, que califique como abuso de la libertad de expresión la acusación a los diputados de las Cortes como infractores de la Constitución y las leyes.

3. La investigación sobre los atentados contra las Cortes y los diputados.

En el *Diario de Sesiones* de 1 de diciembre de 1812 se deja constancia de que tras formarse una Comisión especial para juzgar y analizar la carta misiva impresa se han elaborado una serie de dictámenes. Ese documento es considerado como: “uno de los medios más astutos y criminales para comprometer el decoro del Congreso y el de los mismos Sres. Diputados que se nombran en ello”²⁷. En consecuencia, se hacía necesario que se adoptase una pronta y eficaz providencia que evite semejantes ataques.

*“Señor, la Comisión especial, nombrada por V. M. en la sesión pública de hoy, ha visto con el cuidado que exige el asunto de la carta misiva impresa que se le ha pagado, y encuentra que éste puede ser uno de los medios más astutos y criminales para comprometer el decoro del Congreso y el de los mismos Sres. Diputados que se nombran en ella y cree indispensable el que se acuerden por V. M. las más prontas y eficaces providencias para evitar semejantes acaecimientos”*²⁸.

La Comisión señala que la carta atenta contra la representación nacional y el reglamento para el Gobierno interino de las Cortes. Además, considera que se ha injuriado a los diputados, de ahí la necesidad de que se tomen las oportunas medidas para evitar que vuelva a suceder.

En la sesión del día 2 de diciembre de 1812 asistimos a la exposición de la investigación que se lleva a cabo para determinar la responsabilidad y la autoría

27 Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias número 713. Sesión del día 1 de diciembre de 1812, p. 4046.

28 Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias número 713. Sesión del día 1 de diciembre de 1812, p. 4046.

de la carta misiva. En el proceso se aclara que Francisco José Mollé fue quien dispuso la impresión y firmó el original que, al efecto, le entregó el Sr. Diputado en Cortes D. Manuel Ros.

Entre las reflexiones de la Junta Censora se manifiesta que la carta misiva es contraria y subversiva del artículo 128 de la Constitución política de la Monarquía española, donde se previene que “los Diputados serán inviolables por sus opiniones y en ningún tiempo, ni caso, ni por ninguna autoridad podrán ser reconvenidos por ellas”²⁹. Además, establece un plazo de 15 días para que se sustancie la causa y que cada tercer día se vaya adelantando en sesión pública lo que se da en cuenta.

Martínez critica la determinación de un plazo para que se sustancie la causa pues entiende que no existiendo antecedentes de causas anteriores no tenemos providencias con las que argumentar estos hechos. Esta reflexión queda plasmada en los interrogantes que el diputado manifiesta en su intervención:

*“¿Se ha hecho así en otros asuntos? No por cierto, sino en este. ¿Y por qué es esto? Porque se trata de religión....”*³⁰.

Estas alusiones, que generan un revuelo en el palco de las Cortes, muestran cómo las referencias a las cuestiones religiosas sublevan a los diputados. Martínez deja entrever que detrás de la crítica que se hace de este caso hay ciertos intereses ocultos en los que la Iglesia y el poder religioso emergen para castigar los abusos de la libertad de expresión. Esa intencionalidad, con el objetivo de castigar de forma rápida, obedece a un interés eclesiástico por acallar determinadas voces.

Calatrava va más allá, calificando este caso como “guerra civil” o “guerra teologal” y en parte lo es, pues se ha sembrado la cizaña entre los diputados. Además, pide que se aclaren todas estas cuestiones por parte de los diputados implicados.

Zumalacárregui justifica su petición de brevedad, en las resoluciones que emiten los jueces, en base a la gravedad del asunto, por eso estableció el término de

29 Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias número 714. Sesión del día 2 de diciembre de 1812, p. 4058.

30 Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias número 714. Sesión del día 2 de diciembre de 1812, p. 4059.

15 días. Destaca la necesidad de buscar la unión y armonía de todos los diputados.

El Sr. Gallego entiende la necesidad de poner un término para evitar que se den casos sin resolver. Afirma que aquellos que se opusieron tenazmente a la ley de la libertad de imprenta son sus principales infractores. Su crítica hacia los diputados llega al extremo de afirmar que este abuso de poder puede poner en peligro el cuerpo al que pertenece y al Estado. Además añade que:

“...cuando se averigüe que un Diputado de Cortes es autor de un impreso censurado de infractor de la ley de la libertad de imprenta, quede suspenso del cargo de diputado, hasta que fallada la causa se vea si debe ser rehabilitado por resultar inocente o absolutamente expelido del Congreso si saliera culpado”³¹.

Gallego centra el problema en la búsqueda del responsable del escrito, y matiza que si el implicado en este asunto es un diputado deberá quedar suspendido de su cargo. El debate ha tomado un tono más riguroso, centrado en la búsqueda de culpables donde la autoría de los hechos y la complicidad en delitos que atentan contra la libertad de imprenta toman especial énfasis. La lectura que podemos hacer de este caso práctico, nos sirve para comprobar la tipología delictiva, que empieza a surgir en torno a las publicaciones, y cómo los propios políticos se nutren de estas cuestiones para satisfacer sus propios fines.

Argüelles formula una serie de postulados que deben ser objeto de un estudio pormenorizado por la diversidad de aspectos que aporta al tratamiento del tema. Afirma que:

“Los Diputados, que tanto se manifiestan en este caso, no se han manifestado igualmente cuando han visto que las autoridades establecidas en Cádiz han sido las que constantemente han provocado y excitado a las Juntas de Censura a que calificasen papeles que atacaban, no la representación nacional, objeto de gran magnitud, sino a alguna de las personas que componen estas autoridades”³².

Estas frases son muy ilustrativas porque muestran cómo se utilizaban a las Juntas de Censura para atacar todos aquellos abusos que se daban contra determinados cargos políticos e institucionales por parte de algunos impresores. La Junta

31 Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias número 714. Sesión del día 2 de diciembre de 1812, p. 4060.

32 Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias número 714. Sesión del día 2 de diciembre de 1812, p. 4061.

de Censura actúa como un mecanismo de control *a posteriori*.

Ostolaza³³ comenta que siempre ha declamado contra los abusos de esa libertad y explica parte del proceso de defensa:

*“Verificada la primera censura de un papel se ha de dar copia de ella al autor para que se defienda, explicando su atención y si alguno pide segunda censura se le concede y así sigue sus trámites”*³⁴.

Ostolaza no entiende por qué un ciudadano particular está habilitado para pedir una segunda censura y a un diputado se le niega. Acusa a los diputados de la existencia de un interés personal o lo que califica como el “interés de la Patria” que es lo que lo está moviendo a actuar de determinada manera, cuando lo que le interesa es el interés general y no el celo particular. Establecer un término de quince días y negar una segunda censura no se ajusta a lo estipulado en el reglamento de imprenta, e incluso acusa a Zumalacárregui de cierta parcialidad en el tratamiento de este asunto. La opinión de Ostolaza pone en evidencia procesos anteriores en los que dilaciones y errores dieron lugar a que no se juzgasen, y en consecuencia hace un paralelismo con la situación actual. Por alusiones, Zumalacárregui explica que el término es de quince días porque permite seguir todos los trámites que señala la ley.

El Conde de Toreno³⁵ matiza que la ley de libertad de imprenta previene que la

33 Diputado por Perú. Se caracterizó por ser el orador que alcanzó más mala fama entre los antirreformistas. Fue objeto de las críticas, iras y burlas de la prensa liberal, tenía una forma abierta y descarada de exponer sus ideas antirreformistas. Su carácter vengativo motivó la persecución de 14 diputados liberales, actuando como testigo de cargo contra ellos, lo que le valió el favor del Rey, ocupando el cargo de confesor de don Carlos. Tras su carrera política fue enviado a Murcia como director de un colegio de huérfanas, siendo acusado de seducción. En 1838 murió asesinado en Valencia.

34 Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias número 714. Sesión del día 2 de diciembre de 1812, p. 4061.

35 José Queipo de Llano, Conde de Toreno, nació en Oviedo el 26 de noviembre de 1786 y cursó estudios en Cuenca y Madrid. Fue diputado con tan sólo veinticuatro años en Cádiz, después de una experiencia previa en Londres donde conoció el Parlamento y personajes relevantes de la vida política británica como Sheridan. Formó parte de las Comisiones de Guerra y Hacienda, y participó en numerosos debates, destacando sus intervenciones en la aprobación de los artículos de la Constitución y en la defensa de la soberanía nacional. Sus discursos se caracterizaron por un aire de exaltación popular. Sabía utilizar los argumentos del contrario en beneficio propio y emplear la sátira con maestría. En el Trienio fue diputado en las primeras Cortes moderadas de 1820-21. Fue un orador razonado, enérgico y seguro de sí mismo. Llegó a ser ministro de Hacienda y presidente del Consejo de Ministros en 1835. Con múltiples enemigos, en 1840 tuvo que hacer frente a la acusación de malversar los caudales públicos. Queipo de Llano no sólo destacó como político, sino que fue uno de los escritores españoles más relevantes de su

censura debe volver al interesado por mano del juez y que el órgano judicial competente del Sr. Ros es el Tribunal de Cortes, a quien se le pasará la censura para que haga el interesado las reclamaciones oportunas. Afirma que no existía intencionalidad en el proceder del Sr. Zumalacárregui cuando denunció el escrito publicado, pues consideraba que era perjudicial, y entiende que este debate es una forma de exaltar los ánimos, usando la religión como arma para oponerse a las opiniones contrarias. Señala que no estamos tratando un asunto religioso y que las proposiciones establecidas no se oponen a la ley de libertad de imprenta, por lo que recibe su apoyo. Finalmente la proposición fue aprobada tras la valoración de las partes.

En el proceso se incluye una carta con fecha 2 de diciembre de 1812 de D. Manuel Ros, presunto autor del escrito objeto de debate, que ayuda al estudio del caso, aportando nuevos argumentos y datos a esta causa. En dicha carta Ros dice que los diputados no pueden tener interés sobre los asuntos que conocen pues se perdería la imparcialidad, y que existe un gran número de diputados interesados en condenar al autor del escrito. Ros señala que no hubo intención de contravenir ley alguna y pide que se recuse a los diputados afectados en el proceso.

“Señor, D. Manuel Ros, Diputado por Galicia, á V. M. expone: que ha sabido que se mandó formar un tribunal que juzgara al autor de una carta, en que se indican los Diputados que votaron contra la resolución de la mayor parte del Congreso sobre una proposición del señor D. Simón López. Para que los jueces puedan administrar imparcialmente la justicia, no deben tener interés en los asuntos sobre que deben decidir, y los Diputados que contradijeren dicha resolución tienen interés en que se absuelva al autor de la carta indicada, y el amor propio de los demás que la aprobaron se interesa en su condenación, por lo que ni unos ni otros pueden juzgar imparcialmente. El exponente reconoce por suya dicha carta, y confiesa que ninguno de los que se conformaron con su modo de pensar tuvo parte indirecta ni directa en ella, y está pronto a sostener en juicio, que pudo haberla formado sin contravenir a ley alguna, antes bien que tuvo justos motivos para imprimirla; pero no cree que debe conformarse con que le juzguen jueces parciales, y siendo notorio que el amor a sus opiniones puede mover e inclinar a los que nombró V. M los recusa, sin perjuicio de

época. Durante sus etapas de destierro, en las que viajó por Francia, Inglaterra, Bélgica, Alemania y Suiza, se dedicó al estudio de la historia, escribiendo la obra *Historia del levantamiento, guerra y revolución* en España publicada en París en 1832, un trabajo que sirvió para nombrarle académico de la Historia. Su nombre figura en el *Catálogo de Autoridades de la Lengua* publicado por la Academia Española, por su contribución a la cultura española y la trascendencia de obras como sus *Discursos parlamentarios, publicados y anotados por su hijo don José María Queipo de Llano y Gayoso* (Madrid 1872). Murió en París el 16 de septiembre de 1843.

su honor, para la sustanciación y decisión de la causa que debe formársele; por lo que A. V. M suplica se sirva tenerlos por recusados, y nombrar a otros que no hayan votado ni a favor ni contra las proposiciones insinuadas”³⁶.

Zumalacárregui piensa que una recusación contra los diputados actuales que forman el Tribunal de Cortes y que estudian el asunto no es conforme a las leyes, es una solicitud infundada y no debe admitirse.

Martínez es más explícito, amplía la acusación contra “las leyes, el reglamento del Gobierno interior de las Cortes y contra todo buen principio”. El concepto de parcialidad es destacado por los diputados como una forma de garantizar la justicia en este caso y evitar que el juicio emitido por los miembros del Tribunal de Cortes pueda estar viciado. Martínez afirma que:

“La parcialidad no es otra cosa que el extravío de ideas del que la supone para ofender más y más la rectitud del Congreso. La parcialidad consiste en querer el Sr. Ros que no haya tribunal que le juzgue y dar a entender que su opinión y voto en la resolución del 20 de noviembre debe suponer mucho más que la decisión del Congreso: que todos cuantos opinaron y votaron como él deben apoyar su carta misiva a diferencia de los demás; y que el juez ó tribunal que juzgue de su causa deberá revocar la resolución del Congreso de dicho día 20, declarar por consiguiente que su opinión y voto con los que le siguieron han de prevalecer a la mayoría del Congreso, y que no ha de tomarse en boca ni hacerse mérito de su carta misiva calificada de subversiva, cabalmente el único punto que debe ventilarse y decidirse en el expediente”³⁷.

Toreno hace un exhaustivo análisis de la legislación en relación con la solicitud de Manuel Ros. Según la Constitución de 1812:

“Los Diputados deben ser juzgados por el Tribunal de Cortes del modo que prevenga el reglamento interior”³⁸.

El Sr. Ros no recusa solo al Tribunal de Cortes, sino a todos los diputados que votaron a favor o en contra de la resolución que se tomó, con lo que crea una

36 Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias número 716. Sesión del día 5 de diciembre de 1812, p. 4073.

37 Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias número 716. Sesión del día 5 de diciembre de 1812, p. 4074.

38 Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias número 716. Sesión del día 5 de diciembre de 1812, p. 4074.

incompatibilidad de difícil solución, pues implicaría a todos y no solo a determinados diputados.

Dueñas destaca los defectos formales que ha incurrido el Sr. Ros en su solicitud. No acompaña su firma con la de un letrado como requiere la ley, no expresa causa alguna de recusación y no ha ofrecido prueba ni realizado el depósito de 60.000 maravedíes por cada persona que recusa. Acusa a Ros de falta de patriotismo y de opositor a las reformas de los abusos y al nuevo orden de la Constitución:

“Yo por mi parte, hasta le tengo lástima, pues veo que no solo ha puesto en duda su patriotismo por esa carta misiva, sino que ha destruido su reputación literaria con una recusación que solo puede servir para que insertándose, como lo pido, en el Diario de Cortes, infieran a las gentes como estarán las cabezas de los que se oponen a la reforma de los nuevos abusos y al nuevo orden de la Constitución, cuando un doctoral, canónigo de la santa Iglesia de Santiago, así se desentiende de los rudimentos de la jurisprudencia práctica”³⁹.

El diputado Dou manifiesta que no entiende cómo el modo de opinar puede ser motivo de recusación, así un abogado no puede ser juez de la causa en que ha sido abogado. Por ello ve como solución el establecimiento de una Comisión que analice la recusación. En otro sentido, Lisperguer afirma que la recusación es correcta y considera que la solución del asunto reside en el dictamen que tomen los diputados.

La postura de Calatrava pretende crear un consenso entre las distintas posiciones expuestas por los diputados. Afirma que los jueces, que deben examinar el caso, tienen que ser diputados conforme a la Constitución y al reglamento.

Giraldo sostiene que admitir la recusación es incurrir en desorden y trastorno de los principios con que debe administrarse justicia. Piensa que no hay motivo para la recusación de jueces pues no existe la parcialidad que denuncia el Sr. Ros, además el tribunal, que se halla nombrado y determinado con anterioridad por ley, está en ejercicio de sus funciones y no debe dudarse de su rectitud y justificación. Giraldo afirma que es ante este tribunal y no ante los diputados donde el Sr. Ros debe deducir sus defensas y excepciones. Piensa que la carta misiva se imprimió únicamente para repartirla ante los amigos del autor. También establece

³⁹ Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias número 716. Sesión del día 5 de diciembre de 1812, p. 4075.

que el honor del Sr. Ros no es superior al de la pluralidad del Congreso, cuando arremete con críticas sobre la falta de parcialidad, y al igual que otros compañeros expresa que estos hechos pueden ser utilizados por los enemigos de la Patria para sembrar la desunión:

“Este asunto es a mi entender de la mayor trascendencia. No se trata de la resolución del día 20, ni de su discusión, sino únicamente del hecho de imprimir la carta y expresiones que contiene: si cada uno de los Diputados, no contento con poner su voto en las Actas, conforme a Reglamento, en los negocios en que se separe de la pluralidad, se cree autorizado para atacar principios sancionados, y las decisiones tomadas por el Congreso, esparciendo injurias como las que contiene la carta misiva del Sr. Ros, de que “cree su honor mancillado si se le conceptúa por uno de los que votaron la resolución acordada por la pluralidad” conseguirán los enemigos del orden y de la Patria introducir entre nosotros la desunión, fomentar las más terribles discordias y todos los males que son consiguientes; porque por más amor propio que tenga el Sr. Ros, no puede figurarse que su honor es superior al de la pluralidad del Congreso, ni creer que cada uno de los Diputados en particular deje de mirar por el suyo, si se ve atacado e insultado en unos términos tan impropios como ajenos de su carácter y circunstancia”⁴⁰.

El asunto termina con la declaración del Congreso estableciendo que no había lugar para la petición de recusación establecida por el Sr. Ros, pasando este a disposición del Tribunal de Cortes.

4. Conclusiones sobre el caso de la carta impresa en la publicación El Procurador General de la Nación y del Rey.

El 13 de marzo de 1813 el Tribunal de Cortes dictó una sentencia, en la que se consideraba a Ros como autor de una carta misiva, calificada como impolítica y perjudicial, que había mancillado el honor de algunos diputados. Se declara demostrado que Ros vendió ejemplares de dicha carta en Cádiz y que el presbítero Mollé expandió otros. También resultó probado que Ros mandó la carta a los Ayuntamientos de La Coruña, Mondoñedo y Orense, sin firma alguna. En virtud de las pruebas aportadas se dictó sentencia en la que se establece que “D.

⁴⁰ Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias número 716. Sesión del día 5 de diciembre de 1812, p. 4077.

Manuel Ros sea separado del cargo de Diputado que tiene por el reino de Galicia en las presentes Cortes Generales y Extraordinarias”, además se le advierte que “si reincidiese en los excesos que resultan de autos, será tratado con todo rigor de derecho”, condenándole en las costas causadas del proceso. Esta sentencia contó con el voto particular de uno de los jueces- Francisco López Lisperguer- quien advirtió al Sr. Ros que se abstuviera de dar a conocer los asuntos que se tratan en el Congreso Nacional, pues bastaba lo que se muestra a la vista del público y aparece en los *Diarios de Sesiones*, de lo contrario será considerado delincuente y sufrirá las severas penas que haya lugar en derecho. Dicha sentencia motivó nuevos debates en las Cortes de Cádiz, analizando el caso Ros. Tras haber estado dicho diputado seis meses privado de asistir al Congreso y ser apercibido de que en lo sucesivo se abstuviera de publicar escritos de la naturaleza de la carta misiva, y una vez satisfechas las costas del proceso, se acordó que pudiera acudir al Congreso⁴¹. La resolución de este caso muestra de algún modo las sanciones tan leves que se imponen ante determinados ataques a las Cortes. El diputado Manuel Ros, después de haber quedado demostrado que realizó un feroz ataque a las Cortes, y ser privado de su condición de parlamentario por seis meses, comprobará como los recursos de sus correligionarios surtirán efecto al final y se reintegrará al Congreso con aires triunfales⁴².

Este caso ha servido para comprender cómo una simple carta publicada en un periódico puede generar todo un conflicto político y social. El escrito refleja la opinión de los diputados y su voto en el asunto referente a la pérdida de empleo del bibliotecario de Cortes. Asistimos a todo un montaje político que se convierte en un ataque contra la estructura del Congreso, que dará lugar a un proceso, en el que se analiza la libertad del impresor para publicar los nombres y votos de los diputados en un periódico.

Para algunos diputados la carta representa una protesta impresa contra las resoluciones del Congreso y en ella el autor del escrito quiere generar una insurrección contra los que no piensan como él, por ello se apela al Tribunal de Cortes para que intervenga.

Este proceso es interesante porque vamos a encontrar puntos de vista muy

41 FIESTAS LOZA, Alicia: “La libertad de imprenta en las dos primeras etapas del liberalismo español.”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, LIX, 1989, págs. 399-406.

42 DEROZIER, Albert: *Manuel José Quintana y el nacimiento del liberalismo en España*, Turner, Madrid, 1978, págs. 629-631.

diferentes impregnados de la influencia del catolicismo y nacionalismo, que se vierten en el debate de las Cortes Generales a través de las referencias de los diputados. Otros miembros consideran que la carta impresa es un claro ataque contra la suprema autoridad del Congreso, que compromete el honor y la reputación de los diputados.

La defensa de la opinión pública como elemento garante del pueblo y la sociedad, y factor de control de la responsabilidad de los diputados, es otro de los argumentos de interés expuestos. Con dicho término también se buscan interpretaciones para que las Cortes sean controladas o juzgadas por el pueblo, algo considerado como un intento de destruir todo el sistema político por algunos miembros de las Cortes, en un exceso de democratización. Es importante fomentar la libertad de imprenta como un mecanismo de manifestación de la opinión pública, pero los diputados también son conscientes de que un abuso de dicha libertad puede servir para destruir las estructuras políticas, a través de revoluciones y anarquías.

Hay que hacer mención a los ejemplos que se han desarrollado a lo largo del debate con expresa referencia a casos injuriosos que aparecieron en el *Diario Mercantil de Cádiz*. Esos paradigmas, con similitudes muy notables, son utilizados por los diputados para hacer comparaciones y determinar las consecuencias de los abusos de la libertad de imprenta.

La evolución del debate y del propio proceso motiva la creación de una Comisión que actualiza y estudia la carta misiva. Dicho documento se convierte en un atentado a la representación nacional y el Reglamento para el Gobierno interno de las Cortes, además atenta contra la libertad de imprenta pues un gran número de representantes de las Cortes sostienen que el escrito ha injuriado a los señores diputados, por lo que se exige que se tomen medidas adecuadas para evitar que dichos hechos se vuelvan a reproducir. Este caso quiere sentar las bases de actuación en futuros procesos, adoptando condenas y estableciendo responsabilidades. Encontramos un control *a posteriori* que, sin embargo, se utiliza para crear parámetros de actuación con los que evitar nuevos abusos.

Autores como la profesora Fiesta, consideran que en el momento en que Ros incluyó la carta misiva en el *Procurador General de la Nación y del Rey* no existía ninguna norma con arreglo a la cual la publicación de escritos, cuya circulación y lectura fuera “impolítica y perjudicial”, pudiera considerarse conducta delictiva. El decreto de 1810 establecía que serían castigados con la pena de la ley los “libelos infamatorios, los escritos calumniosos, los subversivos de las leyes fundamentales

de la monarquía, los licenciosos y contrarios a la decencia pública y buenas costumbres”. Su argumentación llega a plantear incluso que las referencias aparecidas en los *Diarios de Sesiones* hubieran sido alteradas con objeto de ocultar en lo posible que un Tribunal formado por diputados, siguiendo las pautas marcadas por la Junta Suprema de Censura, habría interpretado el citado artículo del decreto de 1810 dando entrada por analogía a un supuesto no previsto por el legislador⁴³. En mi opinión discrepo respecto a una posible alteración de los *Diarios*, máxime cuando se está intentando promover una libertad de imprenta que se ajustara a la realidad de los hechos. Sin embargo, es posible que dentro de esos vacíos, que estamos apreciando en la legislación sobre libertad de imprenta, pudieran subsumirse interpretaciones de artículos que, por analogía, recogieran casos como el de la carta misiva. No hay que olvidar que estos procesos y los debates en las Cortes de Cádiz están mostrando las deficiencias de la legislación sobre imprenta, y que son muchos los obstáculos que los diputados debían de superar.

De todos los *Diarios de Sesiones* analizados en este caso debemos destacar en estas conclusiones el número 714 pues introduce elementos importantes que ayudan a clarificar los hechos. En dicho texto se acusa a uno de los diputados, el Sr. Ros, como autor del polémico escrito y responsable de la entrega a un impresor para sacar 200 copias. También se hace mención expresa del artículo 128 de la Constitución Española, que declara la inviolabilidad de las opiniones de los diputados, por lo que la exposición de dichos votos en una carta es susceptible de delito.

En otros debates se comprueba que los abusos de la libertad de imprenta los cometían particulares, son las situaciones de infracciones realizadas por los redactores de determinados periódicos. Sin embargo, este caso es especialmente interesante porque el autor del escrito, que presuntamente atenta contra la libertad de imprenta, es un diputado. Eso explica por qué la última parte del debate se ha centrado en determinar la competencia del Tribunal de Cortes y la Junta de Censura para conocer el asunto.

A modo de conclusión final debemos reseñar que, al margen de los conflictos competenciales, nos encontramos ante un caso que ha servido para entender cómo los políticos tejen sus hilos en el contexto social y utilizan a la prensa con el objeto de dar divulgación a determinadas cuestiones que benefician sus intereses partidistas. También apreciamos una confusión de los criterios marco que deben proteger la libertad de impresión, no se define correctamente los parámetros legales en los

43 FIESTAS LOZA, Alicia: “La libertad de imprenta...”, op. cit., pp. 402-403.

que subsumir presuntos ataques, y hay posturas muy diferenciadas, marcadas por los valores nacionales y religiosos, que impiden la uniformidad de criterios.

Referencias bibliográficas.

BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique: “Constitución de 1812 y Función Consultiva: Evolución del Consejo de Estado en España”, *Revista Española de la Función Consultiva* n.º. 13, pp. 149-183, Enero-Junio 2010.

DEROZIER, Albert: *Manuel José Quintana y el nacimiento del liberalismo en España*, Turner, Madrid, 1978.

FIESTAS LOZA, Alicia: “La libertad de imprenta en las dos primeras etapas del liberalismo español.”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, LIX, 1989.

FLAQUER MONTEQUI, Rafael: “El ejecutivo en la Revolución liberal”, en VV. AA: *Las Cortes de Cádiz*, Marcial Pons, Madrid, 1991

LABIO BERNAL, Aurora: *Diario de Cádiz. Historia y Estructura Informativa (1867-1898)*, Grupo de Investigación en Estructura, Historia y Contenidos de la Comunicación de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2000.

MORÁN ORTI, Manuel: *Poder y Gobierno en las Cortes de Cádiz (1810-1813)*, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1986.

SEOANE, M^a. Cruz: *Historia del periodismo en España. El siglo XIX*, Alianza. Universidad Textos, Madrid, 1992.

SOLÍS, Ramón: *El Cádiz de las Cortes: la vida en la ciudad en los años 1810 a 1813*, Silex, Madrid, 1987.

VV. AA: *Las Cortes de Cádiz*, Marcial Pons, Madrid, 1991

Referencias Hemerográficas.

Números 52 de *El Procurador General de la Nación y del Rey*.

Número 59 de *El Procurador General de la Nación y del Rey*.

Documentos analizados.

Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias número 712.
Sesión del día 30 de noviembre de 1812.

Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias número 713.
Sesión del día 1 de diciembre de 1812.

Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias número 714.
Sesión del día 2 de diciembre de 1812.

Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias número 716.
Sesión del día 5 de diciembre de 1812.

Resumen

La Constitución de 1812 impulsó el desarrollo de la prensa en España. En este contexto surgen periódicos de diferente ideología política. Este artículo analiza el proceso en Cortes contra la publicación El Procurador General de la Nación y del Rey. El caso de la carta impresa es un ejemplo de la utilización de un periódico para atacar instituciones como las Cortes.

Abstract

The Constitution of 1812 stimulated the development of the press in Spain. In this context there arise newspapers of different political ideology. This article there analyzes the process in Spanish Parliament against the publication El Procurador General de la Nación y del Rey. The case of the printed letter is an example of the utilization of a newspaper to attack institutions as the Spanish Parliament.

Palabras claves

Política, Constitución, periódico, imprenta, libertad de prensa.

Keywords

Politics, Constitution, newspaper, printing, press freedom.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO
A LA VIDA PRIVADA: LOS PERFILES DE LA CREACIÓN
DE UN AMPLIO DERECHO DE PRIVACIDAD

Soledad M^a Suárez Rubio
Abogada y Profesora Asociada.
Universidad de Castilla La Mancha.

SUMARIO

1. *Introducción.*
2. *Perfiles del derecho de privacidad derivados de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*
 - a) *Concepto del derecho a la vida privada: su amplitud.*
 - b) *Protección frente grabaciones de la vida privada por medios tecnológicos: anonimato o no identificación de las personas.*
 - c) *Protección de la vida privada: Datos personales de salud y muestras genéticas.*
 - d) *Protección de la vida privada y familiar frente a la prensa: “esperanza legítima” de protección.*
3. *Conclusiones.*
4. *Referencias bibliográficas.*

1. Introducción.

El derecho a la vida privada de las personas (*privacy*) es un derecho que viene reconocido en las principales Declaraciones Internacionales de derechos y en los ordenamientos jurídicos de los países de nuestro entorno. Así, se enuncia en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 y el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (CEDH).

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), podemos destacar varias sentencias (STEDH) en las que tomando como referencia el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos tratan de exponer el contenido y límites del derecho a la vida privada.

Veremos a continuación los casos más relevantes respecto de la intimidad, salud y vida privada de las personas, para ir esbozando los perfiles de la creación de un amplio derecho de privacidad, configurado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

2. Perfiles del derecho de privacidad derivados de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El TEDH en su jurisprudencia a lo largo de los años ha ido configurando el derecho a la vida privada de las personas desde su interpretación del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950.

En este artículo se pretende demostrar como el derecho de privacidad que configura el TEDH es un derecho de amplio contenido, que recoge aspectos de la vida privada de las personas que son dignos de protección. En este sentido, podemos fijar unos perfiles del derecho a la vida privada de las personas derivados de diversos casos del TEDH y amparados por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950¹.

¹ En este sentido lo estudia TOLLER, F. M., “La tutela judicial preventiva del derecho a la intimidad. Una aproximación comparatista”, en revista *Teoría y realidad constitucional*, nº 12-13, 2003-2004, página 183 y siguientes.

Los casos del TEDH analizados en este trabajo destacan por haber sido doctrina jurisprudencial de otras sentencias posteriores, y por haber ido configurando el derecho a la vida privada de las personas desde diversas perspectivas que se engloban en el derecho de privacidad, como un derecho amplio y globalizante de otros muchos derechos que interaccionan en nuestras vidas privadas.

Los casos analizados son los siguientes:

Caso **P. G. y G. H. contra el Reino Unido**, de 25 de septiembre de 2001, demanda número 44787/1998, en relación con el caso **Herbecq y otro contra Bélgica** y la Resolución de la Comisión de 14 enero 1998, y los casos anteriores **Rotaru contra Rumania**, de 4 de mayo de 2000, y caso **Amann contra Suiza**, de 16 de febrero de 2000.

Caso **Peck contra Reino Unido**, de 28 enero de 2003, demanda número 44647/1998, en relación con el caso **Niemietz contra Alemania**, de 16 de diciembre de 1992, caso **Lupker y otros contra Holanda** y Resolución de la Comisión de 7 diciembre 1992, y el caso **Friedl contra Austria**, de 31 enero 1995, e Informe de la Comisión de 19 mayo 1994.

Caso **Von Hannover contra Alemania**, de 24 de junio de 2004, demanda número 59320/2000, relacionado con el caso **Halford contra Reino Unido**, de 25 junio 1997.

Caso **S. y Marper contra Reino Unido**, de 4 de diciembre 2008, demandas números 30562/04 y 30566/04, relacionado con los casos **Pretty contra el Reino Unido**, de 29 de abril de 2002, caso **Y. F. contra Turquía**, de 22 de julio de 2003, caso **Mikulic contra Croacia**, de 7 de febrero de 2002, y caso **Z contra Finlandia**, de 25 febrero 1997 y caso **Sciacca contra Italia**, de 11 de enero de 2005.

a) Concepto del derecho a la vida privada: su amplitud

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos al enfrentarse al caso Peck contra Reino Unido, de 28 enero de 2003, demanda número 44647/1998, (Sección 4ª), ya deja claro que el concepto “Vida privada” es un término amplio no susceptible de una definición exhaustiva². Definición que tampoco se encuentra en

² SANTOLAYA MACHETTI, P., “Derecho a la vida privada y familiar”, en la obra *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, página 547.

el artículo 8 del CEDH³.

En este caso el TEDH reitera de modo expreso que, como en el caso Niemietz contra Alemania, de 16 de diciembre de 1992, no considera posible ni necesario definir de manera exhaustiva, la noción de “vida privada”, pero que sería excesivamente restrictivo tratar de limitarla a un círculo íntimo en que cada uno puede desarrollar su vida personal,..., y que debe incluir la posibilidad de mantener relaciones con sus semejantes.

Con remisión a la STEDH en el **caso P. G. y G. H. contra el Reino Unido**, de 25 de septiembre de 2001, demanda número 44787/1998, declara que el TEDH ya ha decidido que elementos, como la identificación del género, nombre, orientación y vida sexual son elementos importantes de la esfera personal protegidos por el artículo 8 del CEDH. Protegiendo este artículo también un derecho a la identidad y al desarrollo personal, así como el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el exterior, y eso puede incluir actividades de naturaleza profesional o de negocios.

Por lo tanto, existe una zona de interacción de la persona con los demás, incluso en un contexto público, como puede ser, por ejemplo, un centro de salud o un hospital, que puede entrar en el ámbito de la “vida privada”.

Para el TEDH existen una serie de elementos, pertinentes a tomar en consideración, relativos a que la vida privada de una persona también se lleva a cabo fuera del hogar de la persona o lugares privados. Puesto que hay ocasiones en que la gente, sabiéndolo y de manera intencionada, se implica en actividades que son o pueden ser grabadas, o de las que se informe públicamente o puedan serlo, así la expectativa de privacidad de una persona puede ser significativa, aunque no necesariamente un factor concluyente.

b) Protección frente grabaciones de la vida privada por medios tecnológicos: anonimato o no identificación de las personas

³ Artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Una persona que camina por una calle será vista inevitablemente por cualquier otra persona que también esté presente. Controlar por medios tecnológicos la misma escena pública (por ejemplo, un guardia de seguridad observando por un circuito cerrado de televisión) es de similares características.

Las consideraciones sobre la vida privada surgen, sin embargo, una vez que existe un registro sistemático o permanente de tal material del dominio público.

Controlar las acciones de una persona en un lugar público mediante el uso de equipamiento fotográfico si no graba los datos visuales no da lugar, como tal, a una injerencia en la vida privada de la persona (Véase, por ejemplo, caso Herbecq y otro contra Bélgica, demandas números 32200/1996 y 32201/1996, Resolución de la Comisión de 14 enero 1998).

Por otro lado, la grabación de los datos y la naturaleza sistemática o permanente de la grabación puede dar lugar a tales consideraciones. Por lo tanto, la compilación de datos de personas particulares por parte de los servicios de seguridad, incluso sin el uso de métodos de vigilancia encubierta, constituye una injerencia en la vida privada de los demandantes (STEDH Rotaru contra Rumania, de 4 de mayo de 2000, demanda número 28341/1995 y STEDH Amann contra Suiza, de 16 de febrero de 2000, demanda número 27798/1995 (a las que la sentencia P. G. y G. H. hace referencia)).

Por lo que, en el caso P. G. y G. H. contra el Reino Unido, aunque la grabación permanente de las voces se hizo cuando respondían a preguntas en una celda mientras los policías les estaban escuchando, la grabación de sus voces para un posterior análisis fue considerada por el TEDH como el procesamiento de datos personales sobre ellos, lo que suponía una injerencia en su derecho al respeto de su vida privada (STEDH en el caso P. G. y G. H. anteriormente citada, apartados 59-60).

Sin embargo, el TEDH señala que en el **caso Peck contra Reino Unido**, referenciado anteriormente, el demandante no se queja de que la recogida de datos a través de la cámara del circuito cerrado de televisión, del Concejo del Distrito de Brentwood, que controlaba sus movimientos y la creación de un registro permanente sobre él supusieran una injerencia en su vida privada. Además, admite que la función del sistema (circuito cerrado de televisión), junto con la consiguiente participación de la policía, pudieron salvar su vida. Lo que alega, más bien, es que la divulgación de esa grabación de sus movimientos de una manera que nunca podía haber previsto es lo que dio lugar a la injerencia.

En este caso, el demandante Sr. Peck sufría una depresión debido a motivos personales y familiares. El 20 de agosto de 1995, a las 11.30 p.m. iba andando solo por la calle High Street hacia un cruce en el centro de Brentwood con un cuchillo de cocina en la mano e intentó suicidarse cortándose las muñecas. Paró en el cruce y se inclinó sobre una barandilla de frente al tráfico con el cuchillo en la mano. No sabía que la cámara del circuito cerrado de televisión, montada en la isleta de tráfico frente al cruce, estaba filmando sus movimientos. La película divulgada más tarde, no mostraba al demandante cortándose las venas, sino que el operador fue alertado únicamente por una persona en posesión de un cuchillo en el cruce.

El equipo de trabajo del circuito cerrado de televisión del Concejo autorizó la emisión de reportajes del sistema (circuito cerrado de televisión). El Concejo decidió también colaborar con terceros en la preparación de programas sobre hechos relativos a su sistema. El primer reportaje de prensa (“CCTV News”) fue emitido el 9 de octubre de 1995 e incluía dos fotogramas de la película del circuito cerrado de televisión del demandante acompañando a un artículo titulado “*Controlado: la colaboración entre el circuito cerrado de televisión y la policía previene una situación potencialmente peligrosa*”. No se ocultaba la cara del demandante.

El periódico Brentwood Weekly News, utilizó un fotograma del incidente en el que se vio envuelto el demandante en su primera página acompañando a un artículo sobre la utilización y los beneficios del sistema. No se ocultaba la cara del demandante. El 13 de octubre de 1995, un artículo titulado “*Gotcha*” apareció en el Yellow Advertiser, un periódico local con una circulación de unos 24.000 ejemplares. El artículo iba acompañado de una fotografía del demandante tomada de la película del circuito cerrado de televisión.

A este respecto, el TEDH recuerda también los casos Lupker y Friedl resueltos por la Comisión, que se referían, el primero, al uso no previsto por parte de las autoridades de fotografías que se les habían presentado anteriormente de manera voluntaria (Lupker y otros contra Holanda, demanda número 18395/1991, Resolución de la Comisión de 7 diciembre 1992) y , el segundo, al uso de las fotografías tomadas por las autoridades durante una manifestación pública (Sentencia Friedl contra Austria de 31 enero 1995, serie A número 305-B, Acuerdo amistoso, Informe de la Comisión de 19 mayo 1994, apartados 49-52).

En esos casos, la Comisión dio importancia a si las fotografías suponían una intrusión en la intimidad del demandante (como, por ejemplo, entrar y tomar fo-

tografías en la casa de una persona), si las fotografías se referían a su vida privada o a temas públicos, y si el material así obtenido se pretendía utilizar de manera limitada o era probable que se divulgara al público en general.

En el asunto Friedl, la Comisión indicó que no existía esa intrusión en el “círculo interno” de la vida privada del demandante, pues las fotografías tomadas de una manifestación pública se referían a un acontecimiento público y habían sido utilizadas únicamente como ayuda para vigilar la manifestación de aquel día. En este contexto, la Comisión concedió importancia al hecho de que las fotografías tomadas permanecieron anónimas ya que no se anotaron nombres, los datos personales registrados y las fotografías tomadas no fueron introducidas en un sistema de procesamiento de datos, y no se llevó a cabo ninguna acción para identificar a las personas fotografiadas en esa ocasión por medio de procesamiento de datos (Véase Friedl contra Austria, Informe de la Comisión anteriormente citado, apartados 50-51).

De manera similar, en el asunto Lupker, la Comisión indicó específicamente que la policía utilizó las fotografías para identificar a delincuentes únicamente en un procedimiento penal, y que no había indicación alguna de que las fotografías hubieran sido puestas a disposición del público en general, o hubieran sido utilizadas para cualquier otro propósito.

Volviendo al caso Peck contra el Reino Unido, el demandante estaba en una calle pública pero no estaba allí para participar en ningún acontecimiento público y no era una figura pública. Era entrada la noche, estaba profundamente perturbado y en un estado de angustia. Aunque iba andando en público blandiendo un cuchillo, no fue luego acusado de ningún delito. El intento de suicidio no fue ni grabado ni divulgado. Sin embargo, la película de las repercusiones fue grabada y divulgada por el Concejo directamente al público en su noticiero. Además, la película fue divulgada a los medios de comunicación para su posterior emisión y publicación. Esos medios incluían a medios audiovisuales: Anglia Television y la BBC, además del periódico local Yellow Advertiser.

La identidad del demandante no se ocultó correctamente, o en algunos casos no se ocultó en absoluto, en las fotografías publicadas ni en la película emitida. Fue reconocido por algunos miembros de su familia y por sus amigos, vecinos y colegas.

Como resultado de ello, el momento en cuestión fue visto por una cantidad de personas que excedía a cualquier persona que pasara por allí o sistema de

observación de seguridad (como en el asunto Herbecq y otro contra Bélgica, demandas números 32200/1996 y 32201/1996, Resolución de la Comisión de 14 enero 1998, anteriormente citado), y hasta un grado que sobrepasaba lo que el demandante hubiera podido prever, cuando iba andando por Brentwood el 20 de agosto de 1995.

Por ello, el TEDH consideró que la divulgación por el Concejo de la película en cuestión constituyó una grave injerencia en el derecho del demandante al respeto de su vida privada.

c) Protección de la vida privada: Datos personales de salud y muestras genéticas.

Otro caso más reciente del TEDH en el que viene a recoger su jurisprudencia anterior es el de la STEDH de 4 de diciembre 2008 (Gran Sala), caso **S. y Marper contra Reino Unido**, demandas números 30562/04 y 30566/04, en este caso el TEDH determinó si la conservación por las autoridades de las huellas dactilares, muestras celulares y perfiles de ADN de los demandantes puede considerarse una injerencia en la vida privada de los interesados.

El primer demandante fue detenido el 19 de enero de 2001 y acusado de robo con violencia en grado de tentativa. Tenía entonces once años de edad. Se tomaron sus huellas dactilares y se le extrajeron muestras de ADN. Fue absuelto el 14 de junio de 2001. El segundo demandante fue detenido el 13 de marzo de 2001 y acusado de acoso a su pareja. Se tomaron sus huellas dactilares y se le extrajeron muestras de ADN. Antes de que se celebrase la reunión previa al juicio, se reconcilió con su compañera, la cual retiró la denuncia. El 11 de junio de 2001, la Fiscalía de la Corona británica informó a los *solicitors* del demandante de su intención de retirar los cargos y el 14 de junio la causa se archivó definitivamente. Cada uno de los demandantes pidió que se destruyesen sus respectivas huellas digitales y muestras de ADN, a lo que se negó la policía en ambos casos. También se desestimaron sus demandas judiciales.

Los demandantes sostienen que la conservación de sus huellas dactilares, muestras celulares y perfiles de ADN, lesiona el derecho al respeto de su vida privada. Consideran que la conservación de muestras celulares constituye una lesión aún más pronunciada de los derechos garantizados por el artículo 8 del CEDH, al contener dichas muestras el patrimonio genético de la persona interesada, así como información genética de sus parientes cercanos.

La cuestión no consistiría en sí, efectivamente, se han extraído datos de las muestras, o si éstas han causado un perjuicio en un caso concreto, puesto que toda persona tiene derecho a la garantía de que tal información, que forma parte de ella misma, seguirá siendo privada y no será comunicada, ni accesible a nadie sin su autorización.

El Gobierno reconoció que las huellas dactilares, perfiles de ADN y muestras son “datos de carácter personal”, en el sentido de la Ley inglesa de protección de datos, que se hallan en manos de personas capacitadas para identificar a las personas en cuestión. Considera, sin embargo, que la mera conservación de huellas dactilares, perfiles de ADN y muestras para el uso restringido que autoriza el artículo 64 de esta ley, no forma parte del derecho al respeto de la vida privada que consagra el artículo 8.1 del CEDH.

A diferencia de la extracción, la conservación de estos datos no atentaría contra la integridad física y psicológica de la persona, y tampoco afectaría al derecho al desarrollo personal, a entablar y desarrollar relaciones con sus semejantes, ni al derecho a la autodeterminación.

El TEDH recuerda que la noción de “vida privada” es una noción amplia, sin una definición exhaustiva que cubre la integridad física y moral de la persona (STEDH *Pretty* contra el Reino Unido, de 29 de abril de 2002, demanda número 2346/2002, apartado 61, y STEDH en el caso *Y. F.* contra Turquía, de 22 de julio de 2003, demanda número 24209/1994, apartado 33). Engloba, por tanto, numerosos aspectos de la identidad física y social de una persona (como por ejemplo, la identificación sexual, el nombre, la orientación sexual y la vida sexual), que pertenecen a la esfera personal que protege el artículo 8 del Convenio, (STEDH *Mikulic* contra Croacia, de 7 de febrero de 2002, demanda número 53176/1999, apartado 53).

Además del nombre, la vida privada y familiar puede englobar otros medios de identificación personal y vinculación a una familia. Por ejemplo, la información relativa a la salud de una persona constituye un elemento importante de su vida privada⁴. La STEDH caso *Z* contra Finlandia, de 25 febrero 1997, demanda número 22009/1993, apartado 71. En el apartado 95 el TEDH declara: “*La Corte*

⁴ Comentado por DE MIGUEL SÁNCHEZ, N., “El derecho a la protección de datos personales en el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa”, en *Revista de administración pública*, nº 169, enero-abril, 2006, páginas 316 y 317.

tendrá en cuenta el papel fundamental que desempeña la protección de los datos de carácter personal en la información sobre la salud, no inferior para el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada y familiar, consagrado en el artículo 8 de la Convención. El respeto del carácter confidencial de la información sobre la salud constituye un principio fundamental del sistema jurídico de todas las partes contratantes en la Convención. Es esencial, no sólo para proteger la vida privada de los enfermos, sino también para preservar su confianza en el cuerpo médico y los servicios de salud en general”.

El TEDH estima, además, que la identidad étnica de una persona se debe también considerar un elemento importante de su vida privada, que incluye los datos de carácter personal que revelan el origen racial, junto a otra información sensible sobre la persona, entre las categorías particulares de datos que no pueden ser conservados sin las garantías apropiadas.

Además, el artículo 8 del CEDH protege el derecho al pleno desarrollo personal y, el de entablar y desarrollar relaciones con sus semejantes y el mundo exterior. Y la noción de vida privada comprende, asimismo, elementos relacionados con el derecho a la imagen, (como posteriormente comentaremos con el caso Van Hannover contra Alemania y en STEDH caso Sciacca contra Italia, de 11 de enero de 2005, demanda número 50774/1999, apartado 29).

El mero hecho de memorizar datos relativos a la vida privada de una persona constituye una injerencia en el sentido del artículo 8 CEDH, poco importa que la información memorizada se utilice o no posteriormente. Sin embargo, para determinar si la información de carácter personal conservada por las autoridades hace que entre en juego uno de los citados aspectos de la vida privada, el Tribunal tiene debidamente en cuenta el contexto particular en el que ha sido recogida y conservada la información, el carácter de los datos consignados, la manera en la que son utilizados y tratados, y los resultados que pueden extraerse de ellos.

Es lógico, por lo anteriormente expuesto, que el TEDH señale de entrada que las tres categorías de información personal conservadas por las autoridades respecto a los dos demandantes del caso S. y Marper contra Reino Unido, a saber las huellas dactilares, los perfiles de ADN y las muestras celulares, constituyen datos de carácter personal en el sentido de la Convención sobre la protección de datos, puesto que se refieren a personas identificadas o identificables.

Y que el Tribunal estableció en el pasado una distinción entre la conservación de las huellas dactilares y la de las muestras celulares y los perfiles de ADN, de-

bido a que la información personal contenida en estas dos últimas categorías se presta en mayor medida a posteriores utilizaciones. Y estima en este caso, que la cuestión de la lesión del derecho de los demandantes al respeto de su vida privada ha de examinarse separadamente, en cuanto a la conservación de sus muestras celulares y perfiles de ADN, y la de sus huellas digitales⁵.

En opinión del TEDH, el hecho de que los perfiles de ADN proporcionen un medio de descubrir las relaciones genéticas, que pueden existir entre personas es suficiente en sí, para concluir que su conservación constituye un atentado contra el derecho a la vida privada de tales personas. La frecuencia de las investigaciones familiares, las garantías que las rodean y la probabilidad de que sobrevenga un perjuicio en un caso concreto, importa poco a este respecto (STEDH Amann contra Suiza, previamente citada, apartado 69).

De este modo, el hecho de que al estar la información codificada, sólo es inteligible con la ayuda de la informática, y no puede ser interpretada más que por un número restringido de personas, no modifica en nada esta conclusión.

El Tribunal señala, además, que el Gobierno no niega que el tratamiento de los perfiles de ADN permita a las autoridades hacerse una idea del probable origen étnico del donante, y que esta técnica se utiliza efectivamente en el marco de las investigaciones policiales. La posibilidad que ofrecen los perfiles de ADN de extraer deducciones en cuanto al origen étnico, convierte su conservación en algo mucho más sensible y susceptible de lesionar el derecho a la vida privada.

En estas condiciones, el Tribunal concluye que la conservación tanto de las muestras celulares como de los perfiles de ADN de los demandantes se considera una lesión del derecho de estos últimos al respeto de su vida privada, en el sentido del artículo 8.1 del CEDH. Y que la conservación, en los ficheros de las autoridades, de las huellas dactilares de una persona identificada o identificable, puede dar lugar en sí misma, pese al carácter objetivo e irrefutable de tales datos, a una gran preocupación respecto al respeto de la vida privada.

En este caso, el TEDH señala además que las huellas dactilares de los demandantes fueron extraídas en el marco de unos procedimientos penales, para ser registradas, a continuación, en una base de datos nacional, para su conservación

⁵ PRATS MORALES, F., “*Internet: riesgos para la intimidad*”, Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, página 72, habla de las huellas digitales o datos personales que puede ir configurando el usuario de Internet.

permanente y su tratamiento regular por procesos automatizados con fines de identificación criminal. Cada uno reconoce al respecto que, debido a la información que contienen las muestras celulares y los perfiles de ADN, su conservación tiene un impacto mayor en la vida privada que la de las huellas dactilares.

El Tribunal reconoce, al igual que el Gobierno, que la conservación de datos relativos a las huellas dactilares y genéticas persigue una finalidad legítima: la detección y, en consecuencia, la prevención del delito. Mientras que la extracción inicial está destinada a vincular a una persona determinada con un delito concreto, que se sospecha que ha cometido, la conservación persigue un objetivo más amplio, a saber contribuir a la identificación de futuros delincuentes.

El interés de las personas afectadas y del conjunto de la comunidad de que se protejan los datos de carácter personal y, concretamente, los relativos a las huellas dactilares y genéticas, puede desaparecer ante el interés legítimo que constituye la prevención del delito. Sin embargo, habida cuenta del carácter intrínsecamente privado de esta información, el Tribunal debe proceder a un examen riguroso de cualquier medida adoptada por un Estado para autorizar su conservación y utilización por las autoridades sin el consentimiento de la persona afectada.

Por ello, el TEDH reconoce que la lesión del derecho de los demandantes al respeto de su vida privada puede ser de grado distinto en cada una de las tres categorías de datos de carácter personal conservados. La conservación de muestras celulares es particularmente intrusiva, teniendo en cuenta la profusión de información genética y sobre la salud que contienen. Por ello, un régimen de conservación tan indiferenciado e incondicionado como el referido exige un examen riguroso sin tener en cuenta estas diferencias.

Particularmente preocupante en este caso es el riesgo de estigmatización, que deriva del hecho de que las personas en la situación de los demandantes, que no fueron declarados culpables de ningún delito, y tienen derecho a la presunción de inocencia⁶, sean tratados de la misma manera que los condenados.

A este respecto, conviene no perder de vista que el derecho de toda persona a

6 MANTECA VALDELANDE, V., comenta la Sentencia 159/2009, de 29 de junio de 2009, (RTC 2009, 159) del Tribunal Constitucional, que estima el recurso de amparo por vulneración del derecho a la intimidad, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, n° 787, 2009, página 6, explica también que: “es necesaria una especial cautela en el momento en que se practican las primeras diligencias de investigación, pues resulta frecuente que puedan existir sólo algunas sospechas o indicios que no se vean posteriormente ratificados”.

la presunción de inocencia, que garantiza el Convenio implica una regla general, en virtud de la cual no se pueden expresar sospechas sobre la inocencia de un acusado una vez que éste ha sido absuelto.

El TEDH considera que la conservación de datos relativos a personas no condenadas puede ser particularmente perjudicial en el caso de menores, como el primer demandante, debido a su situación especial y a la importancia de su desarrollo e integración en la sociedad.

En conclusión, el TEDH determina que el carácter general e indiferenciado de la facultad de conservar las huellas dactilares, las muestras biológicas y los perfiles de ADN de las personas sospechosas de haber cometido delitos, pero que no han sido condenadas, no guarda un equilibrio justo entre los intereses públicos y privados que concurren, y que el Estado demandado ha superado cualquier margen de apreciación aceptable en la materia.

Por tanto, la conservación en litigio se ha de considerar una lesión desproporcionada del derecho de los demandantes al respeto de su vida privada, y no puede considerarse necesaria en una sociedad democrática.

d) Protección de la vida privada y familiar frente a la prensa: “esperanza legítima” de protección.

Otro caso del TEDH en el que viene a reconocer el derecho al respeto de la vida privada y familiar es el de la STEDH de 24 de junio de 2004 (sección 3ª), caso **Von Hannover contra Alemania**, demanda número 59320/2000, por la publicación de fotografías que muestran a la princesa Carolina de Mónaco sola o con otras personas en su vida cotidiana. Este caso acerca de la violación del artículo 8 del CEDH se alegó lo siguiente:

- La demandante alegó que las resoluciones de los tribunales alemanes vulneraron su derecho al respeto de su vida privada y familiar. La demandante señaló que desde hace más de diez años trataba sin éxito de hacer valer su derecho a la protección de su vida privada ante los tribunales alemanes. Desde que abandonaba su domicilio era acosada constantemente por “paparazzis”, que seguían todos los movimientos de su vida cotidiana, si cruzaba la calle, si iba a buscar a sus hijos al colegio, si iba de compras, si se paseaba, si se dedicaba a actividades deportivas o se iba de vacaciones.

- El Gobierno alegó que el derecho alemán, teniendo en cuenta el papel fundamental de la libertad de prensa en una sociedad democrática, dispone de suficientes guarda fuegos para evitar cualquier abuso y asegurar una protección eficaz de la vida privada incluso de las personalidades públicas. En este caso, consideró que los tribunales alemanes mantuvieron un equilibrio justo entre los derechos de la demandante al respeto de su vida privada, garantizado por el artículo 8, y el derecho a la libertad de prensa garantizado en el artículo 10, teniendo en cuenta el margen de apreciación que dispone el Estado en la materia.

- La Asociación de editores de revistas alemanas consideró que el derecho alemán, a mitad de camino entre el derecho francés y el derecho británico mantiene un justo equilibrio entre el derecho a la protección de la vida privada y la libertad de prensa.

- El TEDH determinó que la noción de vida privada comprende elementos que hacen referencia a la identidad de una persona, tales como el nombre o su derecho a la imagen. Además, la esfera de la vida privada, tal como la concibe el Tribunal, cubre la integridad física y moral de una persona; la garantía que ofrece el artículo 8 del CEDH está destinada principalmente a asegurar el desarrollo, sin injerencias externas, de la personalidad de cada individuo en la relación con sus semejantes.

Existe por tanto una zona de interacción entre el individuo y los demás que, incluso en un contexto público, puede concernir a la vida privada. Señalado igualmente que, en ciertas circunstancias, una persona dispone de una “esperanza legítima” de protección y de respeto de su vida privada. De esta forma, el TEDH ya consideró, en un asunto sobre la interceptación de comunicaciones telefónicas provenientes de locales profesionales, que la demandante “podía legítimamente creer en el carácter privado de dicho tipo de llamadas” (STEDH caso Halford contra Reino Unido, de 25 junio 1997, demanda número 20605/92, apartado 45).

En el caso de fotografías, la Comisión, para determinar el alcance de la protección que otorga el artículo 8 contra una injerencia arbitraria de las autoridades públicas, examinó si eran referentes a un ámbito privado o a incidentes públicos, y si los elementos así obtenidos estaban destinados a un uso limitado o podían ser accesibles al público en general. Así, en el presente caso, no hay duda de que la publicación por distintas revistas alemanas de fotografías, que muestran a la demandante sola o con otras personas en su vida cotidiana concernía a su vida privada.

El Tribunal señala que la demandante, como miembro de la familia principesca de Mónaco, desempeña un papel de representación en ciertas manifestaciones culturales o benéficas. Sin embargo, no ejerce ninguna función en el seno o por cuenta del Estado monegasco o de una de sus instituciones.

Ahora bien, el Tribunal considera que conviene efectuar una distinción fundamental entre un reportaje que relata unos hechos, incluso controvertidos, que pueden contribuir a un debate en una sociedad democrática, referentes a personalidades políticas, en el ejercicio de sus funciones oficiales, por ejemplo, y un reportaje sobre los detalles de la vida privada de una persona que, además, como en este caso, no desempeña dichas funciones.

Si en el primer caso la prensa juega su rol esencial de “perro guardián” en una democracia, contribuyendo a “comunicar ideas e informaciones sobre cuestiones de interés público”, no sucede lo mismo en el segundo.

De este modo, aunque existe un derecho del público a ser informado, derecho esencial en una sociedad democrática que, en circunstancias concretas, puede incluso referirse a aspectos de la vida privada de personas públicas, concretamente cuando se trata de personalidades de la política, este no es el caso que nos ocupa, se situaría fuera de la esfera de cualquier debate político o público, ya que las fotos publicadas y los comentarios que las acompañaban hacían referencia exclusivamente a detalles de la vida privada de la demandante.

Ahora bien, el Tribunal recuerda la importancia fundamental de la protección de la vida privada para el desarrollo de la personalidad de cada uno, protección que va más allá del círculo familiar íntimo y comporta igualmente una dimensión social. Considera que toda persona, incluso conocida del gran público, debe poder gozar de una “esperanza legítima” de protección y de respeto de su vida privada.

Además, se impone una mayor vigilancia en cuanto a la protección de la vida privada frente a los progresos técnicos de grabación y reproducción de datos personales de un individuo.

Así, el TEDH considera que el elemento determinante, a la hora de establecer un equilibrio entre la protección de la vida privada y la libertad de expresión, debe residir en la contribución que las fotografías y los artículos publicados hacen al debate de interés general. Ahora bien, procede constatar que en este caso no existe tal contribución, ya que la demandante no desempeña funciones oficiales y las fotos y artículos en litigio hacían referencia exclusivamente a detalles de su vida privada.

3. Conclusiones.

En resumen de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha optado por entender el derecho a la vida privada y familiar de las personas como un amplio derecho, no cerrado al círculo íntimo del individuo, que incluye aspectos como el derecho a la identidad y al desarrollo personal, así como el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el exterior. Lo que en esencia lo configura como un derecho a defenderse de las intromisiones en la vida privada. Concebido como un derecho de defensa y de respeto, cuyo objeto es esencialmente proteger al individuo frente a las injerencias arbitrarias de los poderes públicos o de terceros en la vida privada y familiar.

El TEDH constata también la necesidad de que el respeto a este derecho exige la presencia de determinados procedimientos y garantías. Además es posible deducir que el TEDH distingue entre intimidad y vida privada, o que al menos según opina **Ruiz Miguel**, diferencie diversos grados de intimidad dentro de la vida privada. Además, el TEDH reconoce que la noción de vida privada es amplia y no tiene definición exhaustiva, por lo que en muchos casos debe tenerse en cuenta el caso concreto para determinar si existe o no injerencia en la vida privada de las personas.

La protección de la vida privada frente grabaciones por medios tecnológicos es una cuestión también tratada por el TEDH, debido a que desde hace unos años la tecnología ha evolucionado de una manera exponencial, suponiendo en muchos casos una injerencia en la privacidad de las personas. Tal es el caso de la grabación de los datos de la vida privada y la naturaleza sistemática o permanente de dicha grabación, su posterior análisis o grabaciones puestas a disposición del público en general, sin guardar el anonimato de las personas, pudiendo ser fácilmente reconocidas.

Respecto al ámbito de la salud, el TEDH reconoce que la información de la salud es un elemento importante de la vida privada de las personas que hay que proteger, al igual que la información de la que provienen los perfiles de ADN y muestras celulares que pueden llegar a descubrir relaciones entre personas, o informaciones de tipo étnico, identificación sexual, nombre, orientación sexual y vida sexual, que pertenecen a la esfera personal, y que tratadas podrían atentar contra la vida privada del propio individuo y de su familia.

Aunque reconoce que el interés de las personas afectadas y del conjunto de

la comunidad de que se protejan los datos de carácter personal y, concretamente, los relativos a las huellas dactilares y genéticas, puede desaparecer ante el interés legítimo que constituye la prevención del delito (artículo 8.2 CEDH).

Santolaya Machetti declara que el TEDH se ha enfrentado al problema de la difusión de datos médicos personales, estableciendo, por ejemplo, que la divulgación de la condición de enfermo de SIDA en una sentencia penal vulnera el artículo 8 CEDH, o que no se pueden utilizar informes médicos confidenciales en un proceso de divorcio.

Por este motivo, el TEDH reconoce la importancia de la privacidad en el ámbito sanitario, por esto considero que su jurisprudencia abre el camino para que se reconozca a nivel europeo la protección de la privacidad en el ámbito de la salud. Y creo que es muy importante que los poderes públicos protejan de modo muy especial estos datos de salud de las personas, y que se compilen de modo anónimo, para que no se viole la privacidad de las personas cuando dichos datos sean tratados o divulgados al público, por ejemplo, en el caso de investigaciones científicas.

En este sentido, el TEDH ha declarado que la conservación de datos no atenta la privacidad, pero debe comprobarse el contexto en el que se recogen, cómo se utilizan y tratan, para ver que no se lesiona el derecho a la vida privada del titular de dichos datos.

Por último, respecto a la protección de la privacidad personal y familiar frente a los medios de comunicación y su derecho a informar, el TEDH determinó que la noción de vida privada comprende elementos que hacen referencia a la identidad de una persona, tales como el nombre, su derecho a la imagen, pero también la integridad física y moral de una persona. Así el TEDH determina que la garantía que ofrece el artículo 8 del CEDH está destinada principalmente a asegurar el desarrollo, sin injerencias externas, de la personalidad de cada individuo en la relación con sus semejantes, incluso en un contexto público. Señalado igualmente que, en ciertas circunstancias, una persona dispone de una “esperanza legítima” de protección y de respeto de su vida privada.

4. Referencias bibliográficas.

DE MIGUEL SÁNCHEZ, N. (2006). “El derecho a la protección de datos personales en el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa”, en

Revista de administración pública, nº 169, enero-abril, pp. 316 y 317.

MANTECA VALDELANDE, V. (2009). “La Sentencia 159/2009, de 29 de junio de 2009, (RTC 2009, 159) del Tribunal Constitucional, que estima el recurso de amparo por vulneración del derecho a la intimidad”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 787, p. 6.

PRATS MORALES, F. (2001). *Internet: riesgos para la intimidad*, Madrid: Cuadernos de derecho judicial-Consejo General del Poder Judicial.

RUIZ MIGUEL, C. (1994). *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid: Cuadernos Civitas.

SANTOLAYA MACHETTI, P. (2009). “Derecho a la vida privada y familiar”. En Varios autores, *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (p. 547). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Resumen

En este trabajo de investigación se ha pretendido hacer un breve estudio constitucional del derecho a la vida privada de las personas a nivel europeo, derivado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Para ello, se han estudiado casos relevantes en materia de privacidad, seguridad y protección de datos personales, especialmente en temas relacionados con la salud.

Palabras clave

Vida privada, privacidad, seguridad, intimidad y protección datos.

Abstract

In this work of investigation has tried to make a brief constitutional study of the right to privacy of people at European level, derived from the European Court of Human Rights and the article 8 of European Convention on Human Rights. To do this, relevant cases have been studied with regard to privacy, security and data protection, especially on issues related to health.

Key Words

Privacy, security and data protection.

II. ARTÍCULOS Y NOTAS

SUMARIO

- **Néstor Pedro Sagüés**, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. A propósito de la «constitución convencionalizada»”.
- **José Miguel Cabrales Lucio**, “Algunas notas sobre la construcción doctrinal y jurisprudencial de la presunción de constitucionalidad de la ley en Estados Unidos de América”.
- **Milton Emilio Castellanos Gout**, “Acerca del concepto, origen y desafíos de la forma federal de Estado -comentarios sobre la actualidad del debate en España-”.
- **Xavier Garaicoa Ortiz**, “Para una concepción de justicia y legitimidad en el Estado constitucional”.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL
DE CONVENCIONALIDAD. A PROPÓSITO DE LA
“CONSTITUCIÓN CONVENCIONALIZADA” *

Néstor Pedro Sagüés

*Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.
Catedrático en las Universidades de Buenos Aires y Católica Argentina.
Presidente del Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional.*

SUMARIO

1. *Introducción.*
2. *El control de constitucionalidad.*
3. *El control de convencionalidad.*
4. *Conexiones entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad.
Reflexiones en torno de la constitución nacional “convencionalizada”.*
5. *Conclusiones.*

* El presente trabajo se inserta en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

1. Introducción.

El propósito de esta nota es determinar las conexiones entre el “control de constitucionalidad” y el “control de convencionalidad” auspiciado (y exigido) este último por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro del marco regional derivado de la convención americana sobre derechos humanos (1969), también llamada Pacto de San José de Costa Rica¹.

Frente a la postura más corriente, que distingue ambas revisiones y las conecta sucesivamente, comenzando con el control de constitucionalidad y prosiguiendo con el de convencionalidad (lo que llamaremos la “tesis de los dos eslabones consecutivos”), el presente artículo intentará sostener la tesis de la simbiosis entre los dos controles, en torno a la noción de la *constitución convencionalizada*. Naturalmente, esta propuesta es necesariamente polémica.

2. El control de constitucionalidad.

Por supuesto, el control judicial de constitucionalidad está mucho más desarrollado que el control de convencionalidad: tiene cierta respetable antigüedad, cuenta con un buen desarrollo doctrinario, constitucional y legislativo, muchas veces formal, pero otras provenientes del derecho consuetudinario constitucional y procesal constitucional.

Desde luego, el control de constitucionalidad se propone tutelar la supremacía de la constitución por sobre el derecho subconstitucional (leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, sentencias incluso). Asume dos papeles principales:

- a) Un *rol saneador, o exclutorio*, preventivo o reparador según los diferentes sistemas², tendiente, con variables muy significativamente distintas en función del derecho constitucional al que hagamos referencia, a *inaprobar, inaplicar o abolir* al proyecto de norma o a la norma subconstitucional

1 Sobre el control de convencionalidad, nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de in ius commune interamericano*, en Von Bogdandi Armin, Ferrer Mac-Gregor Eduardo y Morales Antoniazzi Mariela (Coordinadores), *La Justicia Constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México 2010, UNAM – Max Planck Institut, t. II pág. 449 y sigs.

2 Nos remitimos también a Sagüés Néstor Pedro, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México 2004, ed. Porrúa, pág. 27 y sigs.; *Teoría de la Constitución*, primera reimpresión, Buenos Aires 2004, Astrea, pág. 442 y sigs.

violatoria de la constitución. Este trabajo se consume por todos los jueces (en los regímenes *difusos* o desconcentrados) o solamente por algunos (en los dispositivos de *control especializado*, o concentrado, generalmente a través de cortes y salas constitucionales, pero también, llegado el caso, por una corte suprema).

- b) Un *rol constructivo*, o *positivo*, con diversos niveles, igualmente según sea el derecho constitucional del país concreto al que hagamos referencia, pero que en todo caso procura un “reciclaje” del derecho subconstitucional, para tornarlo compatible con la constitución: (i) mediante, v. gr., la doctrina de la “interpretación conforme” de dicho derecho infraconstitucional, “*de acuerdo*” o “*de conformidad*” con la constitución (ello obliga, cuando se analiza al derecho subconstitucional, a descartar las interpretaciones posibles de una regla, opuestas a la constitución; y a preferir, y manejarse, exclusivamente, con las interpretaciones posibles compatibles con la constitución³ ; (ii) a realizar esfuerzos interpretativos del derecho subconstitucional (algunos los llaman *sobreinterpretaciones*), para tornarlo compatible con la constitución. Tal idea de “rescate” anima a las “sentencias moduladoras” o “atípicas” (también llamadas “manipulativas”), merced a las cuales el operador judicial *agrega* (sentencia aditiva), *quita* (sentencia sustractiva) o *quita y agrega* algo (sentencia sustitutiva) al contenido del texto subconstitucional (repetimos: ley, decreto, reglamento, etc.), para adaptarlo con la constitución; (iii) a repensar, o si se prefiere, recrear, el entendimiento de las normas subconstitucionales, *desde la constitución*. Ello implica que un precepto del código civil, por ejemplo, no puede entenderse o hacerse funcionar exclusivamente desde una perspectiva (en el caso) “civilista”, sino que se lo debe aplicar con un ritmo *constitucional-civilista*. Lo dicho empalma con la noción de la “constitución invasora”, o la constitución “que está en todas partes”.⁴

La dimensión “constructiva” del control de constitucionalidad acarrea una consecuencia importante: en rigor de verdad, en este trabajo, *todos los jueces son jueces constitucionales*. Conviene aclarar esta afirmación: ningún

3 Respecto de la “interpretación conforme” de l ley con la constitución y la producción, algunas veces nomogenética en tal quehacer, de los tribunales constitucionales, cfr. Díaz Revorio F. Javier, *La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lima 2003, Palestra, pág. 31 y sits.

4 Sobre la “constitución invasora”, ver Comanducci Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo. Un análisis metateórico”, en Carbonell Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Ed. Trotta, Madrid 2005, pág. 83. Respecto de las sentencias atípicas, derivamos a Sagüés Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, Buenos Aires 2006, ed. Ad-Hoc, pág. 73 y sigts.

juez podría darse el lujo de hacer funcionar una norma subconstitucional, prescindiendo del *enfoque constitucionalista* de esa misma norma. Es decir, que le toca, inevitablemente, interpretarla, adaptarla, conformarla, armonizarla, rescatarla, reciclarla y aplicarla, según la Constitución. Claro está que si advierte -a través de dicho “enfoque constitucionalista”- que tal tarea es impracticable, porque la norma subconstitucional colisiona inexorablemente con la constitución, deberá inaplicarla o abolirla, si está habilitado para ello, o derivarla al tribunal autorizado para así hacerlo.

La dimensión “constructiva” del control de constitucionalidad ha cobrado un auge singular con motivo de la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión, no siempre aceptada por todos los países aunque con cada vez mayor difusión, conforme con la cual el juez (i) *auspicia* o *promueve* la sanción de normas que deben dictar, según la constitución, los otros órganos del Estado (caso de la mora o inercia legislativa, v. gr.), y (ii) ocasionalmente, puede él mismo dictar de modo transitorio a dichas reglas, si los órganos intimados a hacerlo incumplen tal requerimiento. Un Tribunal Constitucional, de tal modo, puede actuar como *legislador suplente y precario*, aprobando normas bajo condición resolutoria (rigen hasta que el órgano pertinente, según la constitución, cumpla con su deber y las sancione). En cualquiera de estos supuestos, son evidentes los *roles nomogenéticos* que asume el viejo control de constitucionalidad, superando los cauces tradicionales diseñados, por ejemplo, en Estados Unidos por *Marbury vs. Madison*, o incluso por Hans Kelsen al diseñar los tribunales constitucionales al estilo europeo⁵.

Agreguemos, finalmente, que con la doctrina de las “sentencias exhortativas”, el juez constitucional apura sus funciones nomogenéticas, invitando (o intimando) al legislador, o en su caso, al Poder Ejecutivo (alguna vez, por cierto raramente, al poder constituyente), a sancionar ciertas normas, habitualmente subconstitucionales, con un contenido compatible con la constitución, o con principios constitucionales⁶. Es un trabajo de purificación constitucional del derecho vigente, a fin de corregir ciertas reglas subconstitucionales en trance de colisionar con la constitución, o ante el

5 Ver Sagüés Néstor Pedro, “La Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario”, en Bazán Víctor (Coordinador), *Derecho Procesal Constitucional americano y europeo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, t. I pág. 573 y sigts.

6 Sobre las sentencias exhortativas, y en particular dirigidas al poder constituyente (caso del Perú), nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, ob. cit., pág. 77 y sigts.

vacío por la declaración de inconstitucionalidad de leyes inconstitucionales. También, llegado el caso, para atender algunas situaciones de inconstitucionalidad por omisión; y en otros, como anticipamos, pero raramente, para revisar el texto de la constitución.

3. El control de convencionalidad.

Tiene por meta afianzar la supremacía de las convenciones y tratados de derechos humanos. Expresa o implícitamente, parte del presupuesto de que ellos tienen una categoría superior a las normas internas, incluso constitucionales, siempre, desde luego, que sean más favorables para la persona.

Hasta el año 2006, en el ámbito interamericano, lo practicaba la Corte Interamericana de Derechos Humanos por sí misma, incluso sobre reglas constitucionales (el caso paradigmático es *La última tentación de Cristo*, donde aquel Tribunal, no obstante la presencia de reglas de la Constitución de Chile que autorizaban la censura televisiva, entendió que ellas violaban el Pacto de San José de Costa Rica, en materia de libertad de expresión, levantó una censura y requirió de ese país la modificación de su constitución.

A partir del caso *Almonacid Arellano*, en 2006, pronto reforzado por *Trabajadores Cesados del Congreso*, del mismo año, la Corte Interamericana modificó su tesis clásica y requirió que los jueces nacionales también realizaran, por sí mismos, control de convencionalidad. Estos jueces se convirtieron, de tal modo, y de manera nítida, en jueces del sistema interamericano de derechos humanos. En 2009, en *Radilla Pacheco*, amplió el radio de acción del instituto, incorporando su dimensión “constructiva”. En una docena de casos, lo ha reafirmado explícitamente. La Corte actuó *per se*, sin requerir la voluntad de los estados parte del Pacto de San José de Costa Rica, decisión que ha despertado profundas críticas⁷.

La Corte fundamentó su aptitud jurídica para exigir tal control de convencionalidad a los jueces domésticos, en los principios internacionalistas del *pacta sunt servanda*, de la *bona fide* y del “efecto útil” de los tratados (este último, prescripto por el art. 2º del Pacto de San José de Costa Rica, que tiende a dar

⁷ Ver por ejemplo Fuentes Torrijo, Ximena, *El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja*, http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/ximena Fuentes.spanish_pdf 23/09/2010.

eficacia a los compromisos internacionales contraídos). La argumentación es laboriosa, pero no supera lo siguiente: el Pacto de San José (art. 68), no obliga a los estados a cumplir sentencias en los que no han sido partes, disposición que tiene su lógica, porque solamente en las actuaciones donde fueron parte pudieron ser oídos.

En verdad, el control de convencionalidad, cuando no está previsto en un tratado, se justifica en razones supranormativas, destinadas (en nuestro caso) a afianzar la autoridad de la Corte Interamericana y del Pacto de San José, al par que, en definitiva, del sistema interamericano de derechos humanos, todo ello cimentado en una interpretación mutativa por adición sobre el mismo Pacto, practicada por la Corte Interamericana, cuyo éxito dependerá de si tal control se afianza o no en la experiencia jurídica, del mérito intrínseco de las sentencias que emita la Corte (si son razonables, adecuadas y útiles, provocarán ejemplaridad), y de la voluntad de seguimiento de las cortes supremas, tribunales y salas constitucionales de los estados. El día en que el derecho consuetudinario procesal constitucional y procesal transnacional asimilen al control de convencionalidad, éste habrá logrado una inserción jurídica plena, como en el caso de tantas otras operaciones mutativas aditivas (piénsese, v. gr., en el sistema judicial estadounidense de control de constitucionalidad, y de los efectos expansivos de las sentencias de su Corte Suprema mediante la doctrina del *stare decisis*, o del valor del precedente, que no figuran en su constitución)⁸.

Veamos, en concreto, los papeles del control de convencionalidad, que guardan paralelismos con el control de constitucionalidad.

a) *Rol exclutorio*. En este ámbito, la Corte Interamericana exige que los jueces nacionales inapliquen, por inconvenientes, es decir, que reputen como carentes de efectos jurídicos, a las leyes y *normas internas* (con lo que caen también bajo este control, las cláusulas constitucionales), opuestas al Pacto de San José de Costa Rica, o Convención Americana sobre los derechos del hombre, y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tal quehacer debe realizarse a pedido de parte o de oficio (*Trabajadores cesados del Congreso*). La doctrina discute si esta tarea de exclusión de normas nacionales inconvenientes la deben realizar todos los

⁸ Sobre la creación del sistema norteamericano de la *judicial review* y los efectos expansivos de las sentencias de la Corte Suprema, ver Sagüés María Sofía, “Perfil actual de la Corte Suprema estadounidense como tribunal constitucional en la tutela de los derechos humanos”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, ed. Porrúa, México 2004, n° 1 pág. 200 y sigts.

jueces, o solamente quienes están habilitados para efectivizar el control de constitucionalidad.

b) *Rol constructivo, o positivo.* El control de convencionalidad demanda aquí que los jueces nacionales apliquen el derecho local (incluido el constitucional), en consonancia o de conformidad con el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la misma Corte. De hecho, tal función (que llamamos “constructiva”) del control de convencionalidad, es similar al papel, igualmente constructivo, que deben realizar los jueces en materia de control de constitucionalidad. Por lo demás, esta tarea está a cargo de todos los jueces, aunque algunos no estén autorizados a realizar por sí mismos control exclutorio de constitucionalidad, puesto que no pueden hacer funcionar al derecho doméstico ignorando al Pacto de San José de Costa Rica y a la referida jurisprudencia de la Corte.

4. Conexiones entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. Reflexiones en torno de la constitución nacional “convencionalizada”.

En cuanto se vinculen ambos controles, surgen consecuencias de importancia:

a) *Sobre las potencias interpretativas del juez local.* Si se compaginan ambos institutos, lo primero que puede advertirse es que el juez nacional que practica control de constitucionalidad, tiene en alguna medida (que en ciertas hipótesis es muy significativa) *recortada su aptitud interpretativa* por las pautas fijadas por el Pacto de San José de Costa Rica, y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En efecto, cuando el Pacto o la jurisprudencia mencionada se expiden en algún tema, construyen una suerte de *jus commune* latinoamericano, y el juez local no podrá hacer funcionar el derecho doméstico de modo libre: tendrá que hacerlo respetando ambas directrices. Por ello, deberá excluir la aplicación de determinadas normas nacionales (constitucionales y subconstitucionales) opuestas a tales parámetros, y adaptar la interpretación de las restantes a lo que diga el Pacto de San José de Costa Rica o la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Desde otra perspectiva, sin embargo, el juez local tiene sugestivas ampliaciones en sus potencias interpretativas, cuando no media jurisprudencia de la Corte Interamericana. En tal supuesto, al poner en marcha el derecho doméstico, debe aclimatarlo al Pacto de San José de Costa Rica, con lo que puede realizar por sí mismo provechosas modulaciones, muchas veces

innovativas, de aquel derecho, a las reglas del Pacto⁹.

b) *El acoplamiento del control de constitucionalidad con el de convencionalidad.* En este punto parece regir la doctrina que llamamos “de las dos etapas”, o “de los dos eslabones consecutivos”. El primer segmento sería el del control de constitucionalidad. El segundo, el de convencionalidad. Una norma nacional, para poder aplicarse, debería superar, consecutivamente, los dos tests. Algunas frases de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo en *Trabajadores cesados del Congreso*, avalarían esta tesis: “...*En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad... evidentemente dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes*”.

Si bien hemos adherido anteriormente a tal postura, un reexamen del asunto parece aconsejar, con preferencia, otra visión. En efecto: si el juez local debe realizar una interpretación de su constitución “conforme” al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el control de constitucionalidad, que también debe practicar, tiene que partir de una Constitución *convencionalizada*, vale decir, (i) de una Constitución nacional *depurada* de sus elementos inconvenionales, y (ii) además, *conformada* o *reciclada* según el Pacto mencionado y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Dicho de otra manera, el “control de convencionalidad” de una Constitución, debe conceptualmente preceder al “control de constitucionalidad” de leyes, decretos, reglamentos, etc., que el mismo juez tiene que hacer, a partir de tal constitución *convencionalizada*.

Es interesante apuntar que la constitución nacional “convencionalizada” puede ser –en algún aspecto– más reducida que la constitución nacional a secas, cuando ciertos trozos de ella colisionan con el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y por ende, cabe inaplicarlos (recuérdese el caso de la censura televisiva, en Chile). Pero también puede ser más extensa, si al texto original hay que agregarle, por ejemplo y por vía de interpretación mutativa por adición, conceptos básicos vertidos por la Corte Interamericana que complementan los derechos enunciados en la Constitución, o que despliegan sus cláusulas de un modo determinado.

9 Cfr. Sudre, Frédéric, “A propos du dialogue des juges et du controle de conventionnalité”, en Autores Varios, *Études en honneur de Jean-Claude Gauthron. Les dynamiques du droit européen en début du siècle*, Paris, ed. Pedone, 2004, pág. 209 y sigts.

c) *En cuanto los sujetos que realizan los controles de constitucionalidad y convencionalidad.* Sabido es que los entes habilitados para ejercitar el control judicial de constitucionalidad (en su rol exclutorio de normas inconstitucionales) es variado, y que actualmente los modelos más comunes giran entre el “difuso” (al estilo norteamericano”), el “concentrado” (sea en cortes o salas constitucionales especializadas), y el “dual” (que algunos prefieren llamar mixto o híbrido), donde los jueces ordinarios y los especializados comparten tareas. Respecto del control “constructivo”, según explicamos, entendemos que todos los jueces están comprometidos en tal función.

Pues bien: en materia de control de convencionalidad, la jurisprudencia de la Corte Interamericana encomendó el mismo, inicialmente, a los *jueces* (hemos anticipado que no queda claro si a todos ellos, o solamente a los que ejercen control de constitucionalidad: véase *supra*, 2). Pero más tarde amplió tal listado mencionando, por ejemplo en el caso *Gelman*, del 24 febrero de 2011, a cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial (considerando 240), o a “los jueces y los órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, (que) deben ejercer de oficio un control de convencionalidad, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes” (considerando 193).

Ello lleva a preguntarse si en un país determinado, como Argentina, que reserva el control de constitucionalidad a los jueces, y se lo impide al Poder Ejecutivo¹⁰, podría –o debería– un ministro, o el Procurador General o el Defensor del Pueblo, declarar inconvencionales a ciertas normas que sin embargo, no puede declarar inconstitucionales, y todo ello con un efecto parecido al de la declaración de inconstitucionalidad (no aplicarlas).

El punto no está suficientemente aclarado por la Corte Interamericana: por su importancia, merece una pronta y rotunda aclaración. El control de convencionalidad, que tiene aristas muy positivas y útiles, ha sido creado por dicha Corte, y pesa sobre ella el deber de explicitar con absoluta nitidez esta cuestión, sin emplear fórmulas lingüísticas sibilinas u otras que, aunque por cierto jurídicamente ingeniosas, parecen alguna vez más propias de un oráculo délfico que de un tribunal.

10 Ver Sagüés Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, 4ª.ed., Buenos Aires, 2002, ed. Astrea, t. 1 pág. 233.

5. Conclusiones.

Los operadores jurídicos nacionales deben tratar con cuidado las relaciones entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. No se trata de teorías, sino de instrumentos vivos y además, exigidos en un caso por las normas constitucionales internas, y en el otro por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El tema, paralelamente, tampoco es asunto de “derecho comparado”, sino de derecho en el que se involucra el propio Estado, cuando se ha insertado en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica y mientras permanezca en él.

En concreto, lo que aquí se postula es que el control de constitucionalidad no puede realizarse con independencia del control de convencionalidad, sino que debe partir de una constitución “convencionalizada”, vale decir, de una constitución acorde con el Pacto de San José y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que implica: (i) una constitución *depurada* de ingredientes anticonvencionales; (ii) una constitución *conformada y completada* con ingredientes convencionales decisivos para el núcleo esencial de los derechos enunciados en ella. En otras palabras, la *constitución convencionalizada* es una constitución opuesta a la *constitución autista* que algunos nostálgicos, o desinformados, todavía usan.

Dejamos para otro momento un tema de honda gravitación, como es la eventual elaboración, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de pautas o líneas jurisprudenciales que pueden colisionar, paradójicamente, con principios básicos que hagan al núcleo esencial de los derechos humanos fundamentales, y que aún así, a tenor de la doctrina del control de convencionalidad, deberían aplicar los jueces nacionales. Que ello sea infrecuente no desluce la importancia del asunto, que se encuentra latente, además, con cualquier tribunal supranacional de derechos humanos¹¹.

11 Uno de los puntos más preocupantes es la posibilidad de reabrir procesos judiciales finiquitados con una absolución, por ejemplo, ante la aparición de nuevas pruebas incriminatorias, violando la tesis del *non bis in idem*. Ver sobre el tema y otros aspectos del problema, Malarino Ezequiel, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ambos Kai, Malarino Ezequiel, Elsner Gisela (Editores), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Universidad Jorge-Augusto de Göttingen y Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2010, pág. 25 y sigts.

ALGUNAS NOTAS SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL Y
JURISPRUDENCIAL DE LA PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD
DE LA LEY EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.

José Miguel Cabrales Lucio

Profesor de grado (Derechos Humanos) y posgrado (Derecho procesal constitucional)

Coordinador de Investigación

Universidad Autónoma de Tamaulipas, México

SUMARIO

1. *Introducción y observaciones preliminares.*
2. *Antecedentes y primeras apariciones de la presunción de constitucionalidad de la ley en el control judicial.*
 - 2.1. *A nivel teórico y convencional.*
 - 2.2. *A nivel jurisprudencial original.*
3. *Aspectos teóricos fundamentales sobre la presunción de constitucionalidad de la ley en la doctrina de James Bradley Thayer.*
4. *Desarrollo y transformaciones de la presunción de constitucionalidad de la ley.*
 - 4.1. *La doctrina de la preferred position de algunos derechos fundamentales.*
 - 4.2. *Rigidez del canon de interpretación y modulación de la presunción de constitucionalidad en materia de igualdad. Minorías y «categorías sospechosas» en el control de constitucionalidad de la ley.*
 - 4.3. *Reivindicación de la presunción de constitucionalidad de la ley.*
5. *Algunas reflexiones finales.*
6. *Bibliografía utilizada.*

1. Introducción y observaciones preliminares

El principio de presunción de constitucionalidad de la ley, supone que cuando exista un posible choque entre una norma con rango de ley y su respectiva interpretación y un precepto constitucional con su respectiva interpretación, la contradicción debe ser clara, inequívoca y manifiesta para declarar la inconstitucionalidad de la ley cuestionada. Con estos parámetros la presunción de constitucionalidad se puede encuadrar entre uno de los más importantes aspectos que sirven de apoyo a los argumentos esgrimidos a favor de la legitimidad del control constitucional de la ley¹. Este principio ha tenido su origen en los Estados Unidos de América (EUA), debido a la necesidad de encontrar fundamentos que justifiquen o al menos que disminuyan las críticas al control de la ley por parte jueces de los cuales se duda su legitimidad democrática.

Así, el principio de presunción de constitucionalidad de la ley cumple una función fundamental y ha constituido un elemento nuclear de la justicia constitucional en el escenario de la *judicial review* en EUA y en todos aquellos países donde se desarrolle el control constitucional de la ley. Por tanto, el conocimiento de su origen y sus antecedentes, tanto doctrinales como jurisprudenciales, así como su desarrollo y transformación es fundamental para poder estar en condiciones de emitir un criterio sobre la legitimidad final del control constitucional de la ley.

La finalidad de este trabajo es hacer un recorrido histórico descriptivo por el origen, desarrollo y transformaciones de la presunción de constitucionalidad de la ley en los EUA. Asimismo se plantea poner en contexto y en un solo documento aspectos que han sido desarrollados de manea independiente para tener un marco de referencia en cada momento que se pretenda seguir investigando o proponiendo nuevos entendimientos de la presunción de constitucionalidad, no solo en EUA sino en otros contextos constitucionales.

Iniciaremos este trabajo con una breve exposición de algunas expresiones que dan cuenta de la forma de concebir la presunción a favor de la ley. Analizaremos las primeras apariciones de la presunción en el control judicial tanto desde la perspectiva teórica como jurisprudencial. Se expondrán algunas reflexiones sobre el desarrollo y transformación de esta presunción, para intentar ofrecer algunas pautas que ayuden al entendimiento de la siempre latente problemática sobre los

¹ Sobre la legitimidad democrática del control constitucional de la ley puede verse un resumen bastante claro en FERRERES COMELLA. Víctor. *El control judicial de la constitucionalidad de la ley*. México D.F: Fontamara, 2008, 127 p, especialmente pp. 41-77.

alcances del control constitucional en aquellos países que han observado y que siguen observado con detenimiento este tema en los EUA.

2. Antecedentes y primeras apariciones de la presunción de constitucionalidad de la ley en el control judicial

2.1 A nivel teórico y político

Podemos iniciar el recorrido histórico y doctrinal de las ideas sobre la presunción de constitucionalidad de las leyes desde los famosos papeles del *Federalista*. En concreto en el numero 78, Alexander Hamilton escribía por ejemplo, que los tribunales solo podían declarar una ley contraria a la Constitución si existía una «irreconciliable contradicción»², ya que de lo contrario la ley deberá permanecer en el ordenamiento jurídico y ser aplicada como todas las demás. Es muy importante la referencia a los argumentos de Hamilton sobre la concepción de la ley y del poder judicial para controlarla, pues como se sabe, constituyeron ideas fundamentales para la ratificación final de la primera Constitución escrita del constitucionalismo moderno.

Hamilton se encargaba de defender el control de los jueces sin por ello suponer una superioridad de estos sobre ninguna otra rama del Poder. En los papales del *Federalista* se destaca la mayoría de las veces la férrea defensa del poder judicial como el menos problemático y peligroso de los tres (Legislativo y Ejecutivo). Sin embargo, se pasa por alto que con solo dos palabras ya transcritas en el párrafo anterior, se establece intrínsecamente que el poder judicial aun teniendo la facultad de controlar la ley constitucionalmente, no tiene toda la potestad para hacerlo según le plazca. Continúa Hamilton explicando que dadas las amplias facultades del poder judicial para interpretar la ley es prácticamente un deber de los jueces en la medida de lo posible («so far as they can») lograr una amigable “interpretación/construcción” de la ley que la haga «reconciliable» con la Constitución.³

En el momento mismo de la elaboración de la Constitución de EUA podemos encontrar ya afirmaciones, ciertamente de naturaleza política, que soportan un carácter fuerte de la presunción a favor de la ley. En efecto, en la convención de

2 En la versión original se puede leer: «irreconcilable variance». Obtenido de la versión electrónica que proporciona la biblioteca del Congreso de EUA. Disponible en línea: http://thomas.loc.gov/home/histdox/fed_78.html. Consultado 10 de octubre de 2012

3 *Ídem*.

Filadelfia de 1787, el delegado por el Estado de Pensilvania JAMES WILSON llegó a afirmar que: «Las leyes pueden ser injustas, poco prudentes, peligrosas, destructivas y aun así pueden no ser inconstitucionales»⁴. Se discutía en concreto, la labor de los jueces a los que se les reconocía indudablemente la facultad de proteger los derechos constitucionales, sin embargo ello no era una autorización para realizar declaraciones de inconstitucionalidad sin la debida prudencia que exige la consideración del carácter democrático y en ese entonces, cuasi sagrado de la ley. El delegado por el Estado de Virginia George Mason también se mostró escéptico con la función de los jueces y afirmó que aunque ellos podían declarar una ley inconstitucional, ello solo podía acontecer si esta fuese «...injusta opresiva o pernicioso».⁵ Con estas afirmaciones se puede observar que, aunque se reconocía cierta confianza al poder judicial, estaba muy presente la prudencia y el respeto que debía guardarse a la ley aprobada por procedimientos democráticos en la recién independizada nación americana.

2.2 A nivel jurisprudencial original

Es importante mencionar que el principio de presunción de constitucionalidad en su vertiente instrumental en EUA no es privativo de la Corte Suprema, como tampoco lo es el control judicial. El principio en comento, es por el propio carácter de este control: difuso, un principio que se desarrolla, aunque con algunas características particulares, tanto por el alto tribunal como por todos y cada uno de los jueces que ejercen el control de la ley. Sin embargo, aquí nos enfocaremos al desarrollo de la presunción de constitucionalidad por la Suprema Corte, fundamentalmente por considerar el mayor impacto y vinculación de sus decisiones en la organización judicial inferior.

La experiencia jurisprudencial de la presunción de constitucionalidad de la ley se inicia en el caso *Calder v. Bull*, de 1798 en la que, después de recordar los límites de los Congresos locales y del Federal, se puede leer: «Existen ciertos

4 Traducción propia del texto original: «*Laws may be unjust, may be unwise, may be dangerous, may be destructive; and yet may not be so unconstitutional*» en HALL, Kermit; HALL, Mark David (eds.). *Collected Works of James Wilson*, vol 1. Indianapolis: Liberty Fund Press, 2007, p. 121. Sobre la influencia de Wilson ver también HALL, Mark David. «Justice, Law, and the Creation of the American Republic: The Forgotten Legacy of James Wilson». En *First Principles Series Report. The Heritage Foundation*. núm. 26, 2009, pp. 1-14.

5 FERRAND, Max (ed.). *The Records of the Federal Conventions of 1787*. Volumen 2. New Haven: Yale University Press, 1911, p. 78. Disponible en Línea: http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=1786&Itemid=99999999. Consultado 10 de octubre de 2012.

principios vitales en nuestro Gobierno republicano los cuales van a determinar y a anular un *aparente y flagrante* abuso del poder Legislativo»⁶. De esta cita, lo que nos interesa es en primer lugar la afirmación de que un exceso en el ejercicio del poder Legislativo (en concreto en la elaboración de las leyes) sea desde el principio solo aparente, y que en caso de tener que llegar a la conclusión de que es contrario a los principios fundamentales del tipo de Gobierno que tiene EUA, entonces tendrá que ser *flagrante*. Estas primeras afirmaciones de la Corte Suprema no se hicieron en el preciso contexto de la *judicial review*, pero marcan un precedente sobre la concepción de la ley y de su posición en el entendimiento judicial a la hora de controlarla. Mas adelante en el mismo asunto, en concreto en la opinión del juez Chase se puede encontrar una expresión de auto restricción propia de la presunción de constitucionalidad que subyace a la deferencia mostrada al legislador al controlar la ley. El juez afirmaba que aunque tuviera la necesidad de interpretar la ley y de pronunciarse sobre su validez, dada la falta de claridad de las palabras contenidas en dicha ley, no ejercerá su facultad de control declarando la incompatibilidad «but in a very clear case»⁷.

Por ultimo en este mismo asunto el juez Chase continua reafirmando la necesidad de no tomar a la ligera la presunción de constitucionalidad de ley en los siguientes términos:

«If any act of Congress, or of the Legislature of a state, violates those constitutional provisions, it is unquestionably void; though, I admit, that as the authority to declare it void is of a delicate and awful nature, the Court will never resort to that authority, but in a clear and urgent case. If, on the other hand, the Legislature of the Union, or the Legislature of any member of the Union, shall pass a law, within the general scope of their constitutional power, the Court cannot pronounce it to be void, merely because it is, in their judgment, contrary to the principles of natural justice»⁸.

Cuando apenas habían pasado unos cuantos años desde la importante y famosa decisión *Marbury v. Madison* del Juez MARSHALL⁹ sobre la instauración ju-

6 3 U.S. 386 (1798). Traducción y énfasis propio de la siguiente cita de la sentencia: «There are certain vital principles in our free Republican governments, which will determine and over-rule an apparent and flagrant abuse of legislative power»

7 *Ídem*.

8 *Ídem*.

9 5 U.S. 137 (1803). Una buena descripción de la actividad del Juez JOHN MARSHALL, como presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (1801 – 1835), puede verse en OLKEN, Samuel. «Chief Justice John Marshall and the Course of American Constitutional History». En *The John Mar-*

risprudencial de la *judicial review* de leyes federales, en concreto el 2 de febrero de 1819, la Corte Suprema reafirmaría las bases de la presunción de constitucionalidad de la ley basada en la autoridad concedida al Congreso representante del pueblo¹⁰. En efecto en la decisión *Trustees of Dartmouth College v. Woodward* se estableció que cuando se controle la validez de un acto legislativo se debe considerar «la evidencia intrínseca de la diligencia, la habilidad y la integridad del órgano que lo ha creado»¹¹. Se confirma entonces, la configuración jurisprudencial sobre la imposibilidad de declarar una ley como inconstitucional cuando existan dudas al respecto debido a la especial posición institucional del creador de la norma.

Con el paso del tiempo las afirmaciones de la Corte en el sentido de considerar solo inconstitucional una ley cuando lo sea con toda evidencia. En este sentido, la opinión del Justice WASHINGTON en el caso *Ogden v. Saunders* de 1827 es bastante ilustrativa de la concepción de la presunción de constitucionalidad que es descrita en los siguientes términos: «no es sino debido al justo respeto a la sabiduría, integridad y patriotismo del cuerpo legislativo por lo que toda ley es aprobada para presumir su validez hasta que la violación de la Constitución sea probada más allá de toda duda razonable»¹². Estas afirmaciones sirvieron en buena medida para configurar la regla o doctrina del *doubtful case*. Debido a esta doctrina, para poder revisar y llegar a declarar inconstitucional una ley, la Corte tendría que encontrar una transgresión entre los dos instrumentos normativos que fuera «obvia y palpable»¹³. Con esta postura la tónica que prevaleció en la Suprema Corte durante mucho tiempo era la intención de no ocasionar ningún tipo

shall Law Review, vol. 33, 2003, p 743 y ss. Mientras que para conocer la biografía del juez JOHN MARSHALL y entender en gran medida cuál era su visión del Derecho constitucional puede verse entre la bibliografía existente a NEWMYER, Kent. *John Marshal and the Heroic age of the Supreme Court*. Louisiana: University Press, 2002, 552 p.

10 *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. (4 Wheat.) 518 (1819).

11 *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. (4 Wheat.) 518 (1819). Traducción propia. Una reivindicación de la labor del Poder Legislativo ha sido fuertemente robustecida por un grupo interesante de académicos en la obra BAUMAN, Richard; KAHANA, Tsvi (coords.). *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, 585 p.

12 «It is but a decent respect due to the wisdom, the integrity, and the patriotism of the legislative body by which any law is passed to presume in favor of its validity until its violation of the Constitution is proved beyond all reasonable doubt». Traducción propia (*Ogden v. Saunders* 25, U.S. 213, 270, 1827).

13 «Courts continued to profess adherence to a form of the doubtful case rule, under which they would find statute unconstitutional only if the inconsistency was «obvious and palpable» (RUGER, Theodore. «A question which convulses a nation. The early republic's greatest debate about the judicial review power». En *Harvard Law Review*, vol. 117, enero 2004, núm. 3, p. 884 y ss.).

de tensión con el Congreso. A este respecto el propio Justice WASHINGTON contundentemente recuerda el contexto de la presunción de constitucionalidad como un imperativo de la Corte y de todos sus miembros¹⁴.

Mas adelante la Corte asumía en una línea muy similar al canon de evitación de cuestiones constitucionales que el Congreso no pretendía elaborar leyes inconstitucionales y por tanto, debía imperar la presunción de constitucionalidad¹⁵. Bajo este prisma ya había una estrecha vinculación entre la presunción de constitucionalidad de la ley como criterio específico de interpretación constitucional y la *avoidance doctrine* para evitar cuestiones constitucionales. Incluso se podía pensar que la asimilación, en pleno inicio del S. XX por la Corte Suprema, era mucho mas avanzada, al considerar la posibilidad y hasta cierto punto la obligación, no solo de interpretar, sino *construir la ley* por vía interpretativa. Esta *construcción* muy usual en el lenguaje de la *judicial review*, debía permitir encontrar por lo menos dos razonables interpretaciones, que aunque distintas entre si, pudieran desprenderse del texto interpretado. Así, si una de estas interpretaciones ofrecía problemas de constitucionalidad, acaso dudas, debía excluirse y preferirse aquella que sea más acorde con la Constitución o al menos que ofreciera menos problemas de constitucionalidad¹⁶.

Según parte de la doctrina que se ha ocupado del tema en profundidad la presunción de constitucionalidad en los términos en los que la hemos descrito anteriormente ha sido utilizada frecuentemente por la Corte y ha sido considerada en ocasiones ya fuera de debate¹⁷. En definitiva, la posición de la Corte es un claro ejemplo del deseo de mantener una línea de conducta que privilegiara al legislador y hacer que esta postura interpretativa fuera unitaria en el poder judicial.

3. Aspectos teóricos fundamentales sobre la presunción de constitucionalidad

14 «This has always been the language of this Court when that subject has called for its decision, and I know that it expresses the honest sentiments of each and every member of this bench» (*Ogden v. Saunders* 25, U.S. 213, 270, 1827).

15 *United States ex rel. Attorney General. v. Delaware & Hudson Co.* 213 U.S. 366, 408 (1909).

16 *Idem*. Ver también la interpretación que de esta sentencia se hace en HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION [Notes]. «Should the Supreme Court presume that congress act constitutionally? The role of the canon of the avoidance and reliance on early legislative practice in constitutional interpretation». En *Harvard Law Review*, vol. 116, núm. 6, 2003, p. 1801.

17 *Jones v. United States*, 526 U.S. 227, 240 (1999) y *Edward J. DeBartolo Corp. V Fla. Gulf Coast Bldg. & Constr. Trades Council*, 485 U. S. 575 (1988). Citados en HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION [Notes]. «Should the Supreme Court presume that congress act constitutionally?... ob. cit.», p. 1801, nota 20.

dad de la ley en la doctrina de James Bradley Thayer

En el plano conceptual y teórico, cualquier estudio sobre el principio de presunción de constitucionalidad de la ley, que se precie justo, debe hacer referencia a JAMES BRADLEY THAYER¹⁸, quien en 1893 publica su artículo «The origin and scope of the American doctrine of the Constitutional Law»¹⁹. Siendo un experto en teoría de la prueba, el profesor THAYER trasladó la construcción teórica de la presunción de inocencia en materia penal al ámbito constitucional del control de la ley. Lo anterior supone, para el ámbito constitucional tanto como decir que, aunque el juez constitucional considere ligeramente que hay indicios para determinar la inconstitucionalidad de la ley, si esos indicios no hacen que surja en él, una convicción plena, clara, que este fuera de toda duda razonable de que dicha ley es contraria a la Constitución, no podrá, o al menos no deberá, decretar la inconstitucionalidad²⁰.

En este sentido, la propia sentencia *Marbury vs. Madison*²¹ ha sido criticada, por THAYER. Según esta crítica, el juez JOHN MARSHALL determinó la inconstitucionalidad sin hacer caso a los *test* de *racionalidad*²², y utilizando, exclusivamente la regla donde la norma superior invalida a la inferior. Así que si la ley contradice a la Constitución y esta última es la norma superior y suprema

18 James Bradley nació en Massachusetts, graduado de la Universidad de Harvard, fue abogado, posteriormente profesor de la misma universidad. Fue uno de los más prestigiosos abogados constitucionalistas y en materia de prueba de los Estados Unidos de América. Su primer libro fue *A preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*. Boston: University of Michigan Library, 1898, 660 p.

19 En *Harvard Law Review*, vol. VII, octubre, 1893, núm. 3. pp. 129 -156.

20 Se puede notar a simple vista el traslado de la doctrina penal al campo de la justicia constitucional ocupando la ley una posición nada más y nada menos que la del ser humano. Cabría también hacer una reflexión en los siguientes términos: la doctrina de la presunción de inocencia tiene como actores por un lado el ser humano dotado de derechos subjetivos fundamentales y por otro la actuación de los órganos judiciales en la investigación e instrucción de causas penales, en el otro punto de comparación (el constitucional) los actores son por un lado, el juez constitucional con potestad para declarar una ley inconstitucional y nula y por otro el legislador democrático cuyo acto primordial se controla – la ley-. Las similitudes radican en que en ambos casos se pretende salvar de la sanción al elemento enjuiciado, al hombre se le presume su inocencia y lo que se debe probar es su culpabilidad, a la ley se le presume su constitucionalidad y lo que se debe probar es lo contrario, en materia penal en atención al principio *pro homini*, en el constitucional en el principio *pro legislatore*.

21 5 U.S. 137 (1803). Sobre esta sentencia y una descripción de las repercusiones para el control constitucional véase WILLIAM, Nelson. *Marbury v. Madison. The Origins and Legacy of Judicial Review*. University Press of Kansas, 2000, 160 p

22 THAYER, James. «The origin and scope of the American doctrine of constitutional law». En *Harvard Law review*, vol. VII, núm. 3, octubre, 1893, p. 140. Ver también GABIN, Sanford. «Judicial Review, James Bradley Thayer and the reasonable doubt test». En *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 3, 1976, pp. 961 – 1014.

de todo el país, la ley debe declararse, tal como se hizo. Pero para el profesor de *evidence*, esto no puede ser así, y aunque el resultado pueda ser el mismo, en la argumentación que hizo el juez debería haber estipulado las razones que hacían a la ley clara, manifiesta y evidentemente contraria a la Constitución²³. Se exigiría entonces, como hasta ahora se sabe, un *test* de enjuiciamiento mucho más estricto y un nivel de argumentación suficientemente fuerte al impugnante de la ley para no dejar ninguna duda razonable sobre la constitucionalidad de la ley. Aquí es donde entra la razonabilidad que defiende THAYER, utilizada hasta ese entonces frecuentemente en materia penal, y que consiste, en el juicio racional que pueda hacer cualquier hombre razonable²⁴. Por lo tanto, la interpretación que hizo el legislador de una materia constitucional, tal como aparece reflejada en una ley, no solo debe ser incorrecta sino irrazonable²⁵. No basta con que el legislador haya escogido la interpretación de las varias posibles de una cláusula constitucional que refleje los valores que el juez no considere correctos, sino que la declaración de inconstitucionalidad sólo se puede producir cuando los valores reflejados en la ley no correspondan con ninguna de las interpretaciones posibles de la cláusula constitucional, siendo por tanto clara la contravención, para cualquier hombre razonable²⁶.

Si desdoblásemos el procedimiento de control de la ley que subyace en las líneas anteriores, podríamos afirmar que en primer lugar, el juez debe interpretar la Constitución; después, decidir si la ley es compatible con esa interpretación y si cree que hay incompatibilidad, o que la interpretación que hizo el legislador sobre la materia de la ley es incorrecta debe, en último lugar averiguar si la causa que hace a la ley inconstitucional es clara, manifiesta y rotundamente contraria a la Constitución, para poder decretar su inconstitucionalidad²⁷.

La exigencia para decretar una ley inconstitucional bajo el pensamiento de THAYER encuentra sustento en la siguiente afirmación expresa:

«El poder judicial puede reflejar que si hubiera sido considerado por el pue-

23 *Ibidem*, p. 146.

24 *Idem*.

25 *Ibidem*, p. 148.

26 Si admitimos este argumento, entonces, si razonablemente no se hace incorrecta la ley, pese a que no sea del todo correcta, ¿debería prevalecer dicha ley con todos sus efectos? Esta última afirmación es parte de los argumentos para criticar la presunción de constitucionalidad, al menos una fuerte presunción. Este aspecto no será tratado en profundidad en este trabajo, pero cabe destacar su indudable importancia desde la perspectiva crítica.

27 *Ibidem*, p. 149.

blo como el jefe de la protección contra las violaciones a la Constitución, no se hubiera permitido sólo el control incidental [...]. Como la oportunidad de los jueces para revisar y corregir actos inconstitucionales es tan limitada, esto nos puede ayudar a entender porque la intensidad de su control, cuando ellos tienen la oportunidad de realizarlo, también debe ser restringida»²⁸.

Bajo estas afirmaciones se encuentra una aceptación, no sin reservas, del propio control de constitucionalidad de las leyes, manteniendo siempre la cautela de la intensidad del poder de control²⁹. La base para considerar que las leyes del Congreso deben presumirse constitucionales por parte de la Corte es la aprobación en el seno de la deliberación pública utilizando la regla de la mayoría. En suma, THAYER no se opone expresamente al control, sino que condiciona su aplicación para una mejor y más eficaz inserción en el sistema democrático en que se pretende desarrollar.

Las ideas de James Bradley Thayer fueron ampliamente debatidas, discutidas y sirvieron de base par la actuación de la Suprema corte y para la concepción y delimitación de la presunción de constitucionalidad de la ley durante largo tiempo. Sin embargo, por el propio carácter vivo de la interpretación constitucional, la doctrina original de la presunción de constitucionalidad de la ley fue matizada y reconsiderada según las circunstancias concretas. Ello hace necesario conocer el desarrollo de esta presunción en sede jurisprudencial, lo que ha motivado también importantes estudios sobre el comportamiento de esta presunción a lo largo de los años de actividad de la Corte, a ello se dedicara el siguiente epígrafe.

4. Desarrollo y transformaciones de la presunción de constitucionalidad de la ley

Según **William G. Ross** la aceptación más o menos generalizada de la presunción de constitucionalidad de la ley estaba íntimamente relacionada con la

28 «The judiciary may well reflect that if they (the judges) had been regarded by the people as the chief protection against legislative violation of the Constitution, they Would not have been allowed merely this incidental and postponed control....As the opportunity of the judges to check and correct unconstitutional acts is so limited, it may help us to understand why the extent of their control, when they do have the opportunity, should also be narrow». (Traducción propia). THAYER, James. «The origin and scope of the American doctrine of constitutional law». En *Harvard Law review*, vol. VII, núm. 3, 1893, p. 136.

29 DORADO PORRAS por ejemplo se refería a esta deferencia defendida por Thayer como una regla de amministrazione también asimilable a la doctrina de la «equivocación clara» (DORADO PORRAS, Javier. *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos: una polémica sobre la interpretación constitucional*. Madrid: Dykinson, 1997, pp. 13-15).

oposición más o menos fuerte a la propia figura de la *judicial review* desde la perspectiva política³⁰. Este aspecto permaneció casi sin grandes cambios hasta la primera mitad del S XX. Incluso en este periodo era frecuente encontrar detractores de la facultad de la Suprema Corte para invalidar o inaplicar leyes aprobadas por el Congreso. Al no poder contrarrestar o anular la propia facultad de la Corte para controlar judicialmente las leyes atribuida desde 1803, las propuestas para reducir el problema de la legitimidad democrática iban desde la posibilidad de elección popular de algunos magistrados de la Corte, el veto en el Congreso de algunas decisiones judiciales, la anulación de decisiones judiciales por referéndum o la exigencia de declarar la inconstitucionalidad solo bajo ciertas mayorías reforzadas dentro del pleno del Tribunal³¹.

La presunción de constitucionalidad de la ley por su propia naturaleza ha estado vinculada a la concepción fuerte o débil de la *judicial review*. Por esta razón hay una relación también en la transformación del control judicial en EUA. Por ejemplo, como ya se ha indicado, en la primera mitad del S. XX la presunción de constitucionalidad estaba extendida y tenía relativamente pocos detractores, además la jurisprudencia la avalaba en cada juicio que tenía que realizar. ¿En que consistía este beneplácito? Pues bien, en el periodo mencionado existía por contraste una oposición a la *judicial review*, específicamente de ciertas medidas de carácter social y económico. Esta oposición se traducía inmediatamente en un apoyo a la presunción a favor de la ley, pues dado que no era viable la erradicación de la *judicial review*, naturalmente que quien la aceptase debía defender entonces férreamente la presunción de las leyes sometidas a control, para limitar al poder judicial.

Ahora bien, en la Suprema Corte no existía una línea general y homogénea sobre la presunción de constitucionalidad de la ley ni una unánime concepción de la misma. Por ejemplo en 1936 la Suprema Corte dictó la importante sentencia *Ashwander v. Tennessee Valley Authority* en la que afirmaba que: el respeto al Legislador y su obra, y por tanto la deferencia judicial que se debía tener cuando se analice una ley, formaba parte de un aspecto mucho mas amplio conocido como el *Judicial self-restraint*, o contención judicial³². Lo que es verdaderamente destacable de esta

30 ROSS, William G. «Obama's Comments and Challenges to Judicial Review». En *JURIST - Forum*, abril, 11, 2012, <http://jurist.org/forum/2012/04/william-ross-judicial-review.php>. Consultado viernes 13 de abril de 2012.

31 Ídem.

32 Argumentos contenidos en el voto concurrente del Juez BRANDEIS en el caso *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288, (1936). Con más desarrollo puede verse SCHAUER, Frederick. «Ashwander Revisited». En *The Supreme Court Review*. 1995, pp. 71-98.

sentencia son los argumentos del Juez BRANDEIS en su voto concurrente, en específico en el punto número 7 en donde se despliega como trasfondo, la defensa de una auto restricción judicial a la hora de controlar la ley en cuestión. En definitiva, que cuando sea posible realizar una interpretación (en este caso construcción) de la ley que no ofrezca dudas de constitucionalidad deberá preferirse esta para evitar el análisis de fondo de la constitucionalidad de la ley³³.

En la misma línea y como uno de los jueces más fieles a la doctrina thayeriana de la presunción de constitucionalidad de la ley se encontraba el juez FELIX FRANKFURTER³⁴. Para PERRY la postura de FRANKFURTER en lo que respecta a una fuerte concepción de la presunción de constitucionalidad de la ley se reflejó en el caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, de 1943³⁵. A su vez el criterio del juez en cuestión estaba fuertemente influenciado por OLIVER WENDELL HOLMES sobre la *judicial self-restraint* ampliamente conocida. Con estos elementos, la posición de FRANKFURTER durante su trabajo en la Suprema Corte se caracterizaba por defender la férrea idea de que cuando existiera una aparente contradicción entre una ley y un principio o derecho constitucional, los jueces tenían que presumir la constitucionalidad, no solo de tal ley, sino de cualquier acto o medida legislativa sujeta a control³⁶.

La presunción de constitucionalidad de la ley, que como hemos visto ha sido desarrollada desde los planos teóricos y prácticos también desplegó sus efectos en algunos tribunales en los EUA y en alguno de ellos como el caso de Florida fue considerado como uno de los *cardinal principles*³⁷. En efecto, algunos de los tribunales supremos estatales han hecho afirmaciones categóricas que defienden la presunción de constitucionalidad de ley en control judicial, cuya configuración se complementaba con otros dos principios estrechamente vinculados. En primer lugar, se establecía que la carga de la prueba recaía sobre quien cuestionara la validez de la ley; en segundo lugar, consolidaba el principio de presunción de constitucionalidad de la ley, al dar por sentado que el Legislador habría intentado

33 *Ashwander v. Tennesse Valley Authority*, 297 U.S. 288, 348.

34 Juez del 30 de enero de 1939 al 28 de agosto de 1962 y que podría ser considerado el más fiel discípulo de las teorías de Thayer sobre la deferencia hacia el Legislador en el control constitucional (PERRY, Michael «The Constitution, the Courts, and the Question of Minimalism». En *Northwestern University Law Review*, vol. 88, p. 152).

35 *Ídem*. En este caso se declara inconstitucional una medida del Estado de Virginia, sin embargo en los argumentos subyace la postura sobre la presunción de constitucionalidad.

36 En esta línea WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Traducción de María Gracia Rubio de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madrid: Civitas, 1991, p. 456.

37 *Boynnton v. State*, 64 So, 2d 536 (Fla. 1953).

aprobar una ley constitucional; y en tercer lugar, cuando la ley controlada fuera razonablemente susceptible de dos interpretaciones, donde una de ellas sería inconstitucional y la otra válida, era deber del tribunal adoptar aquella construcción/interpretación según la cual la ley fuera constitucional³⁸.

A pesar de la aparente continuidad en la concepción de la presunción de constitucionalidad de la ley, el paso del tiempo y las circunstancias concretas en la actividad judicial propiciaron que el desarrollo de este criterio de interpretación no fuera lineal. Una matización importante por la que atravesó la concepción de la presunción de constitucionalidad fue la de modular su intensidad en algunas áreas concretas, por ejemplo en materia de ciertos derechos fundamentales y de una manera más general para defender la igualdad y evitar la histórica y tradicional discriminación sobre ciertos grupos vulnerables. Así, la PCL se vio notoriamente matizada como consecuencia de una actividad más incisiva de la Corte en la década de los 50 y 60. Una de las pruebas del intermitente efecto práctico y ambivalente de la presunción de constitucionalidad de la ley como criterio de interpretación en el control judicial se presentó en la conocida como Corte WARREN³⁹. En este periodo se sostenía que la presunción de constitucionalidad operaba en forma diversa a como se había desarrollado hasta el momento. Esta modificación se circunscribió fundamentalmente a los derechos y libertades, no encontrándose evidencia de que fuera así para el caso de cualquier otra cláusula constitucional. Cuando se enfrentaba una disposición legislativa que regulara o limitara algún derecho establecido constitucionalmente, era ésta ley la que debía justificarse operando una presunción en su contra⁴⁰. Este es un giro de 360 grados en la concepción de la presunción de constitucionalidad de la ley.

Esta matización no fue otra cosa que una modificación en el sentido de no

38 *Boynston v. State*, 64 So, 2d 536, 546 (Fla 1953), donde se puede leer: «In construing a statute where it is claimed that the same is void because it conflicts with some provision of the Constitution, there are certain cardinal principles: (1) the burden is upon him who assails the constitutional validity of a statute, (2) it is presumed that the Legislature intended a valid constitutional enactment, and (3) when the constitutionality of a statute is assailed, if the statute be reasonably susceptible of two interpretations, by one of which it would be unconstitutional and the other it would be valid, it is the duty of the Court to adopt that construction which will save the statute from constitutional infirmity». Sobre la carga de la prueba como consecuencia de la presunción es ilustrativo ver PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. «Presumptions and Burdens of Proof». *EUI Working Papers Law*, núm. 2006/36, 15 p.

39 Se llamó así por ser el periodo en el que EARL WARREN fue presidente y comprendió de los años 1953 a 1969. Sobre el legado y desarrollo de la actividad jurisprudencial en este periodo véase UROFSKY, Melvin. *The Warren Court: justices, rulings, and legacy*. Santa Bárbara: ABC-CLIO, 2001, 356 p.

40 Por ejemplo WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Ob. cit. p. 456.

atribuir tanta confianza a la ley controlada cuando esta afectaba derechos civiles como la igualdad o por otro lado, la tacita autorización de la discriminación racial, también el procedimiento penal, por mencionar las más prominentes.

4.1. La doctrina de la *preferred position* de algunos derechos fundamentales

La presunción de constitucionalidad de la ley también se vio notoriamente transformada en virtud del contenido especial de ciertas leyes en las que el Legislador parecía tener una mayor incidencia en el ámbito de la autonomía personal, en concreto en el ámbito de los derechos fundamentales. Así, el control judicial que se realizaba a las leyes que incidían en ciertos derechos fundamentales fueron objeto de un control más intenso que hacia por ello entender la presunción que operaba, tradicionalmente a favor de la ley, de una manera menos intensa⁴¹, por decirlo de alguna manera.

En un primer momento la doctrina de la posición preferencial de las libertades fundamentales de la décimo cuarta enmienda de la Constitución (1868) en EUA sugería que en el momento de controlar una ley que desarrollase algunos derechos, por su posible inconformidad con la Constitución, la ley tendría que ser «subjected to more exacting judicial scrutiny»⁴². En concreto el nivel de control más estricto involucraba generalmente el derecho al voto. Este mayor rigor de control de la ley se hacía respecto a otras libertades también importantes como la libertad contractual⁴³.

La doctrina de la *preferred position* ha sido explorada en gran medida respecto a las libertades fundamentales de la primera y decimocuarta enmienda de la Constitución y desarrollada especialmente por su Tribunal Supremo⁴⁴. La construcción jurisprudencial de este *test* fue obra principalmente de los tribunales WARREN

41 Principalmente a partir de la nota número 4 en la sentencia *United States v Carolene Products* 304 *US* 144 (1938).

42 *Ídem*. También véase FALLON, Richard. «Strict Judicial Scrutiny». En *UCLA Law Review*, vol. 54, núm. 1267, 2006-2007, pp. 1267-1337. Disponible en línea:

[http://www.heinonline.org/HOL/Page?public=false&handle=hein.journals/uclalr54&men_hide=false&men_tab=citnav&collection=journals&page=1267#1349]. Consultado 30 de enero de 2012.

43 Véase por ejemplo TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. 2da. ed. Mineola, New York: The Foundation Press, inc., 1988, pp. 789-784.

44 Estas libertades ocuparon un lugar significativo y privilegiado según la opinión expresada en *Jones v. Opelika* 316 U.S. 584 (1942). Para una visión general de esta doctrina existe una amplia bibliografía, por ejemplo TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. Ob. cit., pp. 789-784.

Y BURGER. Sin embargo, el concepto de posición preferente de ciertas libertades fue establecido por OLIVER WENDELL HOLMES, en sus votos disidentes, primero en 1905⁴⁵ y posteriormente en 1919⁴⁶. Este *test* colocaba, por ejemplo, a la libertad de expresión en una posición prioritaria sobre otros derechos, aunque con ciertas limitaciones⁴⁷. Cabe destacar que esta posición desplegaba sus efectos también con respecto a otros derechos fundamentales. Así la libertad de expresión era considerada preeminente incluso sobre otros derechos contenidos en el *Bill of Rights*⁴⁸.

Esta posición preferente fue, a su vez, una de las consecuencias de la ponderación que se reflejó sustancialmente también en otras libertades como la prensa, reunión, asociación o religión⁴⁹. Esta protección se lleva a cabo mediante las garantías que se desprenden de la cláusula del *debido proceso* que entre sus consecuencias estaba la interpretación de manera estricta de las limitaciones a las libertades fundamentales⁵⁰. Aquí de nuevo se tiene que recurrir a la actividad que realiza el intérprete constitucional en el sentido de *sopesar* la interferencia que realiza el legislador a la libertad fundamental, cuya justificación solo se determinará después de aplicar el *compelling test*, que no es otra cosa que aplicar el test de la balanza, en el que el peso específico del derecho juega a favor de este. Esto se traduce, como lo hemos mencionado antes, en un rigor más estricto al análisis de la medida legislativa en términos de *proporcionalidad*⁵¹.

Es evidente que la doctrina de la posición preferencial de ciertas libertades supone una transformación de la normal comprensión de la presunción de constitucionalidad de la ley que hemos estudiado hasta ahora. Esta transformación no

45 *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

46 *Abrams v. United States* 250 U.S. 616 (1919).

47 Uno de los votos concurrentes más importantes del TS y quizá el más importante sobre la libertad de expresión ha sido el del juez BRANDEIS en *Whitney v. California*, 247, U.S. 357 (1927). Véase también *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105 (1943). Posteriormente y de manera categórica en *Kovacs v. Cooper*, 336 U. S. 77 (1949), el juez STANLEY REED señalaba: «The preferred position of freedom of speech in a society that cherishes liberty for all does not require legislators to be insensible to claims by citizens to comfort and convenience».

48 Sobre la preminencia de las libertades de pensamiento y expresión sobre todas las demás del *Bill of Rights* puede destacarse la decisión *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319. (1937).

49 Sobre el tema véase el debate que se generó en EUA en CURRIE, David. «Constitution in the Supreme Court: The Preferred-Position Debate, 1941-1956». En *Catholic University Law Review*, vol. 37, 1987, pp. 39-79.

50 Así lo contempla KUMM, Mattias. «¿Quién teme a la Constitución total?». En MENÉNDEZ, Agustín José; ERIKSEN, Erik Oddvar (eds.). *La argumentación y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp.159-160. Traducción de Carlos Bernal.

51 *Ibidem*, p. 160.

es otra cosa que una modificación sustancial de los elementos y su peso específico en el proceso de control de la ley, llegando a producir un nivel de control de la ley mucho más estricto, obligando al Estado legislador a demostrar la medida que ha tomado, así como que la elección reflejada en la ley es la menos perjudicial del derecho fundamental en juego⁵². Además siguiendo esta misma línea, el juicio de estas leyes debe incluso partir de una *presunción de inconstitucionalidad*⁵³.

Con la regla de la «clear and present danger», el peligro que debía presentarse para que el legislador pudiera limitar un derecho fundamental, debía ser claro y presente, de modo que no cualquier daño o potencial limitación podría ser protegida jurisdiccionalmente con una interpretación favorable⁵⁴. Por tal motivo se puede concluir preliminarmente que esta posición prevalente de ciertos derechos, en concreto aquellos derechos personales, por encima de los derechos patrimoniales por ejemplo, fue una importante herramienta interpretativa en manos de los jueces para poder dar mayor cobertura y protección a aquellos derechos que se consideraban más importantes.

La *preferred position* de la cual gozan ciertos derechos fundamentales constituye una suerte de mayor valor en el sistema en su conjunto. En definitiva, la *posición preferencial* de los derechos fundamentales en su faceta interpretativa es un valor fundamental que es trasladable a la totalidad de países y sistemas jurídicos que se precien de ser democráticos y que en alguna medida hayan también exportado el principio de presunción de constitucionalidad de la ley.

4.2. Rigidez del canon de interpretación y modulación de la presunción de constitucionalidad en materia de igualdad. Minorías y «categorías sospechosas» en el control de constitucionalidad de la ley.

Una de los baluartes que se han sostenido para la defensa de las *minorías vulnerables* y en particular de sus derechos a través de la interpretación es el nexo

52 En esta línea DERMIZAKY, Pablo. «Justicia Constitucional y Democracia». En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 13, 2009, p. 215.

53 *Ídem*.

54 *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, (1919). Esta regla también le es atribuida a OLIVER WENDELL HOLMES y consistía en que cualquier restricción al derecho fundamental de libertad de expresión sólo podía justificarse cuando ésta expresión pudiera causar un daño o peligro inminente para la sociedad. También debe acudirse a *Thornhill v. Alabama* 310 U.S. 88 (1940), sobre libertad de expresión de unos sindicalistas cuya información difundida en plena vía pública no constituían peligro claro para la sociedad. Véase también TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. Ob. cit., pp. 841 y ss.

entre *igualdad* y derechos⁵⁵. Esta relación es especialmente importante, pues al margen de que analicemos por separado el valor de la igualdad como elemento modificador del grado o nivel de control constitucional sobre una ley, ahora debemos afirmar su relación con la defensa de los derechos de las minorías vulnerables. En efecto, la garantía del principio general de igualdad es la que permitiría que los grupos, independientemente de ser minoría en una sociedad, no vean sus derechos vulnerados. Así, el discurso sobre la presunción de constitucionalidad de la ley basada en una confianza casi ciega al legislador contiene importantes críticas. Estas críticas han sido recobradas por varios autores⁵⁶ que se han hecho eco a su vez de doctrinas de corte *procedimentalista*⁵⁷, donde, operar con cierta presunción de constitucionalidad de la ley, cuando esta atañe a los grupos vulnerables políticamente, juega un papel peligroso para la sociedad. Este riesgo es debido a que estos grupos no han podido participar en el proceso de elaboración de la ley, cuyo contenido puede dañarles en sus derechos.

Se puede decir que buena parte de la influencia de una protección de las minorías a través de la interpretación constitucional tiene de nuevo su origen en EUA⁵⁸, específicamente en la *equal protection clause*⁵⁹. Ahí es donde se ha acuñado la expresión «categorías sospechosas» de inconstitucionalidad lo que se traduce en un nivel de control estricto sobre tales leyes⁶⁰. Esta jurisprudencia se desarrolló en el marco de una protección de minorías raciales o de otra índole que constituían los

55 Sobre esto véase FERRAJOLI, Luigi. «Sobre los derechos fundamentales». En *Cuestiones Constitucionales*. Número 15, Julio-Diciembre 2006, pp. 118 y ss.

56 Entre ellos fundamentalmente FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia constitucional... ob. cit.*,

57 Por ejemplo de ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge – Massachusetts: Harvard University Press, 1980. 268 p. y «Toward a representation-reinforcing mode of judicial review». En *Maryland Law Review*, vol. 37, 1978, pp. 451 y ss. Ely defiende una concepción de la Constitución de corte *procedimentalista* que haría lógica una lectura de ésta de manera procedimental (o eminentemente procedimental). Una visión a la que se opondrían otras como la de carácter moral que se ha defendido por ejemplo con respecto a la Constitución de los EUA (DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996, 427 p.)

58 El *leading case* en la materia es la sentencia del Tribunal Supremo *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938). Para una visión global sobre el desarrollo de la misma es conveniente acudir a ACKERMAN, Bruce. «Beyond Carolene Products». En *Harvard Law Review*, núm. 4, vol. 98, 1985, pp. 713 – 746.

59 Véase con amplitud sobre esta doctrina y su aplicación TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. Ob. cit., pp. 1436-1672.

60 El término de «categorías sospechosas» fue acuñado en la jurisprudencia norteamericana del Tribunal Supremo, principalmente después de la sentencia *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), también acogida por la doctrina más autorizada (TRIBE, Lawrence. *American Constitutional Law*. Ob. cit., pp. 1465 y ss., entre muchos otros). Dentro de las categorías sospechosas podrían encontrarse por ejemplo aquellos grupos identificados por la raza, etnia, nacionalidad, tipo de filiación (hijo extramatrimonial) o el género.

grupos sociales que compartían alguna característica común. Sobre estos grupos sociales estaba expresamente prohibido hacer alguna distinción injustificada con respecto a los miembros de otros grupos o de la sociedad en general.

No vamos a entrar aquí a desarrollar la historia ni las complejas circunstancias que motivaron esta protección constitucional⁶¹, lo único que queremos destacar en este apartado, es la especial protección de que ciertos grupos han sido objeto, aunque ello suponga en ocasiones ir en contra de la normal presunción de constitucionalidad de la ley⁶². Tampoco pretendemos aquí realizar un estudio sobre cada una de las clasificaciones que pueden catalogarse como «sospechosas» de discriminación, pues eso sería un estudio mucho más profundo. En lugar de ello, se trata de evidenciar de manera gráfica cual es la posible modificación o matización en la intensidad de la presunción de constitucionalidad de la ley cuando se trata de estas categorías.

Una de las consecuencias prácticas en la modificación de la presunción de constitucionalidad de la ley es expresada por la mayor exigencia de que el legislador justifique una diferencia hecha en función de una de las categorías que expresa o tácitamente se desprenden de la Constitución. Ahora bien, no es tema cerrado ni siquiera una afirmación categórica sin lugar a dudas o debate, el defender esta diferente concepción de la presunción de constitucionalidad. Esta complejidad viene del reconocimiento de que el poder Legislativo tiene especial poder derivado de su legitimidad democrática para establecer ciertas diferenciaciones de grupos en atención a factores políticos y de conveniencia social y ello es precisamente lo que le proporciona argumentos para sostener una presunción de validez y constitucionalidad a tales leyes al controlarlas. No obstante ello, también es verdad que tales diferenciaciones pueden -y así lo han hecho en muchos pasajes de la historia-, responder a prejuicios o estereotipos que bajo la sombra de conveniencia social o política puedan afectar indiscriminadamente a grupos vulnerables, excluyendo categorías enteras de personas del goce de todo

61 Un buen resumen del origen de esta protección fuerte de las minorías por parte del Tribunal Supremo en EUA puede encontrarse en COVER, Robert. «The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities». En *The Yale Law Journal*, vol. 91, núm. 7, 1982, pp. 1287-1316.

62 Una argumentación muy sólida sobre los intereses de grupos, generalmente minoritarios, que sugieren un control más estricto por parte del juez constitucional se puede encontrar en ZEPPOS, Nicholas. «Deference to political decisionmakers and the preferred scope of the judicial review». En *Northwestern University Law Review*, 1993, vol. 88, núm. 1, pp. 296- 371. El autor hace una defensa de un control más estricto dando razones sustanciales para ello. Se hace además un intenso estudio de la regla de la deferencia judicial sostenida por Thayer y sus implicaciones en la esfera de actuación de grupos minoritarios, concluyendo una incompatibilidad, al menos desde la práctica jurisprudencia de la Suprema Corte (*Ibidem*, p. 332).

tipo de derechos, incluso los más elementales para llevar una vida digna⁶³.

Las consideraciones anteriores se enmarcan en términos generales en un constitucionalismo moderno que da soporte teórico también a una reconstrucción evolutiva del concepto de discriminación, sobre todo cuando existen minorías involucradas. Se ha transformado la fase en la cual se consideraba solo como grave y flagrante discriminación, la producida por el elemento subjetivo especialmente dañino. Ahora se considera muy atentamente el elemento objetivo de excluir un grupo específico de sus derechos o incluso de ciertos beneficios solo por el hecho de pertenecer a un grupo concreto.

Esta re conceptualización se traduce por lo menos en tres efectos muy particulares en la práctica, algunos de los cuales ya hemos mencionado más arriba. Por un lado, amplía la protección antidiscriminatoria; por otro, surge la exigencia de que los poderes públicos y muy especialmente el legislador, consideren, mucho más en serio su potestad de establecer regulaciones legales que puedan contener alguna de estas categorías sospechosas y; finalmente, amplía la potestad del órgano de control constitucional de la ley, obligando con ello a la doctrina y a la jurisprudencia a reconsiderar teorías y principios tan arraigados como la presunción de constitucionalidad de la ley para sostener en algunos casos un poder, incluso a veces una obligación, de realizar un juicio mucho más estricto de constitucionalidad

Sobre la base de la doctrina expuesta, el estándar de revisión cualificado que se aplica a las clasificaciones basadas en las categorías sospechosas que hemos visto antes, se hace especialmente importante, pues debe contribuir a evitar que se propaguen situaciones de estigmatización social. Aspectos sociales tan importantes como el desprecio, el rechazo o la minusvaloración son la base de que posteriormente la mayoría, que supuestamente toma las decisiones a través de sus representantes, vulneren derechos de los grupos minoritarios.

No se puede afirmar categóricamente que en términos de prueba se revierta la carga para declarar una ley inconstitucional, pero con toda seguridad si hay una modificación sustancial en el nivel de escrutinio hacia la ley por parte del juez constitucional. Se trata de una variación en los sujetos obligados en la argumentación para lograr el fin buscado. Esto se puede ver por ejemplo en la jurisprudencia relativa a la prohibición de la discriminación racial. En este tipo de

63 La historia arroja los casos más representativos de este género de problemas, en concreto los relacionados con las exclusiones espurias sobre la base de raza, religión, género o discapacidad.

discriminación se establece un requisito mucho mayor y estricto de racionalidad y de soporte a la ley para salir adelante ante un juicio de constitucionalidad. En el específico contexto histórico de los EUA se encuentra la exigencia de un rigor de racionalidad de la ley cuando establece diferenciaciones en función de la raza, rigor que no se muestra con la misma intensidad que en el supuesto de una diferenciación con justificaciones en otras razones.

4.3. Reivindicación de la presunción de constitucionalidad de la ley

Después de un cambio trascendental en la jurisprudencia de la Corte Suprema que hemos descrito en el epígrafe anterior sobre la concepción de la presunción de constitucionalidad de la ley, surgió una reivindicación dirigida por varios de sus eminentes presidentes. Este impulso teórico producto de una gran experiencia práctica llevo a CHARLES EVANS HUGHES a sostener un cualificado principio de deferencia legislativa que incluía esta presunción a favor de la ley⁶⁴. La teoría de la deferencia hacia el legislador de HUGHES es muy amplia pero en lo que aquí interesa algunos de los postulados que mejor describirían la relación entre la deferencia y la presunción a favor del Legislador serían los siguientes: en primer lugar, solo es aceptable el pronunciamiento sobre la constitucionalidad de una ley cuando sea presentada tal duda en un caso concreto, evitando con ello pronunciamientos generales que puedan afectar otras disposiciones. En segundo lugar, y cuando ya sea sometido tal problema concreto, evitar en la mayor medida posible el pronunciamiento sobre cuestiones políticas⁶⁵. En tercer lugar, pronunciarse cuando la cuestión de constitucionalidad sea inevitable, es decir, se tenga que resolver sobre la misma, y en todo caso cuando exista la posibilidad de encontrar una interpretación de la ley controlada que sea constitucional, se optará por esta⁶⁶.

Ya en la parte final del Siglo XX el reflejo práctico de la presunción de constitucionalidad de la ley en la *judicial review* seguía siendo latente manifestándose en una deferencia general hacia el legislador que en nada cambiaba de la inicial presunción explicada al principio de este trabajo. Así en una buena parte de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema se detectaba por ejemplo una inclinación a reforzar la presunción de constitucionalidad de la ley cuando se trataba de leyes que afectaban por ejemplo la cláusula de no delegación o *doctrine of*

64 HUGHES, Charles Evan. *La Suprema Corte de los Estados Unidos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1946, pp. 46 -55, versión española de Roberto Molina Pasquel y Vicente Herrero.

65 *Ídem*.

66 *Ídem*.

*nondelegation*⁶⁷, entre otras.

Un ejemplo de esta deferencia se veía en un rechazo por parte de los tribunales cuando realizaban el control de la ley a aceptar que « [...] el Congreso intentó infringir las libertades constitucionales o usurpar poderes no conferidos constitucionalmente»⁶⁸. Esta presunción a favor del Legislador a la hora de controlar la ley era reconocida por la doctrina admitiendo la utilización por parte de la Corte Suprema de este principio interpretativo⁶⁹.

Últimamente en los casos *Baze v. Rees*⁷⁰ y *Crawford v. Marion County Election Board*⁷¹, la Corte Suprema no encontró evidencia suficiente para declarar inconstitucionales las leyes sometidas a control. Estas decisiones son un ejemplo de que pese a que puedan existir ciertas dudas de que el acto o ley pueda ser inconstitucional, estas leyes no deben ser declaradas inconstitucionales a menos que exista una certeza incontrovertible de su contrariedad con la Constitución. No obstante, no se cierra del todo la posibilidad de que en el futuro, nuevos y más fuertes argumentos puedan provocar un convencimiento en los jueces acerca de la inconstitucionalidad de la ley.

En muchas ocasiones en la jurisprudencia de la Corte Suprema no se expresa

67 *Industrial Union Department, AFL-CIO v. American Petroleum Institute*, 448 U.S. 607 (1980).

68 *Edward J. DeBartolo Corp. V Fla. Gulf Coast Bldg. & Constr. Trades Council*, 485 U. S. 575 (1988). Traducción propia. Esta sentencia ha sido algo criticada por parte de la doctrina al considerar que se deposita demasiada confianza en el Congreso y que bajo un análisis de la temprana legislación puede llegar a demostrar aspectos sobre la forma de creación de las leyes y su pretendida constitucionalidad (por ejemplo ver HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION [Notes]. «Should the Supreme Court presume that congress act constitutionally?... ob. cit.», pp. 1811-1812).

69 «The Court frequently employs a presumption that congress legislate constitutionally» (*Ibidem*, pp. 1799).

70 553 U.S. 35 (2008). En este caso se analizaba, después de mucho tiempo de jurisprudencia en EUA, la constitucionalidad del método que hasta hoy utilizan 36 estados para producir la muerte en sentencias capitales. La posible inconstitucionalidad se reclamaba por contradecir la enmienda 8 de la Constitución que prohíbe los tratos crueles e inhumanos.

71 553 U.S. 181 (2008). En este caso se reclamaba la inconstitucionalidad de las leyes electorales de Indiana que requerían que para poder votar en las urnas era necesario mostrar una identificación con fotografía. Pese a que en el asunto se pedía que se aplicase un escrutinio estricto a las leyes electorales por su posible efecto en el electorado y en la democracia en sí misma, finalmente la Corte declaró que no había contradicción. En el voto concurrente del justice SCALIA se pedía una deferencia hacia las legislaturas de los Estados afirmando que: «It is for state legislatures to weigh the costs and benefits of possible changes to their election codes, and their judgment must prevail unless it imposes a severe and unjustified overall burden upon the right to vote, or is intended to disadvantage a particular class». La postura del juez Scalia se puede encontrar en SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law* Princeton: Princeton University press, 1997, 159 p.

de manera literal la presunción de constitucionalidad al analizar la ley. En efecto, la presunción por su propia naturaleza tácita, es una forma de abordar el análisis de la ley partiendo de ciertas premisas en las que la ley es constitucional como punto de partida del juicio constitucional, lo que puede reflejar un grado bastante elevado de deferencia judicial hacia la voluntad del legislador⁷².

En suma y pese a las matizaciones que se puedan hacer al principio de presunción de constitucionalidad de la ley, ya sea por la doctrina o en la propia jurisprudencia de la Corte Suprema, este está suficientemente aceptado en la doctrina constitucional de los EUA. Así por ejemplo CORWIN escribía: «[...] hoy de cualquier modo, existe una máxima de Derecho Constitucional consistente en que de dos posibles interpretaciones de una ley, donde una está en armonía con la Constitución y la otra esta en contraste, debe ser preferida la primera»⁷³. Y en el mismo sentido puede entenderse la afirmación de que «si el lenguaje de una ley no es claro, y la Corte presume que el Congreso intentó legislar constitucionalmente, entonces la consecuencia lógica es que la Corte debería elegir la interpretación de la ley que es constitucional»⁷⁴.

Las dos transcripciones anteriores ofrecen, sin embargo, dos escenarios distintos. El primero es la existencia de dos o más interpretaciones posibles de una disposición legal, de la cual se prefiera la que este en armonía con la Constitución. En el segundo no se infiere la pre existencia de las dos posibles interpretaciones, sino simplemente se destaca la falta de claridad en el texto interpretado, lo que motiva sin duda la injerencia de la discrecionalidad judicial y la inclusión de los principios de interpretación hermenéuticos que, según la cita textual antes referida, deben desencadenar en la elección de la interpretación que considere a la ley constitucionalmente legítima.

72 Sobre esto véase HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION [Notes]. «Should the Supreme Court presume that congress act constitutionally? The role of the canon of the avoidance and reliance on early legislative practice in constitutional interpretation». En *Harvard Law Review*, vol. 116, núm. 6, 2003, pp. 1802-1803 y la jurisprudencia ahí citada.

73 «[...] today at any rate, well known maxim of constitutional law that of two possible interpretation of a statute, the one harmonious with the Constitution, the other at variance with it the former must be preferred» Traducción propia (CORWIN, Edward. *The Doctrine of Judicial Review: its legal and historical basis and other essays*. Massachusetts: Peter Smith, 1914. Reimpreso en 1963, p. 9).

74 «If the statutory language is not clear, and the court presumes that Congress intended to legislate constitutionally, then it follows logically that the Court should choose the interpretation of the statute that is constitutionally sound». Traducción propia (HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION [Notes]. «Should the Supreme Court presume that congress act constitutionally? The role of the canon of the avoidance and reliance on early legislative practice in constitutional interpretation». En *Harvard Law Review*, vol. 116 núm. 6, 2003, p. 1801.)

Así, durante mucho tiempo en EUA se ha concebido que la presunción de constitucionalidad de la ley deba prevalecer en el desarrollo del control judicial. Dentro del esquema de la función interpretativa, los jueces constitucionales deben asumir que existe una democracia constitucional y para que esta persista como tal, deben permitir que la mayoría gobierne, también cuando lo hace mal, limitando su intervención a los casos de vulneración flagrante de los derechos o a infracciones que amenazan la integridad del proceso político. Aquí cabe señalar que se trata de «vulneración flagrante» no cualquier afectación que puede o no estar justificada según las circunstancias del caso concreto, así como una «amenaza grave», importante y trascendente para poder llegar a la conclusión de que la ley es contraria a la Constitución. Bajo este contexto, un importante sustrato de deferencia que deben mostrar los jueces en la interpretación de las leyes antes de invalidarlas es defendido con el argumento de que la toma de decisiones democráticas es ya un verdadero «principio del constitucionalismo contemporáneo»⁷⁵ y en ese sentido un pilar de las modernas democracias constitucionales.

La concepción y construcción doctrinal de la presunción de constitucionalidad de la ley en el control judicial que hemos descrito en los párrafos anteriores está fuertemente arraigada en la cultura jurídica norteamericana. Un ejemplo de ello son las afirmaciones que en abril de 2012 hizo el actual presidente de los EUA Barak Obama, sobre la actuación de la Suprema Corte, previo al análisis y juicio definitivo de la *Patient Protection and Affordable Care Act*⁷⁶. En una conferencia de prensa en abril de 2012 el presidente afirmaba que: «por años hemos escuchado que el más grande problema sobre el poder judicial ha sido el activismo judicial y la falta de auto-restricción de un grupo de jueces no elegidos democráticamente podrían en algún momento anular una ley aprobada como constitucional»⁷⁷. En la misma conferencia de prensa más adelante llego a decir

75 WEBBER, Jeremy. «Democracy Decision Making as the First Principle of Contemporary Constitutionalism». En BAUMAN, Richard; KAHANA, Tsvi (coords.). *The least examined branch... ob. cit.* pp. 422 y ss. El autor como muchos otros no niega la esencial labor de los tribunales con la *judicial review*, sin embargo es evidente que el protagonismo no debe recaer en ellos, máxime si el asunto es complejo o controvertido políticamente.

76 La constitucionalidad de la conocida como *Obamacare* se resolvió finalmente apenas en junio del 2012 y como es bastante conocido, dicha ley era compleja y dudosa desde la perspectiva de su constitucionalidad, lo que llevo a la Corte a tener que analizarla, sin mencionar todo el trasfondo político en el que se desarrolló. Aquí se puede leer el texto completo de la sentencia: <http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/11-393c3a2.pdf>. Consultado 31 de octubre de 2012.

77 La transcripción literal sería: «For years, what we've heard is the biggest problem on the bench was judicial activism or the lack of judicial restraint, that an unelected group of people would somehow overturn a duly constituted and passed law» (<http://dailycapitalist.com/2012/04/03/obama-threatens-su>)

que está bastante seguro de que la Corte Suprema no declarara inconstitucional la ley en cuestión, con lo cual mandaba un mensaje claro, políticamente hablando, a los jueces sobre el sentido que se pretendía en la sentencia. Independientemente de las reflexiones que suponga, una aseveración como la anterior, desde el punto de vista de la separación de poderes y de las presiones políticas a los jueces constitucionales, lo importante aquí es recordar como en pleno 2012 la presunción de constitucionalidad de la ley o al menos una determinada concepción de esta, se encuentra en pleno núcleo del quehacer del control judicial desde la perspectiva del Derecho constitucional.

5. Algunas reflexiones finales

En términos generales las críticas a la *judicial review* llevaban con frecuencia a defender la presunción de constitucionalidad con argumentos siempre de desconfianza hacia el poder judicial. El núcleo esencial de la presunción de constitucionalidad era la autolimitación del juez, algo que se demuestra con algunas opiniones que reflejan siempre un temor por la posibilidad de que el juez sustituya la voluntad del pueblo expresada a través de los legítimos representantes.

La cuestión que queda por abordar y que es, con justificada razón, uno de los aspectos nucleares de la justicia constitucional, es el alcance concreto que se le debe dar a la presunción de constitucionalidad de la ley. En un primer escenario, se podría vislumbrar que una concepción de la presunción de constitucionalidad fuerte de la ley podría derivar en una reducción de la virtualidad de la propia *judicial review*⁷⁸; mientras que del otro lado, si no se concibe la presunción de constitucionalidad de la ley en términos fuertes o se reduce esta hasta intentar, incluso que desaparezca, volverían a resonar, las siempre latentes críticas (desde el punto de vista democrático) a la *judicial review*. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que concebir una supremacía judicial no quiere decir lo mismo que una hegemonía judicial, es decir, el hecho de que exista una fuerte actividad del tribunal a la hora de controlar la ley constitucionalmente, no indica que no hay participación del Legislador, o que esta se relega a un segundo plano sin importancia. Es más, el legislador sigue teniendo una importancia elevada incluso para dar cierta respuesta a una conducta generalizada del tribunal, en concreto a un ejercicio de la *judicial review* de manera insoportable. Es verdad que el Congreso de los EUA quizá no

preme-court/). En línea. Consultado viernes 14 de abril de 2012.

⁷⁸ Así lo pensaba ya por ejemplo BLACK, Charles. *Perspectives in Constitutional Law*. New Jersey: Prentice-Hall, 1963, p. 4.

ha utilizado tales posibilidades con frecuencia, sin embargo y en definitiva la fuerza final de los tribunales quizá se vea fortalecida por la acción del Legislador que consolida un constitucionalismo fuerte⁷⁹.

Como se puede desprender de las notas aquí expuestas someramente, la presunción de constitucionalidad de la ley está íntimamente ligada al debate sobre el control judicial de la ley y el problema de la legitimidad democrática de los jueces constitucionales. En la misma medida la presunción de constitucionalidad de la ley se verá transformada y modificada según lo sea también el control judicial de la ley. Es un dilema, quizá aún en la moderna teoría de la *judicial review* insalvable. No obstante es precisamente ese debate el que genera las innumerables vertientes que ha tomado tanto la justificación como las críticas al control de la ley por los jueces constitucionales. En estos términos se vuelve más relevante el estudio del alcance de la presunción de constitucionalidad de la ley y su justificación en la actualidad.

⁷⁹ Véase FARBER, Daniel. «Legislative Constitutionalism in a System of Judicial Supremacy». En BAUMAN, Richard; KAHANA, Tsvi (coords.). *The least examined branch... ob. cit.*, pp. 431-451, especialmente 434-448).

Bibliografía Utilizada

ACKERMAN, Bruce. «Beyond Carolene Products». En *Harvard Law Review*, núm. 4, vol. 98, 1985, pp. 713 – 746.

COVER, Robert. «The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities». En *The Yale Law Journal*, vol. 91, núm. 7, 1982, pp. 1287-1316.

FERRERES COMELLA, Víctor. *El control judicial de la constitucionalidad de la ley*. México D.F: Fontamara, 2008, 127 p.

HALL, Kermit; HALL, Mark David (eds.). *Collected Works of James Wilson*, 2 vols. Indianapolis: Liberty Fund Press, 2007, 1262 p.

HALL, Mark David. «Justice, Law, and the Creation of the American Republic: The Forgotten Legacy of James Wilson». En *First Principles Series Report. The Heritage Foundation*. núm. 26, 2009, pp. 1-14.

FERRAND, Max (ed.). *The Records of the Federal Conventions of 1787*. Volumen 2. New Haven: Yale University Press, 1911, p. 78. Disponible en Línea: http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=1786&Itemid=99999999. Consultado 10 de octubre de 2012.

OLKEN, Samuel. «Chief Justice John Marshall and the Course of American Constitutional History». En *The John Marshall Law Review*, vol. 33, 2003, p 743 y ss.

NEWMYER, Kent. *John Marshal and the Heroic age of the Supreme Court*. Louisiana: University Press, 2002, 552 p.

BAUMAN, Richard; KAHANA, Tsvi (coords.). *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, 585 p.

HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION [Notes]. «Should the Supreme Court presume that congress act constitutionally? The role of the canon of the avoidance and reliance on early legislative practice in constitutional interpretation». En *Harvard Law Review*, 2003, vol. 116 abril núm. 6, pp. 1798 – 1829.

THAYER, James Bradley. «The origin and scope of the American doctrine of constitutional law». En *Harvard Law review*, vol. VII, núm. 3, octubre, 1893, pp. 129 -156.

_____. *A preliminary Tratise on Evidence at the Common Law*. Boston: University of Michigan Library, 1898, 660 p.

GABIN, Sanford. «Judicial Review, James Bradley Thayer and the reasonable doubt test». En *Hastings Constitutional Law Quaterly*, vol. 3, 1976, pp. 961 – 1014.

DORADO PORRAS, Javier. *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos*. Madrid: Dykinson, 1997, 307 p.

PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. «Presumptions and Burdens of Proof». *EUI Working Papers Law*, núm. 2006/36, 15 p.

ROSS, William G. «Obama's Comments and Challenges to Judicial Review». En *JURIST - Forum*, abril, 11, 2012, <http://jurist.org/forum/2012/04/william-ross-judicial-review.php>. Consultado viernes 13 de abril de 2012.

SCHAUER, Frederick. «Ashwander Revisited». En *The Supreme Court Review*. 1995, pp. 71-98.

PERRY, Michael «The Constitution, the courts, and the Question of Minimalism». En *Northwestern University Law Review*, vol. 88, 1993, pp. 84-164.

CURRIE, David. «Constitution in the Supreme Court: The Preferred-Position Debate, 1941-1956». En *Catholic University Law Review*, vol. 37, 1987, pp. 39-79.

KUMM, Mattias. «¿Quién teme a la Constitución total?». En MENÉNDEZ, Agustín José; ERIKSEN, Erik Oddvar (eds.). *La argumentación y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp.159-160.

DERMIZAKY, Pablo. «Justicia Constitucional y Democracia». En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 13, 2009, p. 215.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge – Massachusets: Harvard University Press, 1980. 268 p.

_____. «Toward a representation-reinforcing mode of judicial review». En *Maryland Law Review*, vol. 37, 1978, pp. 451 y ss.

PÉREZ TREMPES, Pablo. «La interpretación de los derechos fundamentales». LÓPEZ GUERRA, Luis (coord.). *Estudios de Derecho constitucional*. Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo. Valencia: Tirant Lo Blanc, 2001, pp. 119-133.

ZEPPOS, Nicholas. «Deference to political decisionmakers and the preferred scope of the judicial review». En *Northwestern University Law Review*, 1993, vol. 88, núm. 1, pp. 296- 371.

UROFSKY, Melvin. *The Warren Court: justices, rulings, and legacy*. Santa Bárbara: Abc-Clio, 2001, 356 p.

WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Traducción de María Gracia Rubio de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madrid: Civitas, 1991, 515 p.

HUGHES, Charles Evan. *La Suprema Corte de los Estados Unidos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1946, 244 p. Versión española de Roberto Molina Pasquel y Vicente Herrero.

CORWIN, Edward. *The Doctrine of Judicial Review*. Massachusetts: Peter Smith, 1914, reimpresso en 1963, 117 p.

WEBBER, Jeremy. «Democracy Decision Making as the First Principle of Contemporary Constitutionalism». En BAUMAN, Richard; KAHANA, Tsvi (coords.). *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 411-430.

BLACK, Charles. *Perspectives in Constitutional Law*. New Jersey: Prentice-Hall, 1963, 122 p.

FARBER, Daniel. «Legislative Constitutionalism in a System of Judicial Supremacy». En BAUMAN, Richard; KAHANA, Tsvi (coords.).

ACERCA DEL CONCEPTO, ORIGEN Y DESAFÍOS DE LA FORMA
FEDERAL DE ESTADO -COMENTARIOS SOBRE LA ACTUALIDAD
DEL DEBATE EN ESPAÑA-

Milton Emilio Castellanos Goût
Doctorando en Derecho en la UCLM.

SUMARIO

Introducción.

- 1. Concepto, evolución y fundamento del federalismo y la forma federal de Estado.*
- 2. Origen del federalismo e inicio del Estado federal, en general y en España.*
- 3. Principales desafíos en la actualidad.*
- 4. Fuentes consultadas.*

Introducción.

El federalismo y la adopción de la forma federal de Estado puesta en práctica hace apenas poco más de dos siglos, con el surgimiento de Los Estados Unidos de América, en la actualidad han adquirido especial relevancia, debido principalmente a diversos factores: la intensificación práctica de la democracia -que le es inherente-, por todos los rumbos del mundo; la reapreciación y desarrollo del constitucionalismo; y, la propagación de tantas instituciones económico-políticas en el orden supranacional. Anticipo, sin embargo, que no se trata de discutir sobre el tema a partir de los modelos democráticos, que se construyen en las -sin duda interesantes- discusiones de los claustros académicos. Lo que se busca es más bien hacer del federalismo un referente práctico de ellas; sin dejar de reconocer que, si bien ha estado presente de modo determinante en la teoría política a partir de la modernidad, su presencia ha sido un tanto marginal en la realidad, escatimándole su importancia. Esto es, abordar la democracia desde el federalismo pretende construir otra perspectiva, habida cuenta de su desarrollo, sobre todo en las últimas tres décadas y, convencido de que las federaciones se construyen y funcionan al margen de definiciones académicas y batallas nominalistas¹

Entendido como forma de distribución territorial del poder político, que se expresa a través de una gran variedad de fórmulas político-constitucionales; desde las federaciones clásicas -encabezadas por Los EUA-, hasta los Estados unitarios que -a partir de la segunda mitad del Siglo XX- han adoptado soluciones federalistas en su estructuración y funcionamiento, dando base para concebir la teoría de los Estados compuestos, entre los que se identifican -junto a la forma del Estado federal-, las formas del Estado autonómico y regional, en los que se considera forzoso que medie la asignación constitucional del poder político a las comunidades identificadas con determinada circunscripción territorial del Estado; lo cual -por supuesto- tiene efectos en la ordenación de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial.

En buena medida la justificación del tema reside en el incremento del debate que se ha generado, no sólo en los ámbitos políticos y académicos, sino también -y sobretodo de manera generalizada- en los medios de comunicación masiva. Los acontecimientos políticos desplegados en Cataluña, en este -por tantas razones- inquietante año 2012, con el consecuente enfrentamiento entre los gobiernos

¹ Véase Fossas Espadaler, Enric: en □Presentación□ del libro de Anderson, George: *Una Introducción al federalismo*. Marcial Pons, Madrid, 2008: 11-13. Sin duda una lectura recomendable para todo aquel que tenga interés sobre la doctrina del federalismo y/o la forma federal de Estado.

de Cataluña y el Estado Español, han subido el tono del debate sobre la idea de que el Estado Español sea redefinido constitucionalmente, a la vista de tres posiciones bien confrontadas: a) para acentuar la descentralización del régimen autonómico con un nuevo sistema de financiación; b) asumir de una buena vez la forma federal bajo la idea de reconocer la concurrencia de soberanías, más que continuar procesos de descentralización, con un nuevo reparto de competencias; o, c) la separación de la Comunidad Autónoma de Cataluña del Estado español, para conformar un Estado en sí misma.

Para el observador acucioso una cuestión que agrega complejidad al análisis de las propuestas que se vienen planteando, está en la consideración que hace la mayoría de los constitucionalistas,² en el sentido de que en España ya existe un sistema federal, que se ha ido construyendo cotidianamente a lo largo de estos -ya casi- treinta y cinco años de vida constitucional, con el fin de ir acentuando la descentralización, a punto de que -superada esta etapa- la mejora en la distribución territorial del poder político radica en precisar la carta competencial. Otra complicación que embrolla el análisis federalista está no sólo en la existencia de partidos nacionalistas, sino en el incremento de su beligerancia; que no se encuentran en ningún otro Estado federal; y, no es que el discurso nacionalista se considere ilegítimo; sino, qué duda cabe, vicia el debate y obstruye la distribución territorial del poder. Por supuesto, que el federalismo también se complica seriamente con las asimetrías entre sus miembros integrantes, en razón de que es inevitable deriven a situaciones de desigualdad y privilegio. Aunque lo más perverso ciertamente es pretender debatir sobre soluciones de cómo mantener la unidad del Estado, con quienes básicamente están demandando su independencia.

El objetivo del trabajo está dirigido a ofrecer una visión concreta, actualizada, un tanto pragmática del federalismo y la forma federal de Estado, que haga acopio de sus principales características, el origen, los antecedentes y el inicio de su situación actual; de manera resumida identificar la diferencia esencial que existe entre las distintas federaciones; con el compromiso de asumir una posición neutra, descargada de prejuicios por razones históricas, ideológicas o de interés político. Se trata pues de una exposición breve, concisa, dirigida a los políticos activos, profesionales de la administración pública, estudiosos del derecho público, periodistas y comunicadores, que se interesen en conocer y asomarse al principal tema de debate público actual.

² Por ejemplo Roberto Blanco Valdés, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela.

Dada la inmensa cantidad de literatura generada respecto el federalismo y las diversas experiencias de su implementación, un objetivo adicional que me parece de provecho y oportuno ofrecer al lector, interesado en la situación del federalismo en general y de España en particular, es una selección de las fuentes donde se puede consultar la Bibliografía más actualizada, entre las que enfatizo el sitio en internet del Foro de las Federaciones, localizado en www.forumfed.org, organización internacional con sede en Canadá y oficinas en varios países, por supuesto, organizados conforme a los principios del federalismo.

Lógicamente los aspectos metodológicos estarán centrados en el acopio de información documental, de modo sistematizado, en atención a la hipótesis de trabajo, que considera el estudio de la forma federal de organizar el ejercicio del poder público, como preocupación que lleva siglos efectuándose, en prácticamente todo el mundo, desde diversos ángulos de enfoques, a tal grado que su literatura -generada en más de una docena de idiomas-, se cuenta por millares de volúmenes.

En el marco del espacio que limita la contribución del artículo, no cabría abordar el análisis comparado de todos los países que asumen la forma del Estado federal, tanto en los textos de sus propias constituciones, como en la práctica de su funcionamiento; de ahí que en esta ocasión nos limitemos a concretar la comparación básicamente respecto de Los Estados Unidos de América; no sólo por considerar que se trata de la potencia mundial que es, sino porque es, a fin de cuentas, donde se inician la teoría y la práctica de la primera forma federal del Estado moderno.

1. Concepto, evolución y fundamento del federalismo y la forma federal de Estado.

Desde que escuché y me convenció el acierto de la expresión... *seamos prácticos, vayamos primero al concepto*, he buscado la manera de iniciar mis ensayos atendiendo este consejo; en esta ocasión, sin embargo, me parece pertinente antes hacer una cavilación relacionada con la dificultad que representa la cuantiosa literatura que existe al respecto, así como la evolución que ha tenido, no la definición o significado de estas nociones, pero sí su finalidad o funcionalidad; pues, en efecto, el uso de la forma federal en la organización del ejercicio del poder político y la doctrina que de esta se deriva, se remonta a tiempos medidos en milenios; además, puede afirmarse que en cada comunidad donde se han puesto en práctica estas fórmulas, nace una concepción particular; y, que decir, de los

límites de espacio que se deben atender. De ahí que crea propicio advertir al lector, que en esta ocasión circunscribiré la referencia al concepto del federalismo y la forma federal de Estado, a los usos que se le dan en la época contemporánea, con énfasis a partir de la segunda mitad del siglo veinte; buscando enfocar a los tratadistas más reconocidos, incluidos algunos que son considerados clásicos en el estudio de la materia, no obstante su contemporaneidad.

Según Kennett C. Wheare³ “...*El principio federal consiste en dividir los poderes de forma que el gobierno general y los gobiernos regionales estén cada uno, dentro de una esfera, coordinados e independientes...*”⁴; esto es, identificando la esencia del hecho federal con el resultado de combinar lo que es propio, con lo que es común. Por su parte el destacado profesor estadounidense Daniel J. Elazar, en su acreditado libro *Exploring Federalism*⁵, describe a la forma federal de Estado como aquella que “...*resulta de conjugar el auto gobierno con el gobierno compartido...*”⁶. Así mismo, me parece imprescindible la referencia del profesor Canadiense Ronald L. Watts⁷, otro de los investigadores considerados clave en el estudio del federalismo en general y de la forma federal de Estado en especial, en la actualidad; la cual –dice- “...*implica la combinación de gobierno compartido para algunos fines y autogobierno regional para otros, en el marco de un sistema político Único...*”⁸. Georges Burdeau -en su conocido *Tratado de Ciencia Política*- ratifica que el Estado de forma federal se distingue en razón de que “...*una pluralidad de ideas de derecho concurren en el establecimiento del poder estatal federal al mismo tiempo que establecen, sobre materias constitucionalmente determinadas, el poder estatal de las colectividades locales...*”⁹.

Esta muestra de apenas cuatro autores permite resumir que, en el fondo, el federalismo despliega un sistema político que se instruye mediante una síntesis dialéctica entre dos tendencias antagónicas, una hacia la unidad y otra hacia la diversidad;

3 Ex rector del *Exeter College of Oxford University*, autor del libro *Federal Government*, todo un clásico en la materia, considerado una de las autoridades mundiales en el tema.

4 Véase en Wheare, K.C.: *Federal Government*. Oxford University Press, Londres, 5ª edición, 1968:12

5 Véase Elazar, Daniel J.: *Exploring Federalism*. The University of Alabama Press, Tuscaloosa, 1987; editada en español por Editorial Hacer, Barcelona, 1990

6 Elazar, ob. cit. p.32 y ss.

7 Watts, Ronald L.: *Comparing federal System*. McGill-Queen's University Press, Montreal, 3ª edición, 2008. Editado en español con el título: *Sistemas federales comparados*. Marcial Pons, Madrid, 2006.

8 Watts, ob. cit. p. 89.

9 Véase Burdeau, Georges: *Tratado de Ciencia Política*. Traducido por Enrique Serna E., UNAM-ENEP Acatlán, México, 1985. Tomo II, Volumen II, P.268.

en cuya combinación van surgiendo elementos sociales, políticos y económicos, conforme a los cuales se va constituyendo el Estado federal. Como enseña el conocido profesor de la Universidad de Heidelberg George Jellinek al afirmar que en el Estado federal “...*hay una pluralidad de estados fundidos en una unidad; esto es, en tanto que domina la competencia del poder del Estado federal, desaparecen las diferencias que separan entre sí a los estados miembros...*”¹⁰

Otra dicotomía en el desarrollo de la doctrina del federalismo reside en la pretensión de argumentarlo con razones políticas, por un lado, versus procurar hacerlo con razones técnicas, por el otro lado. Pretender justificar la federalización con razones políticas implica ubicarse en la función de gobernar, desde donde habrán de desplegarse procesos de descentralización jurídico-políticos. En cambio, la intención de justificar al federalismo con razones técnicas implica ubicarse en la administración pública, desde la que se despliegan procesos de descentralización administrativa. Ciertamente al desenvolverse ambos procesos terminan siendo complementarios. Sin embargo, no puede pasarse por alto que hay quienes niegan la validez de tal dicotomía, argumentando que la forma federal lo que realmente implica -en la base- es el fenómeno de la co-soberanía, es decir, la concurrencia de las soberanías del ente federal junto a las soberanías de las entidades federativas, habida cuenta de la pluriconstitucionalidad que acontece en razón de la coexistencia que se da entre la Constitución federal y las Constituciones de los Estados integrantes de la federación; con las cuales se da lugar a dos órdenes de gobierno que crean, aplican y juzgan el Derecho, según sus ámbitos competenciales previamente consensuados, en virtud del ejercicio de la soberanía nacional que reside esencial y originariamente en el pueblo, quien justamente en ejercicio de la misma se da la Constitución del Estado federal, con la estructura y modalidades de funcionamiento que a sus constantes histórico-sociológicas corresponde.

Esta concepción de la co-soberanía; es decir, que en un mismo régimen estatal federal coexistan dos soberanías, de las entidades federativas y la del propio Estado federal, ciertamente no es nueva, data de mediados del siglo XIX y se le atribuye al abogado estadounidense John Caldwell Calhoun (1782-1850), reconocido históricamente como el creador y *defensor de los derechos de los Estados*, debido a la invención de la que denominó *teoría de la nulidad*, en la cual argumentaba que los Estados federados (entidades federativas), en ejercicio de sus derechos podían declarar nulas aquellas leyes federales que considerasen violatorias de la

¹⁰ Véase en Jellinek, George: *Teoría General del Estado*. Traducción al español por Fernando de los Ríos. Editorial Albatros, Buenos Aires, 1970:577 y ss.

Constitución. De ahí parte la lucha por el reconocimiento de la soberanía de los Estados integrantes de Los EUA, que llegó a detonar una guerra civil de la que no falta quien considere que él inspiró, no obstante ya habían transcurrido más de diez años de J. C. Calhoun había fallecido. Pero dejó la semilla con su aseveración de que son los Estados miembros de la federación los que ceden una parte de su soberanía en favor del Estado federal y no al revés, reservándose la otra parte para también ejercer las potestades, que no hubieren expresamente atribuido a los funcionarios federales¹¹.

En el fondo, el debate sobre la pertinencia de caracterizar al Estado federal, con basamento en la concurrencia de soberanías, y no en procesos elementales de descentralización jurídico-política, menos aún en simples procedimientos de descentralización administrativa; tiene un desenlace por demás trascendente, que se materializa en la configuración de otra dicotomía en la concepción de la forma federal de Estado; la cual da lugar al reconocimiento de dos tipos de Estado federal, como son la confederación y la federación. La confederación se sustancia en una unión convencional, es decir, resultado de un pacto, convención o tratado entre Estados o Comunidades que se consideran soberanas, las cuales limitan su ejercicio en razón de ciertos intereses comunes, pero sin perder su personalidad jurídica y política propia, tanto en el orden interno como en el internacional. El Estado federal del tipo federación, a diferencia de la confederación, se sustancia en una Constitución federal, mediante la que las entidades ejercen su soberanía, sólo en lo que hace a sus regímenes interiores; es decir, sus capacidades legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales, están sujetas a los términos establecidos en la Constitución conforme a la cual se crea la federación; misma que le constituye como único sujeto jurídico de Derecho Internacional. En la Confederación -en cambio- los Estados que forman parte de la misma, mantienen su soberanía en tanto sujetos del Derecho Internacional.

Como sea que se resuelva la fórmula, mediante la síntesis dialéctica o la precisión de la jerarquía constitucional, el federalismo asienta una característica esencial, la cual es común a todo Estado que asuma en realidad la forma federal, como que se trata de organizar territorialmente el ejercicio del poder político dentro del paradigma del *constitucionalismo democrático*. En otras palabras, si se quiere responder la interrogante de ¿Cuáles son las características que debe reunir todo Estado que asuma la forma federal?, habrá que admitir la simbiosis entre Constitución y democracia. En efecto, Daniel Elazar apunta con toda claridad que

11 Cfr. el Artículo 135 de la Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos, que coincide plenamente con la 10ª enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América.

aquellos Estados supuestamente federales, donde la práctica de la democracia está ausente y prevalece el autoritarismo, “...de federales sólo tienen el nombre, como un reflejo del tributo que el vicio paga a la virtud...”¹². Al respecto abundo en el argumento con otra cita de Kennett Wheare, en cuanto afirma “...las dictaduras, con sus partidos únicos de gobierno y su negación de las elecciones libres, son incompatibles con la mecánica de funcionamiento del principio federal...”¹³. Respecto al rol determinante que tiene la Constitución, recurro a la consideración que hace el Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Santiago Compostela, Roberto Blanco Valdés en su reciente libro *Los rostros del federalismo*¹⁴, en la que especifica que la estructura federal “...ha de verse, además, reflejada, y garantizada, en una Constitución, es decir, en una norma escrita, jerárquicamente superior a las demás que componen el ordenamiento del Estado, texto que ha de regular la organización y competencias de sus dos niveles de poder (federal y federado), los principios básicos de funcionamiento del sistema político resultante de tal duplicidad y los derechos y libertades del conjunto de la ciudadanía. [...] Lo característico de los Estados federales no es, por tanto, según se afirma con frecuencia, poseer una Constitución escrita, sino una de naturaleza federal, lo que, aunque podría parecer redundante, realmente no lo es: ha de ser en la Constitución donde quede reflejado, con mayor o menor claridad, el carácter federal del Estado, lo que exige que aquella se configure con un determinado contenido y que éste goce de unas concretas garantías,...”¹⁵

El otro aspecto de trascendencia está en la negociación, pero no sólo en lo que concierne a los aspectos competenciales, sino acaso con mucho mayor cuidado, en todo lo que tiene que ver con la distribución de los recursos económicos financieros. Ciertamente el dinero -como suele decirse universalmente- es lo más importante, tanto si se trata de los seres humanos, como de los Estados. Indudablemente los acuerdos en torno a la recaudación, distribución y fiscalización del gasto público, también son de crucial importancia para el funcionamiento del sistema federal; dígase si no, por ejemplo, en el caso del rechazo al pacto fiscal planteado por el gobierno de Cataluña al gobierno del Estado español, que ocasionó el ambiente de convulsión y rompimiento en las relaciones que priva entre ambas instancias políticas, con la consecuente crisis de unidad en el Estado español que han generado.

12 Elazar, ob. cit., p. 242.

13 Wheare, ob. cit., p. 47.

14 Véase Blanco Valdés, Roberto L.: *Los rostros del federalismo*. Alianza Editorial, Madrid, 2012. El libro más reciente sobre la materia, que ofrece una clara aproximación al conocimiento del federalismo; sin duda, una obra de gran oportunidad para reflexionar sobre el debate actual en España.

15 Véase en Blanco, ob. cit. p. 25-26.

La ocasión de estudiar el federalismo y la forma del Estado federal, con el propósito de ofrecer algunas reflexiones que permitan encontrar soluciones a los conflictos generados por el deterioro que padece el régimen autonómico en España, consecuencia de su estructuración asimétrica desde la propia Constitución de 1978, exige revisar el proceso de perfeccionamiento que -en su caso- ha tenido la concepción del federalismo -vale decir originario- en los Estados Unidos de América, la cual ha evolucionado de una concepción enfocada como federalismo dual, a otra de índole cooperativa; y, de esta, a una serie de modalidades que en la actualidad se han venido adoptando, a partir de lo que se conoce como el estudio de la *relaciones entre poderes*¹⁶. El concepto *federalismo dual* (dual federalism)¹⁷ se debe al profesor de jurisprudencia en la Universidad de Princeton Edward S. Corwin, quien centra el modelo federalista en el concepto de poder (o autoridad), enfocando básicamente su distribución, con el argumento de que “...*existe una demarcación clara y tajante entre los poderes del gobierno central y los poderes de los gobiernos regionales. [...] En su propio ámbito, cada nivel de poder es soberano. La imagen que presenta este modelo es, pues, la imagen de una soberanía dual. No hay relación de superioridad-inferioridad entre ambos niveles de poder, sino igualdad de rango. [...] Las relaciones entre el poder central y los poderes regionales se caracterizan por la independencia y por la rivalidad. De la rivalidad emanan conflictos cuya resolución compete a un tribunal supremo de justicia...*”¹⁸. Esto último implica la validación de la doctrina que pone el acento en *los derechos de los Estados*, como mecanismo de defensa que tienen los gobiernos de las entidades federativas para desarrollar sus responsabilidades y evitar la centralización.

En la medida que se arraigó la unidad de la federación, los postulados del federalismo dual fueron reemplazados por otros, que previeron otra base para la distribución del poder, a partir de la identificación de determinadas funciones públicas atribuidas a cada orden de poder (o autoridad). Desde luego que el concepto de *soberanía dual* también fue desplazado, instalando en su lugar el concepto de *la supremacía nacional*; en tanto que la relación entre poderes -federal y

16 Véase en López Aranguren, Eduardo: *Estudios de Derecho Público. El federalismo americano: las relaciones entre poderes en los Estados Unidos*. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1987: 37 y ss. La publicación de este libro es resultado de una beca de investigación que concedió la *Fundación Juan March* para estudiar el federalismo y las relaciones entre los poderes federal, estatal y local en los Estados Unidos de América, dentro de su programa de investigación sobre el tema general “Autonomías Territoriales”; estoy seguro que su lectura es ampliamente recomendable, en especial con motivo del debate actual entre los gobiernos autonómicos y el gobierno central.

17 Posteriormente conocido como *federalismo de viejo estilo* o *modelo de autoridad coordinada*.

18 Cfr. López A. ob cit. pp.37-43

regional- caracterizada por la rivalidad, vino a ser reemplazada por una relación de cooperación, en virtud de la identificación de las denominadas *funciones compartidas*, con las que surge el *modelo del federalismo cooperativo*¹⁹; en el cual las asignaciones y responsabilidades políticas²⁰ -como la política de educación, la política de salud, la política de obras públicas, etc.- están compartidas. En lugar de hablar de atribuciones exclusivas para cada orden de poder federal, estatal y local, ahora se habla de atribuciones concurrentes, de manera que los tres trabajen juntos en las mismas áreas, compartiendo funciones y, por tanto, el poder. Si bien la vieja concepción competitiva entre los poderes, dio paso a una nueva concepción cooperativa, esto no cambió que el poder siguiera siendo el foco central, y su distribución la principal causa de preocupación en la relación del gobierno federal con los gobiernos de las entidades federativas.

Aunque habrá de tenerse presente que si bien el concepto de federalismo dual es un concepto fundamentalmente jurídico, que pone énfasis en la idea de soberanía y da lugar a la variación que se conoce como *federalismo coercitivo*; el federalismo cooperativo -en cambio- es fundamentalmente político y pragmático, que se concentra en las relaciones de poder e influencia que ligan a unos poderes con otros²¹, incluido el orden local correspondiente a condados y municipios. De ahí que la interpretación que se haga de estas relaciones tripartitas sea una *interpretación funcional*, que destaca los mecanismos de financiación, diseño, administración y provisión de servicios públicos.

Pero no todo son bondades en el federalismo cooperativo, su principal objeción radica en que, siguiendo la ley natural de que *el pez grande tiende a comerse al pez chico*, este tipo de relación entre poderes se resuelva en favor del poder mayor y derive hacia un fenómeno de centralización, que permita asumir al gobierno federal funciones que no le correspondían. Lo que de nuevo abre ocasiones para el conflicto entre los diferentes órdenes de gobierno, cuya solución lleva al estudio de lo que ha sido dado en llamarse el concepto de *relaciones entre poderes*, que aborda las múltiples formas de conexión que se dan entre los tres -también les dicen niveles- federal, estatal y local, dando lugar a diversas variaciones conceptuales del federalismo cooperativo, como son, por ejemplo, los tres modelos funcionales del conocido como *federalismo creativo*, traducido en la aparición y difusión de distintas versiones del federalismo cooperativo, conocidas precisamente como *el nuevo federalismo*; el cual surge durante el régimen del

19 Cfr. López A. ob cit. pp.43-49

20 No está de más recordar al lector la diferencia que existe en el idioma inglés entre politics y policy.

21 Cfr. López A. ob cit. p.52

Presidente demócrata Lyndon B. Johnson a mediados de la década de los 60's del siglo XX, que se distingue por ampliar el principio de *la cooperación* extendiéndolo a más de los gobiernos de las entidades federativas, a condados, ciudades, distritos escolares y, organizaciones privadas filantrópicas²². En la administración del presidente republicano Richard M. Nixon, el *nuevo federalismo* indica una reafirmación del principio de la *superioridad estatal* en el sistema de la relación entre los poderes, acentuando precisamente el aspecto positivo de *los derechos de los estados*. Especialmente desarrollado durante el período del también presidente republicano Ronald Reagan en las décadas de los años 80's, al mantener el énfasis en la interdependencia entre los tres niveles de poder; de tal manera que el nuevo federalismo termina por escaparse de los aspectos nocivos de la antigua y arrugada concepción del federalismo dual.

Empero, la dicotomía no se esfuma así nada más, sobreviniendo modelos que tienden a restaurar la naturaleza jerarquizada en las relaciones intergubernamentales, reconstruyendo el concepto del federalismo basado en una *autoridad federal centralizada*, la cual ha dado lugar al *federalismo centralizado*, en oposición al término de federalismo periférico, caracterizado por el renovado predominio del poder nacional (central)²³.

2. Origen del federalismo e inicio del Estado federal, en general y en España.

Coincido con la aseveración generalizada entre los estudiosos de los hechos y las ideas políticas, así como de los aplicados al estudio del constitucionalismo, quienes ubican el inicio de la *forma del Estado federal* con el surgimiento -en 1787- de Los Estados Unidos de América; esto es, con el nacimiento del Estado Constitucional moderno. En efecto, el pueblo estadounidense tiene el mérito de haber sido el primero en poner en práctica la forma del Estado federal, combinada con la forma de gobierno republicano y el régimen político presidencialista, establecidos mediante una Constitución escrita, producto de una asamblea constituyente originaria. Hecho que marcó un hito en la historia de la modernidad, con indiscutible influencia hasta la existencia de los Estados contemporáneos, principalmente en América Latina, sin descartarla en algunos países de Europa, Asia y África. Dígase si no, ante la evidencia de los más de doscientos veinticinco años de vigencia constitucional ininterrumpida, y los 28 países -en los que habita el 40% de la población mundial- que se autodenominan federales o se les

22 Cfr. López A. ob. cit. p.53

23 Véase con mayor profundidad y detalle en López A. ob. cit. pp.57 y ss.

considera como tales;²⁴ en razón de que adoptan tal formación federal-republicano-presidencial, con sus principios rectores de la distribución territorial en el ejercicio del poder político, la coordinación entre los dos órdenes de gobierno y la coexistencia bien proporcionada de los dos órdenes jurídicos.

Indudablemente los *Padres Fundadores* de Los EUA tuvieron por bien sabido que tal *forma federal de Estado* tiene su inspiración en la ingenio de *Charles du Secondat*, mejor conocido por su seudónimo como *el barón de Montesquieu*, quien en su conocidísima obra *Del espíritu de las leyes* discurría acerca de la forma de gobierno de la *república federativa*, en la cual identificaba como elemento fundamental de toda organización federal: la determinación de unirse y constituir entre todos un ente superior, al que Montesquieu denominó como «*une société de sociétés*».²⁵ Pero sin olvidar que su puesta en práctica no fue exitosa desde su inicio, cuando aprobaron -en noviembre de 1777- el documento conocido como *Los Artículos de la Confederación y Unión Perpetua*, con los que se creaba un *Estado federal de tipo confederado*, con el que fracasaron en su intento de lograr la unificación de las trece colonias; aunque no debe dejarse de advertir que sirvieron de base para dar el paso siguiente diez años después -en 1787-, con la Constitución del Estado de forma federal del tipo de una federación;²⁶ en la que -nada menos- conservan el nombre de Estados Unidos de América, como hasta hoy mantienen.

Efectivamente -como afirma el profesor de derecho constitucional Leonel Alejandro Armenta-, la Constitución de los EUA es la carta constitucional más importante de la historia política del mundo moderno²⁷. Para quienes tengan interés en profundizar su conocimiento, no puede dejarse de recomendar la lectura del libro *El Federalista*²⁸, que contiene la compilación de Artículos publicados por Hamilton, Madison y Jay, con el seudónimo colectivo *Publius*, y que fueron de gran influencia para darse a buenas la viabilidad y ventaja de asumir la *forma federal de Estado*, por parte de las colonias norteamericanas recientemente independizadas. Ciertamente sus comentarios fueron -con mucho- la clave para remontar los temores de

24 Véase Anderson, George: *Una Introducción al federalismo*. Marcial Pons, Madrid, 2008:19-20.

25 Cfr. Blanco Valdés, R. pp.15-16.

26 Al respecto es recomendable la consulta del libro del destacado tratadista de principios del siglo XX Fiske, John: *Curso de Derecho Constitucional. El gobierno civil de los Estados Unidos considerado con relación a sus orígenes*. Traducido al castellano por Manuel Cervantes Rendón. Editorial Herrero, México, 1906; en relación con el comentario, véase página 234 y ss.

27 Véase Armenta López, Leonel A. *La forma federal de Estado*. UNAM, México, 1996:24.

28 Véase Hamilton, Alexander, Madison, James y Jay, John: *El federalista*. Fondo de Cultura Económica, México. 3ª reimpresión, 1998. *The federalist* es el título de una compilación de 85 artículos escritos por estos tres autores.

los gobiernos de los nacientes Estados, que recelaban de que el gobierno central terminara avasallándolos; como por ejemplo los que publicó James Madison al respecto: “...*Los gobiernos de los estados pueden considerarse como partes constitutivas y esenciales del gobierno federal; en tanto que este último no es de ningún modo esencial al funcionamiento u organización de los primeros. [...] los gobiernos de los estados tendrán siempre la ventaja sobre el gobierno federal, ya sea que los comparemos desde el punto de vista de la dependencia inmediata del uno con respecto al otro...*”.²⁹ De ahí que se le tenga como el documento básico, elemental, para entender los motivos y las razones de tales enunciados constitucionales, prototipo de la modernidad filosófico-política; los cuales facilitaron la conjunción de fines de los gobiernos estatales con el gobierno central.

Si bien admito sin reserva estas afirmaciones, me parece pertinente aclarar que no comparto la tesis de que este sea -a la vez- el origen³⁰ de la concepción del federalismo, ni la puesta en práctica de la forma federal de organizar el poder político, el cual estoy plenamente convencido se remonta a la etapa más extensiva del poderío de la república de Roma, con más precisión diría que en la etapa que corresponde a la postrimería de la república y comienzo del imperio. Esto no sólo respecto de la distribución del poder sobre el territorio, sino a la vez respecto de la cualidad de la ciudadanía, que también era objeto de este afán expansionista de los gobernantes romanos, sin demérito de las nacionalidades de origen de cada población. Ciertamente desde entonces se entiende que una cosa es la nacionalidad de los seres humanos, y otra muy diferente es la ciudadanía de las personas.

En efecto, a mediados del siglo I, a. de C. la República Romana estaba formada por dos masas territoriales: el territorio originariamente romano (*ager romanus*) y los territorios de las comunidades aliadas, que constituían un sistema político con alto grado de autonomía, los cuales poseían administración pública propia y territorios por derecho propio, entre los que el gobierno de Roma sólo se metía de manera excepcional. La relación entre los gobiernos de estas comunidades y el gobierno de Roma se basaba en auténticos tratados de alianza (*foedera*), que eran de dos tipos; de una parte estaban los tratados de alianza entre iguales, conocidos como *foedus alquum* y, por la otra parte, los tratados entre desiguales, conocidos como *foedus iniquum*. Las comunidades con las que Roma tenía concertado un *foedus alquum* eran soberanas, desde el punto de vista exclusivamente jurídico; en tanto que las comunidades aliadas bajo el *foedus iniquum* no gozaban de esta soberanía; sino que

29 Cfr. Hamilton, ob. cit. p. 198 y ss

30 Aclarando que inicio y origen no son sinónimos; ni cabe confundir la concepción del Estado moderno con ninguna de las formas de organización política de la sociedad anteriores a él.

expresamente reconocían la soberanía de Roma y estaban, por tanto, obligados -sin más- a cumplir las disposiciones jurídicas del gobierno romano.³¹ Puede inferirse incluso que precisamente el *foedus alquum* inspiró la forma federal de tipo confederación; y, el *foedus iniquum* la forma federal de tipo federación.

En el año 45 a. de C. a iniciativa del “dictador” Julio Cesar entra en vigor la *Lex Julia Municipalis*, con la cual se crea un régimen jurídico especial para ordenar a las comunidades establecidas sobre los territorios comprendidos bajo la expansión de Roma; distinguiéndolas en tres diferentes tipos³², según la circunstancia de su inserción al dominio romano: a) *municipia militaris*, en el caso de aquellos asentamientos que se forman en torno de los campamentos de las *legiones romanas* que se adentraban en territorios prácticamente despoblados, sobre los que terminaban estableciéndose en forma permanente; b) *municipia coercitia*, resultantes de los procesos de ocupación a que daban lugar las guerras expansionistas, cuyas conquistas facilitaban el sometimiento de comunidades enteras, en virtud de la superioridad del poderío romano; y, c) *municipia foederata*, que surgen en aquellos lugares donde su población prefiere celebrar un pacto de alianza con el gobierno de Roma, originando en esencia la fórmula federalista de organización del poder político. Con la codificación de la *Lex Julia Municipalis*, Julio Cesar desplegó un régimen especial para las comunidades ubicadas dentro de los cada vez más amplios dominios de la República Romana, claramente motivado en hacerlas participes de sus procesos de integración y participación democráticos, con una señal inequívoca de lo que después vino a ser la concepción del Estado-nación, que en realidad -ni en teoría- el mundo antiguo había conocido.³³ Fue así que por decisión de los *comicios romanos* a las ciudades aliadas se les confirió un *estatuto de gobierno* que les otorgaba un ámbito considerable de autonomía, manifiestamente imbuido en el modelo de la metrópoli, sin detrimento de la consideración de las adecuadas variantes locales.³⁴

De la manera que haya sido -desde la antigüedad a la modernidad, o de ésta a la actualidad- la base de la organización federal está en la idea de pacto, alianza, unión, convención; en la que campea el espíritu de la solidaridad, bien entendida como *adhesión de unos a la causa de otros para constituir una comunidad de*

31 Véase Kunkel, Wolfgang: *Historia del Derecho Romano*. Editorial Ariel, Barcelona, 8ª impresión. Traducción de Juan Miquel. 2009: 43-44

32 Véase en Quintana Roldan, Carlos: *Derecho Municipal*. Editorial Porrúa, México, 2ª edición, 2005:38

33 Véase en Castillejos José: *Historia del Derecho Romano -política, doctrina, legislación y administración-*. Editorial Dykinson, S. L. Madrid, 2004: 134

34 Cfr. Castillejos, ob. cit. p. 223

intereses, aspiraciones y responsabilidades; nada más contradictorio a la manera como hoy se pretende manipular el concepto en España, con la supina pretensión de negar al Estado autonómico tal naturaleza federal o, peor aún, aceptar como válidos principios que apelan a la soberanía de la entidad autonómica, poniendo la mira en ahondar la división con fines independentistas. No obstante, la doctrina federalista generada mundialmente reitera que el Estado español reúne los principales caracteres del federalismo a tal grado que –inclusive– en el *Handbook of federal countries* a España se le tiene –desde 2002– en la lista de los países constituidos mediante *la forma federal de Estado*, junto a África del sur, Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Canadá, Comoros, Emiratos Árabes Unidos, Estados Unidos de América, Etiopía, India, Malasia, México, Micronesia, Nigeria, Pakistán, Rusia, St. Kitts y Nevis, Serbia-Montenegro, Suiza y Venezuela.³⁵

Esto es así, admitiendo que en la actualidad al Estado Español sólo le falta el título, como componente para su agregación a la lista de los Estados con forma federal. Destaco que esto ocurra, *en la actualidad*, considerando que en España la intención federalista ha sido objeto de encendidos debates –cuando menos– desde hace alrededor de 150 años, prácticamente a partir que *Francisco Pi i Margall* tradujera y publicara el libro de P. J. Proudhon: *El principio federativo*³⁶, en 1868; año en el que lidera la fundación del Partido Republicano Federal, que en primer término propugna por la instauración de una república federal en España, frente a los intentos por mantener la monarquía constitucional, a la vez que contra los adeptos de implantar un Estado unitario; seguido de un esperanzador programa democrático socialista, orientado básicamente a la protección de la clase obrera. Aunque –sin duda– su trabajo teórico de mayor trascendencia, especialmente para el debate de nuestros días, es su ampliamente conocido libro *Las Nacionalidades*³⁷, publicado en 1877, desde el que argumenta contra el Estado-nación uniformista, insistiendo en su propuesta de constituir la república federal, como alternativa oportuna para organizar políticamente a la sociedad española, fincada en el *principio de las nacionalidades históricas* propias de aquellas comarcas que antes fueron naciones.

35 Véase en *The handbook of federal countries*. McGill-Quinns University Press. Montreal, 2002.

36 Véase Pi i Margal, F.: “Prologo, Traducción y Notas” al libro *El principio federativo* de P. J. Proudhon. Librerías de Alfonso Durán, Madrid, 1868; reeditado como parte de *Las Nacionalidades -escritos y discursos sobre federalismo de Francisco Pi i Margall*. Edición y estudio introductorio de Ramón Máiz. Ediciones AKAL, Madrid, 2009: 411-419

37 Véase Pi i Margall, F.: *Las Nacionalidades*. Imprenta y Librería de Eduardo Martínez, Madrid, 1877. reeditado en *Las Nacionalidades -escritos y discursos sobre federalismo de Francisco Pi i Margall*. Edición y estudio introductorio de Ramón Máiz. Ediciones AKAL, Madrid, 2009:75-370

De aquí la pertinencia de pensar a España como *una sociedad de sociedades*, basado en el apotegma de Montesquieu; pensamiento que trasciende a la época contemporánea para inspirar el aforismo del moderno federalismo propuesto por Francisco González Navarro redefinido como *España: nación de naciones*; título con el que identifica su libro editado por la Universidad de Navarra en 1993;³⁸ en el que plantea la necesidad de corregir el uso del término *nacionalidades históricas*, por considerarlo que “...es sencillamente absurdo y va contra la naturaleza de las cosas...”; afirmando que “...lo correcto -cuando proceda- es hablar de naciones”;³⁹ para sostener en definitiva que el cauce procesal a través del cual es posible alcanzar la unidad de España, es el *federalismo cooperativo*, que en los tiempos contemporáneos ha venido a remplazar al *federalismo tradicional*. Federalismo de nuevo sentido que -según González Navarro- está latente en la Constitución Española de 1978, sólo es cuestión de “...hacer patente su vigencia entre nosotros y demostrar que yerran el camino quienes andan proponiendo una reforma constitucional para hacer un Estado federal...”⁴⁰; si acaso -acepta- sea conveniente incorporar la enunciación del federalismo cooperativo.

Si bien la reflexión comparativa que se ofrece en estas breves líneas, con las muestras de Estados Unidos y España, acerca del origen, inicio y situación actual de la forma del Estado federal, parecería insuficiente para alcanzar un conocimiento con rigor científico, considerándose que debería ampliarse a otros casos, -lo que seguramente excedería los límites de espacio disponibles-, sin duda nos permite argüir teórica y prácticamente acerca de las siguientes aseveraciones: 1. El federalismo no es una doctrina a seguir con aptitud de ser útil en cualquier contexto sociopolítico e histórico; 2. La forma federal de Estado no es única y de aplicación general, sino que surge con distintas modalidades, de conformidad con la realidad histórica-sociológica en que está llamada a funcionar; 3. Consecuentemente evoluciona de acuerdo con las circunstancias conforme a las que se actualiza cada Constitución, así sea mediante procesos previamente establecidos para su reforma, o procedimientos de interpretación política o jurisdiccional.⁴¹

No obstante esta multiplicidad de fórmulas federativas -podría pensarse en una por cada uno de los 28 Estados considerados-, tanto por lo que hace a los países

38 Véase González Navarro F. *España, nación de naciones: El moderno federalismo*. Ediciones de la Universidad de Navarra EUNSA, Pamplona, 1993.

39 González Navarro, ob. cit. p. 18-19

40 Ídem.

41 Un sitio de consulta reconocido por su seriedad y profesionalismo, en el que se puede obtener información para un conocimiento de mayor amplitud y profundidad, es el que ofrece la organización internacional conocida como *Foro de las federaciones*; localizable en internet: www.forumfed.org

que lo han puesto en práctica, institucionalizándolo en su Constitución con todas sus letras -por ejemplo los Estados Unidos de América-, o como en aquellos otros estados en los que se asume su estructura y consideran sus principios, pero no aciertan a registrarlos en sus textos constitucionales -por ejemplo el Estado Español⁴²-, es posible -sin embargo- identificar al menos cuatro características comunes: 1. Su diseño e implementación consta en una Constitución escrita; 2. Existen por lo menos dos órdenes -no niveles- de gobierno, uno general y otro por determinadas demarcaciones territoriales, con sus ámbitos competenciales constitucionalmente definidos; 3. La integración de los órganos primarios en ambos gobiernos, se logra mediante procesos electorales con votación directa; 4. La recaudación, distribución y fiscalización de los recursos económico-financieros, son tanto o más importantes que los aspectos políticos para el funcionamiento del sistema.

3. Principales desafíos en la actualidad.

Positivamente los Estados-nación en los que se identifica la *forma federal*, tienen tan evidentes diferencias entre sí, que ya es tópico de su literatura actual aceptar la normalidad de la diversidad de fórmulas federativas existentes en el mundo. De Ahí que uno de los principales desafíos en la actualidad -para todo Estado federal que necesite superar conflictos generados por la distribución territorial del poder político-, resida justamente en la necesidad de identificar los rasgos característicos que les permitan individualizar la estructura y el funcionamiento de su régimen federativo, y distinguirlo del resto de las federaciones existentes; de manera que puedan abonar elementos a su racionalización.

El debate acerca de la distribución del poder político sobre el territorio del Estado Autonómico Español, no quedó resuelto con la redacción de los textos constitucionales vigentes desde 1978; al contrario, su forma asimétrica entre el conjunto de las Comunidades Autónomas agregó complejidad a su estructura y funcionamiento⁴³. Tampoco sus reforma sucesiva y la reglamentación consecuen- te para definir sus cualidades operativas han logrado remediar su problemática;

42 Sobre la fórmula constitucional para establecer los principios del Estado Autonómico Juan Fernando López Aguilar hace una atinada referencia en la nota # 1 del artículo publicado en el No. 3 de este Anuario, correspondiente al año 1999: 8; en el que introduce la buena síntesis que ofrece J. J. Solozábal, en su libro *Las bases constitucionales del Estado Autonómico*. Editorial Mc Graw-Hill, Madrid, 1977.

43 Véase al respecto el libro colectivo, en el que participan Trujillo, G., López Guerra, L., García Roca, J., Álvarez Conde, E., De Carreras, F., y Freixes Sanjuan, T.: *Asimetría y cohesión en el Estado Autonómico*. Editado por el INAP, Madrid, 1997.

la cual, en la coyuntura actual, lo menos que alcanza es el calificativo de crítica; de suyo agravada seriamente por los afanes soberanistas y consecuentemente secesionistas de Cataluña y el País Vasco⁴⁴; obligando en la práctica a enfrentar el desafío de revisar y confrontar el prototipo del Estado que se puntualiza en el texto de la Constitución, con el que se pretende normalizar, de manera que se logre finalmente actualizar el texto constitucional con la realidad de la forma del Estado federal, el cual, -por cierto- con tanta insistencia reclama la doctrina⁴⁵. Con todo, no puede dejarse de señalar el estorbo que representa en la actualidad el papel imperioso que tienen los partidos políticos nacionalistas, para cualquier intento de reforma con la mira de racionalizar -en relación a su contexto- los fundamentos del *Estado de las Autonomías*; cuidándose de no obsequiar tal reajuste del modelo con dirección hacia su formalización como confederación, de modo que pueda llegar a constituir el paso necesario para después -se proclama- insistir en la independencia.

Desde los debates del constituyente de 1978 el espíritu nacionalista vasco y catalán, seguidos de las comunidades de Galicia y Navarra, encabezaron el rechazo a todo intento de partir de suma cero en la configuración del régimen autonómico, manteniéndose -todo el tiempo transcurrido hasta la fecha- en la lucha por lograr propagar sus prerrogativas, con el argumento de ajustar el marco normativo a la realidad dominante. Ahí están, por poner un ejemplo, los casos de rechazo a los nuevos Estatutos aprobados por sus Cortes, incluso con los recortes que le aplicara el Tribunal Constitucional mediante su discutida sentencia. Es cierto que en tiempos cuando los caudales económico-financieros (aparentemente) sobaban, fueron robusteciéndose -con todo y sus desigualdades- los ámbitos competenciales de los gobiernos de las Comunidades Autónomas, inclusive desplegando en muchos casos la duplicidad de funciones. Pero que, al confirmar que tales caudales no sólo no sobaban, sino que habrían de racionalizarse y, por lo mismo restringirse, sobrevino la confrontación centrando la discusión en ¿cuál de los órdenes de gobierno deberá restringir sus competencias y por tanto sus recur-

44 Respecto de la distribución del poder soberano sobre el territorio del Estado que reclaman las Comunidades Autónomas, no sólo respecto de las competencias que se reserva el gobierno central, sino incluso en relación con las instituciones locales, existen cientos de referencias bibliográficas; algunas de las más destacadas pueden encontrarse en la nota No. 6 del artículo que publica Enrique Belda Pérez-Pedrero, bajo el título de “La cuestión territorial como tema de debate”, en el Anuario *Parlamento y Constitución*, que editan Las Cortes de Castilla La-Mancha y la UCLM, # 13 correspondiente al año 2010, página 295. Así mismo en la reseña bibliográfica que incluye en el artículo “La visión jurídica del territorio”, publicado en el mismo Anuario, páginas 332-341.

45 Cfr. La Pégola Antonio: *Los nuevos senderos del federalismo*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994.

sos?; desde luego subrayándose con esto las asimetrías y, por supuesto, profundizando y extendiendo el sentimiento nacionalista, con el consecuente incremento del posible quebranto de la unidad del Estado español⁴⁶.

La conclusión del desafío para muchos está más en el lado de intentar la reforma de un Estado abstraído en superar una crisis económica-financiera, que en moderar los afanes independistas. No obstante, estudios de la opinión pública constatan que en menos de cinco años quienes pretenden la soberanía e independencia; es decir, la constitución del Estado propio, se han más que duplicado, identificando ya la mitad del electorado en la comunidad catalana. Para otros -en cambio- el principal desafío en la actualidad, está en buscar la causa del crecimiento de tal radicalización en la superposición de los intereses partidistas nacionalistas versus los intereses de los partidos que ha hecho gobiernos centrales, así como en la actuación de los medios de comunicación masiva que propician una interpretación cada vez más estrecha del consenso constitucional de 1978, con un resultado claramente pernicioso para las propias fórmulas del Estado autonómico.

El federalismo no es la panacea que solucionará todos los problemas, ni siquiera puede decirse que sea siempre la mejor solución, en atención a sus fuerzas y debilidades, oportunidades y amenazas; tampoco puede decirse que por sí sólo garantice la práctica de la democracia, ni el buen gobierno, de mejor manera que un estado unitario; todo depende de la cultura política en la que prevalezca la convicción de que los principios del federalismo son los que mejor pueden servir a la superación de la crisis. En efecto, la forma del Estado federal no es -de suyo- idónea para cualquier país, requiere -lo menos- que se destierre cualquier vestigio de autoritarismo y haya efectivamente prácticas democráticas, aprecio y respeto por el Estado Constitucional de Derecho; y, auténtico espíritu de solidaridad; de suerte que se debe reflexionar con cuidado sobre los factores que han de considerarse en cada país, para que la forma federal funcione con éxito. No hay, pues, recetas universales generales y abstractas; quizá la única sería que la fortaleza del federalismo está en su capacidad de adaptarse a las circunstancias de tiempo y lugar.

Para lograr el nacimiento de una nueva manera de ordenar las relaciones políticas entre los poderes, no puede haber artificio, en primer término se deben exteriorizar cuáles son las causas que han motivado su demanda. Enseguida, es en

⁴⁶ Véase al respecto el artículo de López Aguilar, Juan Fernando: *El debate sobre el futuro del Estado de las autonomías*. En el Anuario *Parlamento y Constitución*, que editan Las Cortes de Castilla La-Mancha y la UCLM, # 3 correspondiente al año 1999, páginas 7-41.

verdad de gran utilidad el estudio comparado de las experiencias de otros Estados con forma federal. Efectivamente, para conocer nuestro sistema la oportunidad de contrastarlo con otros ofrece mayores posibilidades de encontrar soluciones, que encerrado en su propia realidad. En el extremo de este razonamiento, me atrevo a sostener que en los tiempos que corren... *quien sólo conoce su Estado, ni su Estado conoce*. Esto me lleva a desafiar la búsqueda -como apunté al principio- hacia el desarrollo del federalismo estadounidense, en donde encuentro una metodología actualizada y aprovechable, para delinear un marco de análisis sistemático de las relaciones -tanto verticales como horizontales- entre los poderes públicos, según la tipología que propone A. Lee Fritschler⁴⁷; especialmente centrado en el modelo que denomina de *conflicto innovador* (innovative conflict), en el cual explica la potencialidad que puede tener una relación entre poderes que comienza siendo conflictiva y termina siendo cooperativa; advirtiendo que las actitudes de los funcionarios en interacción son ciertamente manipuladoras, al tiempo que defensivas; y, así mismo, llamando la atención sobre la dura, difícil y escasa de flexibilidad que habrá de ser la negociación entre los representantes de los diversos poderes.⁴⁸

Para concluir, no puede dejarse de abordar el desafío que tienen quienes insisten en proponer la adopción clara y contundente de la forma federal, de explicar en cuáles aspectos el federalismo o la puesta en práctica de la forma federal en otros países -llamémosles de federalismo clásico o tradicional-, se diferencian del modelo autonómico español; o, en su caso, porqué este modelo no contiene en su estructura y funcionamiento los rasgos característicos de la distribución territorial del poder político reconocida en el Estado federal; y, finalmente, cuáles reformas a la Constitución Española deben hacerse para satisfacer los nacionalismos Vascos, Catalanes y demás nacionalidades históricas reconocidas.

4. Fuentes consultadas.

Aja Fernández, Eliseo: *El Estado Autonómico: federalismo y hechos diferenciales*. Alianza Editorial, Madrid, 2ª edición, 2003.

47 A. Lee Fritschler es profesor *the School of Public Policy at George Mason University, en Fairfax, Virginia*. El Profesor Fritschler está considerado como uno de los más destacados expertos en federalismo en los Estados Unidos; fue cercano colaborador del presidente W. Clinton, con quien colaboró como secretario asistente en materia de educación pública, especialmente en educación superior, hasta 2001.

48 Véase en López A. ob. cit. pp. 58-59.

Alberti Rovira, Enoch. *Las relaciones cooperativas en el orden federal alemán*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

Amoretti, Ugo M., y Bermejo, Nancy (comps.): *Federalism and Territorial Cleavages*. Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2004.

Anderson, George: *Una introducción al federalismo*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008.

Argullol Murgadas, Enrique: *Federalismo y autonomía: la ordenación de las instituciones y los poderes en los Estados compuestos*. Editorial Diagonal, Barcelona, 2004.

Arment, Luis y otros: *Federalismo y Estado de las Autonomías*. Editorial Planeta, Barcelona, 1991.

Armenta López, Leonel A.: *La forma federal de Estado*. Editorial UNAM-IIIJ, México, 1996.

Belda Pérez-Pedrero, Enrique: “La cuestión territorial como tema de debate. Problemas de su reforma”. En el Anuario *Parlamento y Constitución* editado por Las Cortes de Castilla-La Mancha y la UCLM. No. 13/2010: 293-312.

Blanco Valdés, Roberto: *Los rostros del federalismo*. Alianza Editorial, Madrid, 2012.

Blindenbacher, R. y Koller, A. (comps.) : *Federalism in a Changing World: Learning from Each Other*. McGill-Queen’s University Press, Montreal, 2003.

Brieber León, Enrique (coordinador): *Regionalismo y federalismo*. UNAM-IIIJ, México, 2004.

Burdeau, Georges.: *Tratado de Ciencia Política*. Traducido por Enrique Serna E., UNAM-ENEP Acatlán, México, 1985.

Burgess, Michael: *Comparative Federalism: Theory and Practice*. Routledge, Londres, 2006.

Caminal, M.: *El federalismo pluralista*. Paidós, Barcelona, 2002.

Carpizo McGregor, J.: *Federalismo en Latinoamérica*. UNAM, México, 1973

Castillejos, José: *Historia del Derecho Romano -política, doctrina, legislación, administración-*. Editorial Dykinson, S. L. Madrid, 2004.

Chust, Manuel: *Federalismo y cuestión federal en España*. Editorial Castelló de la Plana, Universidad de Jaume, 2004.

Croisat, Maurice: *El federalismo en las democracias contemporáneas*. Editorial Hacer, D. L. Barcelona, 1995.

Elazar, Daniel J. *American federalism, a view from de states*. Harper et Row, Nueva York, 1984; traducida al español por la Fundación Campalans, Barcelona, 1990. [...] *Exploring Federalism*. University of Alabama Press, Tuscaloosa, 1987. Edición en español: *Exploración del federalismo*. Editorial Hacer, Barcelona, 1990.

Elorza, A. y Trías, J.: *Federalismo y reforma social en España*. Seminarios y Ediciones, Madrid, 1975.

Fernández Segado, F.: *El federalismo en América latina*. Cuadernos constitucionales México-Centroamérica, # 41, 2003

Ferrando Badía, Juan: *El Estado unitario, el federal y el autonómico*. Editorial Tecnos, Madrid, 2ª edición, 1986.

Frenkel, M.: *Federal Theory*. Canberra, 1968

Friedrich, C.: *The trends of federalism in theory and practice*. The Pall Hall Press, Londres, 1968.

Fiske, John: *Curso de Derecho Constitucional. El gobierno civil de los Estados Unidos considerado con relación a sus orígenes*. Traducido al castellano por Manuel Cervantes Rendón. Editorial Herrero, México, 1906.

Foro de las Federaciones, dentro del programa: Un Diálogo Global Sobre Federalismo. Publicados en www.forumfed.org

Fossas, E. y Requejo, F. (eds): *Asimetría federal y Estado plurinacional. El debate sobre la acomodación de la diversidad en Canadá, Bélgica y España*. Editorial Trotta, Madrid, 1999.

Gabriel, P.: “Republicanismos y federalismos en la España del siglo XIX”; en *Historia y Política*. No. 6, 2001.

Gagnon, Alain-G: *El federalismo canadiense contemporáneo: fundamentos, tradiciones e instituciones*. Editorial tirant lo blanch-Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2010.

García Calvo, Manuel: *Federalismo = federalism*. Editorial Dykinson-Instituto Internacional de Sociología Jurídica, Madrid, 2004.

García de Entería, Eduardo: *La revisión del sistema de autonomías territoriales: reforma de estatutos, leyes de transferencia y delegación, federalismo*. Editorial Civitas, Madrid, 1988.

Gibson, Edward L. (comp): *Federalism and Democracy in Latin America*. Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2001.

González Oropeza, M.: *El federalismo*. UNAM, México, 1995.

Griffith, Ann L. (comp.): *Handbook of Federal Countries 2005*. McGill-Queen's, Montreal, for the Forum of Federations: 2005.

Gómez Santiago, Roura: *Federalismo y justicia constitucional en la Constitución española de 1978: el tribunal constitucional y las comunidades autónomas*. Biblioteca Nueva, D. L. Madrid, 2003

González Casanova, José A.: *Federalismo y Autonomía: Cataluña y el Estado español 1868-1938*. Traducción al castellano por Mercedes Fernández. Editorial Crítica, Barcelona, 1979.

González Navarro, Francisco: *España, nación de naciones: el moderno federalismo*. Ediciones de la Universidad de Navarra (Eunsa, D. L.), Pamplona, 1993.

Hennessy, C. A.: *La república federal en España*. Ed. Aguilar, Madrid, 1966.

Heuglin, Thomas O. y Fenna, Alan: *Comparative Federalism: A Systematic Inquiry*. Broadview Press, Peterborough Ontario, 2006. [...] *International Social Science Journal*, número especial sobre federalismo, 2001.

Jutglar, A.: *Federalismo y revolución*. Universidad de Barcelona, 1966.

Kincaid, John. (ed.) *American federalism: The Third Century*. Sage Publications, Newbury Park, 1990.

Kincaid, John y Tarr, G. Alan (comps): *Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*. McGill-Queen's University Press, El Foro de Federaciones y la International Association of Centers for Federal Studies (IACFS), Montreal, 2005.

Kunkel Wolfgang: *Historia del Derecho Romano*. Editorial Ariel, Barcelona, traducción de Juan Miquel, 8ª reimpresión, 2009.

La PÉrgola, Antonio: *Los nuevos senderos del federalismo*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994.

Le Roy, Katy y Saunders, Cheryl: *Legislative, Executive and Judicial Governance in Federal Countries*. McGill-Queen's University Press, El Foro de Federaciones y la International Association of Centers for Federal Studies (IACFS), Montreal, 2006.

López Aranguren, Eduardo M.: *El federalismo americano: las relaciones entre poderes en los Estados Unidos*. Instituto de Estudios de Administración local. Madrid, 1987.

López Cordón, Ma. Victoria: *El pensamiento político internacional del federalismo español 1868-1874*. Editorial Planeta, D. L. Barcelona, 1975.

Máiz, Ramón: "Edición y estudio introductorio" del libro: *Las Nacionalidades -Escritos y discursos sobre federalismo-*; escrito por Francisco Pi i Margall. Ediciones AKAL, Madrid, 2009.

Majed, Akhtar; Ronald L. y Brown, Douglas M.: *Distributons of Powers and aresponsabilities in Federal Countries*. McGill-Queen's University Press, El Foro de Federaciones y la International Association of Centers for Federal Studies (IACFS), Montreal, 2006.

Monreal Ferrer, Antoni: *La nación y los Estados en el federalismo norteamericano: la interpretación judicial de las subvenciones federales*. PPV. Barcelona, 1990.

Moreno Fernández, L.: *La federalización de España. Poder Político y territorio*. Editorial Siglo XXI, Madrid, 1997.

Muñoz Machado, S.: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*. Editorial Iustel, Madrid, 2ª edición, 2007.

Pérez, C.: *El Partido Republicano federal (1868-1874)*. Endimisión, Madrid, 2001.

Pérez De Nanclares, J.: *El federalismo supranacional, ¿un nuevo modelo para la Unión Europea?*. Consejo Vasco del Movimiento Europeo, Victoria, 2003.

Pi i Margall, Francisco: *las Nacionalidades –Escritos y discursos sobre federalismo*. [...] “Prologo, Traducción y Notas” al libro de *El principio federativo*, de P. J. Proudhon. Ediciones AKAL, Madrid, 2009.

Requejo, Ferrán: *Federalismo plurinacional y pluralismo de valores: el caso español*. Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

Robert Agranoff, y Rafael Bañón i Martínez (compilador): *El Estado de las Autonomías: ¿Hacia un nuevo federalismo?*. Editorial Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

Shah, Anwar (comp.): *The Practice of Fiscal Federalism: Comparative Perspectives*. McFill-Queen’s University Press, El Foro de Federaciones y la International Association of Centers for Federal Studies (IACFS), Montreal, 2007.

Tobalina, Simón: *El Estado Autonómico y sus matices federales*. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981.

Trujillo Álvarez, Gumersindo: *Introducción al federalismo español (ideología y fórmulas constitucionales)*. Cuadernos para el dialogo. Madrid, segunda edición, 1967.

Valadés, Diego y Serna de la Garza, J. M.: (coords.) *Federalismo y Regionalismo*. UNAM, México, 2005.

Von Beyme, K.: *The political system of the federal Republic o Germany*. Gower, Londres, 1985.

Watts, Ronald L.: *Comparing federal System*. McGill-Queen’s University Press, Montreal, 3ª edición, 2008. En español: *Sistemas federales comparados*. Marcial Pons, Madrid, 2006.

MILTON EMILIO CASTELLANOS GOÛT

Wheare, Kennett C.: *Federal Government*. Oxford University Press, Londres, 5ª edición, 1968.

Toledo, Castilla La-Mancha.
A 15 de Noviembre de 2012.

PARA UNA CONCEPCIÓN DE JUSTICIA Y LEGITIMIDAD
EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Dr. Xavier Garaicoa Ortiz, M.Sc. y D.H.C.

*Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Guayaquil,
Director del Postgrado en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional.
Miembro de la Academia Nacional de Historia del Ecuador.*

SUMARIO

I. La constitucionalización del orden jurídico.

II. La justicia como poder sancionador de la ley.

III. La justicia como expresión intercultural transnormativa de la diversidad.

IV. El papel de la jurisprudencia vinculante de la corte constitucional sobre la acción de protección.

Bibliografía.

“La justicia es la reina de las virtudes republicanas y con ellas se sustentan la libertad y la igualdad”

SIMÓN BOLÍVAR

I. La constitucionalización del orden jurídico.

Sostiene acertadamente el tratadista italiano Luigi Ferrajoli (2004) que el modelo (o sistema) garantista de legalidad del Estado, no sólo condiciona al conjunto de las relaciones sociales (las juridifica), sino que también estructura vínculos sustanciales de justicia a la actividad sistémica de aquel (las legaliza). Correspondería consecuentemente que el derecho en su formulación -pero también en sus contenidos- sea coherentemente modulado con aquellos valores y principios esenciales que expresa la Constitución (Títulos I y II), los cuales configuran al ordenamiento socio-jurídico, los mismos que para el Ecuador serían: la libertad y la autonomía individual y colectiva con responsabilidad social y ambiental; la igualdad de acceso y de ejercicio para los ciudadanos/as en la promoción de las diferencias de carácter relevante; la inclusión y equidad sistémicas dentro de un régimen multiarticulado del buen vivir; la justicia sustancial y variada (ordinaria, indígena, alternativa, constitucional); la solidaridad distributiva y organizacional; la seguridad integral para la vida, la dignidad, la ocupación y para los bienes de las personas; y, la paz concebida como tolerancia, armonía y cooperación fructífera. Estos valores y principios enunciativo-prácticos conforman el plexo histórico-ético al que remite en el Preámbulo Constitucional la convivencia ciudadana diversa e inclusiva y la sociedad de la dignidad, enunciadas en calidad de características propias para nuestra organización colectiva, definiéndolas a manera de marco idóneo para ir conformando un país democrático.

Esta doble característica de dinámica en iter-actividad sistémica, se las asigna al Estado la propia constitucionalización del ordenamiento jurídico al consagrar la supremacía de los derechos humanos (artículo 425) y su vinculatoriedad *erga omnes* (artículo 426), la cual tiene como una de sus principales garantías a la denominada rigidez del texto constitucional, que nos permite emitir a partir del mismo: a) un juicio de validez sobre las propias normas integrantes del ordenamiento en calidad de control abstracto; b) un juicio de pertinencia y de adecuación de aquellas con los derechos en desarrollo; y, c) un juicio de consentimiento activo para dotarlas democráticamente de una legitimidad social e intercultural.

Adicionalmente cabe señalar que el reconocimiento de la participación y la consagración en la Constitución de mecanismos plebiscitarios y comunitarios de distinta índole (artículos 104, 105; y 57 numerales 16 y 17), nos permiten calificar al régimen político-constitucional promovido por aquella como el de una demo-diferencia intercivilizatoria, la cual incluye en su sistema político junto a la democracia representativa -imperante en la formación y en el funcionamiento del poder estatal- a las expresiones comunitarias étnico-culturales (indígenas, afroecuatorianas y montubias); a las organizaciones y asociaciones populares, sociales y gremiales; así como a cualesquiera otras de libre configuración (de género, etáreas, de intereses compartidos, de identificaciones variadas, etc.). Tanto la pluralidad asociativa y expresiva (simbólica) cuanto la diferenciación normativa de la estructura social¹ y la multiculturalidad característica de aquella, se expresan por medio del principio jurídico de la diversidad englobada, lo cual requiere de una trama flexible institucional tendente hacia la autogestión social a través de la deliberación pública intercultural² y de acciones que promuevan un proceso de empoderamiento ciudadano, fundado en la transnormatividad de los derechos, y, en el ejercicio de las libertades políticas individual y colectivamente.

II. La justicia como poder sancionador de la ley.

La tradicional legitimación del poder por medio de la representación que ostenta en virtud de su origen delegacional por elección y, del modelo práctico-jurídico de opinión pública referida a la expectativa de justicia, le confiere a éste atribuciones decisionales concentradas en autoridades provistas legalmente de competencias definidas, cuyas resoluciones se convierten en irresistibles por su

¹ “... el concepto de fuentes (en la constitución del 2008) no es exclusivo de la ley en sentido formal, puesto que existen otras tantas manifestaciones que no provienen necesariamente del Parlamento, ni del Estado en general, pero que reúnen las condiciones para la generación de derecho objetivo”. Sentencia No. 001-10-FJO-CC, caso Indulac No. 0999-09-JF (R.O. 351 del 29 de diciembre del 2010).

² *Deliberación Pública es el conjunto articulado reticularmente de variados procesos comunicativos interculturales atravesados por múltiples sentidos; en los cuales intervienen indiscriminadamente los involucrados e interesados bajo principios de igualdad y diversidad (art. 23) en calidad de actores asimétricos cuyo poderío debe ser ponderado con un criterio de equidad, dentro del debate en torno a objetivos prefijados normativa o consensualmente, para garantizarles que puedan influir o determinar participativamente las decisiones que se adopten en relación a los servicios públicos o a las razones socio-políticas que sustentan a las reglas atinentes a las comunidades étnicas o a los colectivos culturales, y, a la ciudadanía.*

Dice al respecto el investigador y catedrático argentino Palti, que: “Todo debate racional pone en juego un determinado tipo de saber: el de las normas que lo articulan y hacen posible el mismo” PALTÍ, Elías José.- La invención de una legitimidad.- Fondo de Cultura Económica.- México D.F. 2005 pág. 56

carácter vinculante a condición de que ellas adquieran un carácter irreprochable en su formación -aun cuando fuesen cuestionables en su contenido-. Se consagra de esta manera, la supremacía del aparato estatal por medio de aquellas, al tornarlas obligatorias y controlables por el propio dispositivo que las consagra, en uso de su calidad de jerarquía dominante y del poder de coerción que posee.

Este poder punitivo como conjunto de prácticas sancionadoras sustentadas en potestades ejercidas por autoridades judiciales, administrativas y policiales, conforma con su actuación todo un sistema gradualizado de actuaciones criminalizantes, fundamentándolas en prescripciones disciplinarias en torno a determinados comportamientos sociales debidos, validándolas por medio de estructuras modélicas ajustadas a una moral heterónoma destinada a homogenizar la diversidad social, confinando así a la disidencia más allá de la discrepancia admitida.

La justicia -en este sentido estrecho que se le asigna como instrumento de la legalidad del Estado liberal de derecho- consistiría exclusivamente en garantizar ciertos comportamientos disciplinarios establecidos preceptivamente, los cuales deberían ser observados obligatoriamente por las personas individual o colectivamente (en un sentido mandatorio o en otro prohibitivo), ateniéndose para ello a la configuración jurídica que se les asigna en calidad de sujetos de los respectivos derechos.

Tal preceptuación se realizaría, por tanto, a través de prescripciones que adoptan la forma de reglas elevadas a la categoría superior de ley, cuyo detalle para su eficacia real se la efectúa por la burocracia y por la policía. Los contenidos abstractos de los derechos (declaraciones) se tornan así en variables por medio de los mecanismos establecidos para su aplicación, al conformar por medio de aquellos sus delimitaciones infranqueables en relación con otros derechos opuestos o concordantes, recurriendo para ello a criterios sobre la primacía del “bien público” cuyo portador e intérprete sería el propio Estado (de hecho su administración burocrática)³, consagrando a dichos criterios como cánones de obligatoria obser-

³ “Cada una de estas libertades (la personal, de prensa, de palabra, de asociación, de reunión de enseñanza, de religión) es proclamada (en la Constitución francesa de 1848) como el derecho absoluto del ciudadano francés; pero una nota marginal declara que no es ilimitada más que en tanto que no está limitada <<por los derechos iguales de los otros y la seguridad pública>>, o por las <<leyes>>, teniendo precisamente por fin realizar esa armonía”... “También la Constitución remite sin cesar a futuras leyes orgánicas que deberán desarrollar estas notas marginales y reglas de tal manera el goce de estas libertades ilimitadas, para que no entren jamás en conflicto entre sí, ni con la seguridad pública”... “Cada párrafo de la Constitución reafirma en efecto, su propia antítesis, sus propias cámaras altas y cámaras bajas: el texto principal acuerda la libertad, pero el comentario marginal la suprime”. MARX, Karl.- El XVIII brumario de Luis Bonaparte.- Editorial Claridad S.A. Buenos Aires 2008, págs. 37-38.

vancia (precedentes) formulados en la práctica administrativa, policial y jurisprudencial. La libertad ciudadana queda así aprisionada en una trama burocrática de prescripciones y de interdicciones, asignándosele la calidad de “súbdito de la ley”, la cual es acuñada y supervigilada por el propio Estado de derecho.

Esta concepción de justicia -aun incluso con su atenuación por las políticas de bienestar que fuesen promovidas bajo la cobertura del denominado Estado social- consagra estructuralmente una desigual y discriminatoria (en ocasiones hasta segregacionista) exclusión social⁴ y un tratamiento de los derechos como privilegios ocasionales otorgados.

Mientras continúen operando en gran medida estas prácticas estatales, basadas en la arbitrariedad “discrecional” del funcionariado; y, ejerciéndose incontroladamente por parte de sus integrantes el contenido punitivo de la potestad disciplinaria y sancionadora sobre los más pobres y marginados, a quienes se les aplican tipos punibles para “formas de ser” consideradas como anómalas (delin cuenciales, desviaciones, disidencias, rebeldías, etc.) diferentes a los ilegalismos aplicables a comportamientos irregulares sujetos a infracciones, los cuales se reservan como meras presunciones para las actuaciones “económicas” de las clases poseedoras, seguirá teniendo vigencia para los primeros la sagaz aseveración del escritor estadounidense William Faulkner: “... ¿Acaso no es siempre injusta la justicia? ¿Acaso no está compuesta siempre de injusticia, de suerte y de lugares comunes, a partes desiguales?”.

III. La justicia como expresión intercultural transnormativa de la diversidad.

La legitimidad de un ordenamiento constitucional juridificado –entendida como un margen de aceptación que va, desde el consentimiento activo y una participación consciente en la esfera de la práctica social hasta la tolerancia y respeto a una normatividad positiva- no puede concebirse como un atributo que detenta el poder para justificar con ello su potestad coercitivo -sancionadora sustentada en un determinado régimen de prescripciones, bajo control de las respectivas autoridades. En realidad deberíamos considerar a la misma como un conjunto

⁴ “Lo que caracteriza... la realidad de la marginación es la exclusión de la comunicación social y la participación política, consecuencia del rol o status devaluado en que se encuentra. El marginado es un ser que no logra ver reconocidos plenamente sus derechos fundamentales, y, por tanto, satisfechas sus necesidades básicas, que aquellos salvaguardan.” Ballesteros, Jesús.- *Postmodernidad: Decadencia o resistencia*. Editorial Tecnos, Madrid 2000 págs. 43-44

fluctuante de legitimidades variadas, diversas y heterogéneas en una sociedad plural, tanto por su origen (étnico y plurinacional), cuanto por su formación (autodeterminación) y funcionamiento (autónomo) tal como viene definida por el Preámbulo Constitucional. Dichas legitimades conformarían una constelación sistémica de valores y de visiones múltiples en un campo de poderío para procesos hegemónicos (Bourdieu), por medio de la cual se potencian constantemente las diferencias entre fuerzas y componentes sociales, ateniéndose para ello a una base de equidad y de inclusión, como la que se busca construir cual un régimen de desarrollo apropiado para el sistema articulado del buen vivir (artículos 275 y 340 de la Constitución):

“Art. 275.- El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*.”

El Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución. La planificación propiciará la equidad social y territorial, promoverá la concertación, y será participativa, descentralizada, desconcentrada y transparente.

El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza.”

“Art. 340.- El sistema nacional de inclusión y equidad social es el conjunto articulado y coordinado de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que aseguran el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución y el cumplimiento de los objetivos del régimen de desarrollo.

El sistema se articulará al Plan Nacional de Desarrollo y al sistema nacional descentralizado de planificación participativa; se guiará por los principios de universalidad, igualdad, equidad, progresividad, interculturalidad, solidaridad y no discriminación; y funcionará bajo los criterios de calidad, eficiencia, eficacia, transparencia, responsabilidad y participación.

El sistema se compone de los ámbitos de la educación, salud, seguridad social, gestión de riesgos, cultura física y deporte, hábitat y vivienda, cultura, comunicación e información, disfrute del tiempo libre, ciencia y tecnología, población,

seguridad humana y transporte”.

Tan sólo desde esta perspectiva holística lograríamos el acceso expedito a una concepción de justicia material para un conjunto socio-cultural diverso como el nuestro, al cual no le sería aplicable un único estándar homogenizante de reglas producidas legislativamente y aplicadas administrativa y judicialmente, debido a que cada uno de los distintos procesos sociales constitutivos tendría como atributo específico un parámetro propio, en concordancia con su respectivo sistema de representaciones simbólicas y con los vínculos sociales que los congregan, condicionando la conformación de sus propias redes de sociabilidad provistas de identificaciones intra-comunitarias o endo-grupales propias (creencias, ritos y actividades lúdicas)⁵.

La justicia sustancial en el Estado Constitucional del Buen vivir consistiría por tanto, en un conjunto sistémico de proporcionalidad dúctil y fluctuante para derechos contrapuestos y diversos (desiguales), auto-regulados en su eficacia por medios legítimos y participativos como la producción normativa, las costumbres étnicas, la jurisprudencia y las decisiones administrativas; y, por las políticas públicas de inclusión y de equidad.

La transgresión in-disciplinaria del orden respectivo (asemejable a la infracción o al ilegalismo del que nos habla Foucault), sujeta a puniciones diversas (sanciones y penas legales, costumbristas o comunitarias), sólo puede ser referida al conjunto de los valores interculturales esenciales histórico-concretos ya mencionados (los valores que trae el Preámbulo). Ello nos permitiría proceder a enjuiciar exclusivamente ciertos comportamientos, acciones u omisiones de los sujetos dentro de una estructura de responsabilidad objetiva correspondiente al respectivo imaginario colectivo, despenalizando por tanto, todo aquello que no implique dis-valores evidentes u ofensas a bienes jurídicos o colectivos.

En consecuencia, la resolución de causas por los jueces en el Estado Constitucional debe responder a ese nuevo paradigma, en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 42 de la Constitución, sujetándose para ello a lo establecido por el artículo 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitu-

5 “Art. 21.- Las personas tienen derecho a construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones; a la libertad estética; a conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder a su patrimonio cultural; a difundir sus propias expresiones culturales y tener acceso a expresiones culturales diversas.

No se podrá invocar la cultura cuando se atente contra los derechos reconocidos en la Constitución”.

cional⁶, que contiene por lo menos tres ingredientes medulares elevados a la categoría de principios, a los cuales debemos entender como enunciados normativos mandatorios con fuerza obligatoria (Alexy: 2008) (Mora: 2009):

- a) El principio pro-homine de aplicación de la norma o interpretación más favorable para proteger la efectiva vigencia de los derechos, de conformidad con los artículos 11, numeral 5; 417 y 427 de la Constitución.
- b) El principio de optimización de los derechos para su real eficacia y aplicación máxima en su cumplimiento progresivo como establecen los artículos 11, numerales 7 y 8; y 426 de la mencionada norma suprema; y,
- c) El principio de la vinculatoriedad de los precedentes jurisprudenciales (stare decisis) para el desarrollo hermenéutico de los derechos previsto en el artículo 436, numeral 6 de aquella.

Para la extensión constante y permanente de la justicia en su aspecto sustancial resulta imprescindible desarrollar a la par y sin pausa, tanto el valor de la igualdad diferenciadora expresada en el numeral 2 del artículo 11 de la constitución⁷, cuanto la potenciación de aquella que acompaña a la equidad de trato reservado a los individuos, grupos y comunidades colocados en posición desventajosa; así como la libertad responsable que es característica para los nexos de solidaridad

6 “Art. 2 LOGJCC.- Principios de la justicia constitucional.- Además de los principios establecidos en la Constitución, se tendrán en cuenta los siguientes principios generales para resolver las causas que se sometan a su conocimiento:

- 1.- Principio de aplicación más favorable a los derechos.- Si hay varias normas o interpretaciones aplicables a un caso concreto, se debe elegir la que más proteja los derechos de la persona.
- 2.- Optimización de los principios constitucionales.- La creación, interpretación y aplicación del derecho deberá orientarse hacia el cumplimiento y optimización de los principios constitucionales.
- 3.- Obligatoriedad del precedente constitucional.- Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia.
- 4.- Obligatoriedad de administrar justicia constitucional.- No se puede suspender ni denegar la administración de justicia por contradicciones entre normas, oscuridad o falta de norma jurídica.

7 Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

que nos debemos como comunidad histórica. Sírvanos de referente al respecto la sabia enseñanza del Regenerador Juan Montalvo, quien sostenía refiriéndose a la justicia que: "... La igualdad es la esencia de esta virtud: el privilegio que traiga consigo disminución de pena para el delito por el cual a otros les echamos todo el rigor de la ley, destruye los fundamentos de la justicia, y pone a riesgo de perderse el gran equilibrio de la asociación civil que llamamos orden."

IV. El papel de la jurisprudencia vinculante de la corte constitucional sobre la acción de protección.

Al configurarse expresamente en la Constitución ecuatoriana como principio de aplicación inexcusable el de creatividad de normas para la eficacia plena de los derechos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos (Título II) -el cual se torna en inclusivo de nuevas normas a través de su formulación por medio de una cláusula abierta hacia desarrollos ulteriores en torno a la concepción de la dignidad (artículo 11 numeral 7) y a los principios de evolución progresiva, así como al de prohibición de regresión (ibid 8),- estaríamos ante un cambio radical en la idea hasta entonces vigente, del acto normativo como producto exclusivo de la voluntad política, expresada bajo la forma de ley, al cual se lo reputaba como auténtico y exclusivo, al haberle sido asignada esta función en el Estado liberal de Derecho a la legislatura y a la administración, por otra novedosa concepción acerca del reconocimiento de fuentes categoriales de normas diversas provenientes de disposiciones preceptivas formuladas por distintas autoridades legítimas, vinculadas en su actividad a expresas mandatos de la Constitución; entre las cuales deben incluirse a las resoluciones de la autoridad étnica, dotadas asimismo de vinculatoriedad dentro de su ámbito jurisdiccional (artículo 171)⁸.

Dentro del conjunto de este novedoso sistema productor y garante de los derechos, posición privilegiada le corresponde a la Corte Constitucional por su calidad de jurisdicción de control constitucional y, sobre todo, por el papel que se

8 25.- *"Es el caso del ordenamiento constitucional ecuatoriano, desde el origen de la República, la ley fue la única fuente de derecho y la jurisprudencia solo tenía efectos inter partes, considerada en el mejor de los casos, y solo excepcionalmente, fuente auxiliar de interpretación, pero nunca regla de obligatorio cumplimiento"*. 26.- *"Esta situación cambió en la Constitución de la República del 2008 y se reconoció que el concepto de fuente no es exclusivo de la ley en sentido formal, puesto que existen otras tantas manifestaciones que no provienen necesariamente del parlamento, ni del Estado en general, pero que reúnen las condiciones para la generación de derecho objetivo"*. (Sentencia N° 001-10-PJO-CC, caso N° 0999-09-JP Gaceta Constitucional 001 R.O. 351-29 diciembre 2010)

le asigna como superior intérprete de la norma suprema (artículo 429). Cabría precisar quizás a esta altura que tal posición rectora no es de ninguna manera excluyente, a causa del propio carácter vinculante de la Constitución para la actividad de los organismos de potestad y para la de las instituciones públicas, en los respectivos ámbitos en el que cada una de ellas desempeñan sus competencias (artículo 426).

En concordancia, la Constitución le confiere al máximo organismo de control la atribución de crear precedentes interpretativos de entre las sentencias de la propia Corte Constitucional, con fuerza vinculante tanto horizontalmente –en el sentido de razonamientos argumentativos que tiendan a convertirse en líneas jurisprudenciales- cuanto verticalmente, como referencias obligatorias para la resolución de casos puestos en conocimiento de la jurisdicción ordinaria, y, para las decisiones que deba adoptar la administración pública (artículo 436 numeral 6; artículo 95 LOGJCC).

Consecuentemente, singular importancia adquieren las sentencias provenientes de la Corte Constitucional para el funcionamiento del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, en particular para la formación de los susodichos precedentes vinculantes y para contribuir a conformar una sólida jurisprudencia constitucional que posibilite introducir una costumbre jurídica aplicable prospectivamente (con efecto general ex-nunc para los subsiguientes casos), respaldándose en la reiteración de soluciones judiciales apegadas a las disposiciones constitucionales.

Precisamente por medio de estas técnicas es como se lleva a cabo el proceso que el tratadista alemán Rudolf Smend denominase como de integración, por medio del cual se liga preceptivamente a una comunidad constituyente en su pluralidad y diversidad (como es la nuestra), con una norma que sea expresiva de los valores y principios conformantes de aquella, así como con el procedimiento legitimador de su concreción; y, con los métodos consagrados normativamente para la interpretación constitucional.

Dicho proceso constructivo debe servir para configurar una estructura simbólico- prescriptiva válida para la sociedad, en torno a una racionalidad práctica de corte dialógico dentro de una comunidad intercultural de variados intérpretes, cuya trama provenga de una viva deliberación pública conforme a los principios rectores de la participación ciudadana previstos por el artículo 95 de la Constitución, apelando a la cual se pueda ir conjugando diversos y múltiples intereses – incluso contrapuestos-, así como las respectivas visiones, creencias y costumbres en toda su heterogeneidad y diversidad. El precedente así conformado operaría

entonces como una técnica específica y adecuada, a la cual se pueda recurrir para alcanzar la ordenación de la jurisprudencia proveniente de distintos casos.

El principio *stare decisis* -cuyo antecedente lo encontramos en los denominados “ejemplos” recopilados y archivados por la cancillería del imperio romano- obliga a los tribunales a mantener los razonamientos (*rationes decidendi*) de las decisiones concretas adoptadas anteriormente, de acuerdo con lo que en el derecho anglosajón se denomina *case law*. Para evitar cualquier rígido conservatismo en el que podrían derivar estos precedentes, la doctrina acepta su reformulación (precisando los razonamientos, en que se fundamenta, ampliándolos temáticamente, o, reestructurándolos en su conformación), o, inclusive, la revocatoria e inaplicación debidamente argumentadas de sus reglas (*over ruling*) en determinados casos específicos.⁹

La promulgación y la vigencia de las disposiciones contenida en la norma constitucional, como se aprecia, es apenas el inicio de un fecundo y dinámico proceso de constante producción normativa dentro de ese proceso dialógico y democrático que es el juicio de constitucionalidad -sujeto además a las veedurías y al control ciudadano-. Cabría considerar por otra parte, que dichas normas supremas se emplean también para enunciar una asignación de competencia a favor de alguna autoridad normadora o institución, o, de alguna capacidad regulatoria sobre determinados aspectos de los derechos (sujeta en esta circunstancia a reserva para sus preceptos cuyo tratamiento recaería únicamente sobre la legislatura); así como para formular el respectivo procedimiento formativo de los preceptos y reglas; pudiendo igualmente configurarse por medio de ella determinados contenidos materiales concretos atribuibles a los derechos, cuya validez depende de su coherencia con los principios generales y específicos predeterminados en la misma norma.

Por otro lado, los significados legítimos de las normas, para ser considerados acordes con los valores constitucionalizados, deberán ser generados como producto interpretativo, desarrollado a partir de los métodos y de las reglas que se encuentran establecidos por el artículo 427 de la Constitución y por el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional (LO-

⁹ “27.- La Constitución vigente finalmente reconoce de manera expresa el principio *stare decisis* en el artículo 436 numerales 1 y 6 de la Carta Fundamental. El conocido principio *stare decisis* se ha entendido como aquél deber de las juezas y jueces de adherirse a lo decidido por ellos mismos en el pasado o por las juezas y jueces superiores de la misma jurisdicción; o dicho en otras palabras, en virtud de este principio, el juez debe decidir de acuerdo a lo resuelto en el pasado y no contradecir lo decidido sin una razón poderosa debidamente fundamentada”. *Ibid*

GJCC), con la finalidad de garantizar una motivación adecuada de las decisiones, requerida a su vez como condición para el debido proceso en su calidad de garantía jurisdiccional (literal l numeral 7 del artículo 76 de la Constitución y numeral 9 del artículo 4 LOGJCC).

La interpretación judicial de la Constitución deberá expresarse por ende, recurriendo a la formulación de distintos tipos de sentencias, propias del quehacer de un organismo de control con fuerza jurisdiccional como aquella de la que se encuentra provista la Corte Constitucional. Para ello, este organismo deberá sujetarse en su ejercicio dentro del ámbito abstracto o control sobre la normativa subconstitucional- por medio del cual se garantiza la unidad cohesiva y la coherencia- axiológica del ordenamiento jurídico- a principios y a reglas -siempre de conformidad con el artículo 76 de la LOGJCC- incluyéndose entre éstos el de integralidad sistemática y la de interpretación conforme, destinadas a compatibilizar la norma respectiva con el precepto de la propia Constitución.

Sobre la base del principio de preservación en lo posible de la ley como expresión legítima de la voluntad representativa, la sentencia constitucional deberá actuar preferentemente por el recurso de adecuación de la normatividad derivada de aquella a las disposiciones de la norma suprema (artículo 76 LOGJCC numerales 2, 3,4 y 5). Si consideramos para estos casos la doctrina y la experiencia internacional, podríamos intentar una clasificación tipológica de los llamados fallos interpretativos partiendo de que ellos sean, bien declarativos de inconstitucionalidad (o estimativos como se los designa en la teoría), o bien desechadores de la demanda –desestimativos- lo cual implica que nos encontraríamos frente a combinaciones diversas, dentro de estas dos grandes clasificaciones:

Sentencias Declaratorias (estimativas) totales o parciales	a) Alternativas Inconstitucionalidad en uno de los sentidos posibles de la norma.
	b) Manipulativas Inconstitucionalidad de la norma derivada de un texto, por defecto o incompletud (aditivas) o sustitutivas de una norma.
Sentencias desechadoras (desestimativas)	a) Pura y Simple
	b) Condicionales Declaran la posibilidad de inconstitucionalidad si se siguiera una interpretación determinada.

Adicionalmente tendríamos las llamadas sentencias aditivas, por medio de las cuales se supliría una ausencia de disposición normativa por parte del precepto examinado, con la finalidad de impedir la inaplicación efectiva de un derecho fundamental a causa de tal carencia u omisión, o por la cortedad prescriptiva del texto respectivo, por lo cual debería considerársela como incompleta para efecto de su eficacia. Es por tal vía del control incidental concentrado -que le corresponde ejercerlo a la Corte Constitucional- por donde se afronta fundamentalmente la inconstitucionalidad por omisión, como expresamente lo establece la Constitución (artículo 436, numeral 10).

Las omisiones legales que provocan inconstitucionalidad “...se verifican siempre que, mandando la norma reguladora de cierta relación o situación practicar cierto acto o cierta actividad en las condiciones que establece, el destinatario no la haga, no la haga en los términos exigidos, no lo haga en un tiempo útil, y que a ese comportamiento se liguen consecuencias más o menos adecuadas”. (Jorge Miranda).

La situación constitucional imperfecta que pudiese originarse ante la omisión normativa, amenazaría con viciar la vigencia de determinados derechos durante una extensión de tiempo (permanente o transitoriamente), o podría generar una carencia (laguna) que los afectase o que pudiesen generar una situación discriminatoria durante esos lapsos. Por tanto, la omisión puede ser cuasi-inconstitucional o inconstitucional de lleno, por lo que –apunta Javier Díaz Revorio- precisaría ser subsanada por medio de distintos fallos:

CASOS	SITUACIÓN	FALLO	EFECTO
OMISIÓN PERMANENTE	Inconstitucionalidad plena	Mandato imperativo y regulación temporal	Provoca legislación
TRANSITORIA	Cuasi-inconstitucionalidad	Requerimiento a legislativo	Provoca legislación
CARENCIAL	Inconstitucionalidad parcial	formula torio de regla	Adiciona regla
DISCRIMINATORIA	Inconstitucionalidad material o textual	Reparador y restaurador de igualdad	Establece procedimiento positivo

No podemos dejar de señalar por otra parte que, para darle el carácter de precedente a las sentencias de la Corte Constitucional, se requiere como condición *sine quanon* que ese organismo declare expresamente en la respectiva parte reso-

lutiva (*dictum*) de su fallo (*decisum*), que se ha conferido esa categoría al mismo, bien por consideraciones temáticas (antinomia o novedad), o, por consideraciones provenientes de su índole controversial (confrontación al precedente fijado o litigio actual en torno al alcance de sus reglas), apelando para ello a la facultad de selección de casos (*certioraris*) que le confieren los artículos 436 numeral 6 de la Constitución y 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; pudiendo también ejercer esa atribución a través de la facultad de revisión de las sentencias judiciales ejecutoriadas, por medio del recurso a la acción extraordinaria de protección (art. 94 de la Constitución y art. 62 de la LOGJCC). Estos son precisamente los juicios a los que la teoría suele denominar como **casos emblemáticos** (*leading case*).

Además, el precedente precisaría para su formulación cabal, que se lo exprese a través de **reglas de derecho**, las cuales no se consideran como referidas exclusivamente al caso particular resuelto, situación que les permite alcanzar un nivel genérico de norma *erga-omnes*, cuyo **contenido obligatorio** faculta que las mismas puedan ser invocadas en distintas circunstancias, convirtiéndolas por tanto, en oponibles ante cualquier decisión de autoridad **con fuerza similar a la de la ley** positiva.

Por último, el precedente así establecido debe precisar el efecto del que se le provee en el tiempo, sobre todo si se considera en el mismo la retrospectividad de la que se provee a la solución dada, o, lo que es lo mismo, el efecto *ex-tunc* que se le otorga al fallo.

Estas reglas jurídicas que acompañan al precedente, a su vez, pueden ser: de simple aplicación (*to apply*) para los casos similares o análogos; o ser consideradas como regla a seguir (*to follow*) a futuro, por la semejanza entre los casos que permita una adecuación del fallo para el nuevo caso examinado; o, incluso, ser desechadas por el juez al considerar la necesidad para su fallo concreto de la separación del precedente (*over rule*) ante el carácter disímil y diferente del caso, por la cual demanda establecer un distanciamiento del precedente anterior (*to distinguish*). Sería imprescindible señalar al respecto que, estaríamos en tales casos bien en presencia de diversas líneas jurisprudenciales a partir de sentencias fundadoras, o bien ante fallos consolidadores;¹⁰ o, en caso contrario, ante innova-

10 “32.- La facultad de la Corte Constitucional relacionada al desarrollo de jurisprudencia vinculante, no siempre tendrá como efecto la generación o creación de reglas jurisprudenciales. En ese contexto, y en referencia al problema jurídico que se desarrolla, la regla jurisprudencial tendrá como finalidad la ratificación de una regla legislativa preexistente”. *Ibid*

ciones basadas en sentencias modificadoras y reconceptualizadoras.

Precisemos de paso que, las sentencias hito consolidadoras serían aquellas que definen una subregla de derecho constitucional, tras un balance más complejo que el aquel en que sustentase la inicial, como señala el tratadista colombiano Diego Eduardo López Medina.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert.- Teoría de los derechos fundamentales.- Centro de estudios políticos y Constitucionales, Madrid 2008.

BOURDIEU, Pierre y TEUBNER, Günther.- La fuerza del derecho.- Editorial UNIANDES, Bogotá 2005.

CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARA MILCO, Leonardo.- El cánón neoconstitucional (editores).- Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2010.

DIAZ REVORIO, F. Javier.- La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Palestra editores, Lima 2003.

FERRAJOLI, Luigi.- Derechos y Garantías. La ley del más débil.- Editorial Trotta, Madrid 2004.

FOUCAULT, Michel.- Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión.- Siglo XXI editores S.A., México 2005.

GARAICOA ORTIZ, Xavier.- Perspectiva del régimen constitucional del buen vivir y del empoderamiento ciudadano.- Editorial de la Universidad de Guayaquil, 2009.

HÄBERLE, Peter.- El Estado Constitucional.- Editorial ASTREA S.A. Buenos Aires 2007.

MAFFESOLI, MICHEL.- La tajada del diablo. Compendio de subversión postmoderna.- Siglo XXI, México 2005.

MARX, Karl.- El XVIII brumario de Luis Bonaparte.- Editorial Claridad S.A. Buenos Aires 2008, págs. 37-38.

MEJIA QUINTANA, Oscar.- Derecho, legitimidad y democracia deliberativa.- Editorial Temis S.A. Bogotá 1998

MÍGUEZ, Daniel.- Delito y Cultura. Los Códigos de la ilegalidad en la juventud marginal urbana.- Editorial Biblos, Buenos Aires 2008

MORA RESTREPO, Gabriel.- Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales.- Marcial Pons, Buenos Aires 2009.

PALTI, Elías José.- La invención de una legitimidad.- Fondo de Cultura Económica.- México D.F. 2005 pág. 56

RAMÍREZ CARDONA, Alejandro.- El Estado de justicia.- Editorial Temis S.A. Bogotá 1996

SANDEL, Michael J.- Justicia ¿Hacemos lo que debemos?.- Random House Mondadori S.A. Bogotá 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa.- El milenio huérfano. Ensayo para una nueva cultura política. Editorial Trotta, Madrid 2005

VICIANO, Roberto y MARTÍNEZ, Rubén.- Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano; en: El nuevo constitucionalismo en América Latina.- Corte Constitucional, Quito 2010.

Resumen

Un elemento sustancial para caracterizar al moderno Estado de Derecho, es la concepción en la que se fundamenta el principio de justicia, a partir del cual opera la respectiva garantía de igualdad para el ejercicio de los derechos que corresponden a la ciudadanía. El Estado constitucional de derechos y justicia, cuyo objetivo es el régimen articulado del buen vivir (*sumak kawsay*) en un proceso de empoderamiento ciudadano, requiere definir como presupuesto para aquella a su legitimidad axiológica intercivilizatoria, diversa e intercultural, además de plurinacional, tal como viene expresado en el Preámbulo constitucional y en los principios generales del texto de ciudad de Alfaró. Sobre esa tipificación es que cabe pasar a redefinir la actuación judicial, concebida como procesos de permanente concreción para la eficacia de los derechos, para su desarrollo progresivo y para potenciar el contenido transformador de la norma suprema.

Palabras clave

Igualdad, inclusión y equidad social, interculturalidad, plurinacionalidad, justicia sustancial, empoderamiento ciudadano, régimen sistémico.

Abstract

A substantial element to characterize the modern Rule of law, is the concept which is based on the principle of justice, which operates from the respective guarantee of equality for the exercise of rights pertaining to citizenship. The constitutional state of rights and justice, which aims to articulate the “good life regime” (*sumak kawsay*) in a process of citizen empowerment, defined as budget requires that its legitimacy intercivilizatoria axiological, diverse and intercultural, as well as multinational as is expressed in the Preamble to the Ecuadorian Constitution and the general principles of his text. On this definition is that it should move to redefine the legal action, conceived as continuous processes for effective realization of rights, for their progressive development, maximizing the revolutionaries contents of this supreme law.

Keywords

Equality, social inclusion and equity, interculturality, multinationality, substantial justice, citizen empowerment, systemic regime.

III. RECENSIONES

SUMARIO

- **Francisco Javier Díaz Revorio**, “Ciudadanos y gobernantes ante la crisis (comentario al libro Yo, ciudadano de Pedro J. González-Trevijano)”.
- **Francisco Javier Díaz Revorio**, “Los sistemas electorales autonómicos” (comentario al libro de Joan Oliver Araujo).

CIUDADANOS Y GOBERNANTES ANTE LA CRISIS (COMENTARIO AL
LIBRO *YO, CIUDADANO*, DE PEDRO GONZÁLEZ-TREVIJANO) ¹

Francisco Javier Díaz Revorio
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo)

¹ Pedro González-Trevijano, *Yo, ciudadano*, Trotta, Madrid, 2011.

I

Escribir artículos de opinión en prensa escrita es una labor que tiene unos condicionamientos muy específicos, y que requiere entender el contexto y las circunstancias que acompañan a la opinión que se va a emitir, así como adaptarse al formato adecuado. Esta labor, que implica siempre pericia y buen criterio, parece particularmente difícil cuando quien ha de llevarla a cabo es un profesor universitario. Ello porque los profesores, tanto en el lenguaje hablado como en el escrito, estamos acostumbrados a formatos que permiten abordar los temas con la suficiente amplitud y con todo el nivel de detalle que sea necesario. Tanto la clase o la conferencia, como el libro o el artículo científico permiten y requieren detenerse en todos los matices que el tema en examen sugiera, en las opiniones de otros autores y en los debates doctrinales, en cuestiones colaterales que permiten hacer los excursos que se consideren adecuados. Obviamente, nada de esto es posible en el artículo de opinión en prensa, que puede tener mayor o menor extensión, pero esta es siempre muy limitada en comparación con los formatos antes citados a los que los catedráticos estamos acostumbrados. Por lo demás, la elección de temas de interés, la metodología del trabajo escrito, y la misma forma de la expresión han de adaptarse considerablemente al ámbito propio del artículo de opinión. En esta labor es fácil incurrir en cualquiera de estos dos riesgos opuestos: tratar de escribir un artículo periodístico como si fuera un trabajo científico, o llevar demasiado lejos el cambio de forma y de formato, dejando de lado el rigor, el lenguaje o la claridad expositiva que cabe esperar en un profesor.

Cuando los artículos periodísticos son escritos por un catedrático de Derecho, la labor de adaptación que vengo señalando es particularmente necesaria y difícil, para lograr expresarse en un lenguaje comprensible sobre temas que revisten cierta complejidad. Por supuesto, no todo artículo periodístico escrito por un profesor de Derecho ha de versar sobre cuestiones jurídicas, pero normalmente tanto en los temas seleccionados, como en la forma de abordarlos y de razonar sobre ellos, la condición del jurista se dejará notar. En el caso de que la especialidad del profesor sea el Derecho Constitucional, es fácil comprender que, más allá de las cuestiones estrictamente jurídicas, la inclinación de un autor puede ir hacia temas vinculados al Estado, a la Nación, a los derechos y deberes de los ciudadanos, y más ampliamente a todos los relativos a la vida política de una sociedad. Decía Otto Bachof que la labor del Tribunal Constitucional es la solución jurídica de controversias políticas ², y en un sentido más amplio cabe afirmar que la mejor

2 Otto BACHOF, *Jueces y Constitución*, traducción del original “Grundgesetz und Richtermacht”

cualidad de un especialista en Derecho Constitucional debería ser la capacidad de acercarse a los problemas políticos y sociales con la neutralidad propia de un científico, y con la racionalidad propia del jurista. Y aunque obviamente en un artículo periodístico el enfoque para el análisis de los temas sociales y políticos no ha de ser necesariamente jurídico, muy probablemente cuando es un buen jurista (y en especial si es un constitucionalista) quien aborda estas cuestiones, la perspectiva y la forma de análisis propia de nuestra disciplina dejará su huella, que creo positiva por lo que tiene de análisis racional y objetivo de los problemas.

II

Las anteriores reflexiones de carácter general me parecen oportunas para iniciar este comentario sobre el libro *Yo, ciudadano*, escrito por Pedro González-Trevijano, catedrático de Derecho Constitucional y rector de la Universidad Rey Juan Carlos. Y ello porque esta obra recoge un conjunto de artículos de su autor, publicados en diversos periódicos, principalmente en *ABC*, *La Gaceta*, *El Imparcial* o *La Voz de Galicia*. Si antes he apuntado la dificultad que para un catedrático tiene adaptarse adecuadamente al formato periodístico, ahora conviene destacar que esa dificultad es mucho mayor cuando posteriormente los artículos publicados a lo largo de años y en diversos medios, se juntan en un único libro. En esta labor surgen dos nuevos retos extraordinariamente difíciles de superar: en primer lugar, lograr dotar de cierta coherencia a los trabajos y encontrar un cierto hilo conductor que justifique la publicación conjunta de los mismos; y, en segundo lugar, elegir artículos que tengan un cierto valor intemporal, que no resulten vinculados inmediatamente con un momento concreto de la actualidad, o al menos que si tienen esa vinculación, la misma no les haga perder interés con el paso del tiempo.

Pedro González-Trevijano consigue, en el libro al que vengo haciendo referencia, afrontar magistralmente los mencionados retos. Los artículos publicados se adaptan perfectamente al formato periodístico, y sin embargo mantienen en todo caso el rigor en el planteamiento de las cuestiones y la total corrección en la forma y en el estilo, aunque el lenguaje es sencillo y perfectamente asequible. Por otro lado, aunque se abordan las más diversas cuestiones, y en algunos casos los textos se refieren a aspectos de plena actualidad en el momento en que su autor los escribió, los artículos no pierden en ningún momento su vigencia y mantienen el interés del lector, no solo porque en muchos casos abordan temas que siguen

estando presentes en nuestra sociedad, sino también porque, incluso aquellos que abordan aspectos aparentemente más efímeros, logran mantener un enfoque que permite que las reflexiones realizadas al hilo de cualquier circunstancia pasajera, tengan valor mucho más allá de aquello que les sirvió de origen o de pretexto. Como señala José María Carrascal en el prólogo al libro objeto de este comentario, “pegado a la actualidad, el autor no se deja deslumbrar por ella. Como el buceador que busca la perla en las profundidades, su objetivo es hallar lo universal en el hecho aislado, convertir lo anecdótico en categoría”³.

Yo diría incluso que, de hecho, en algunos casos los artículos incluidos en *Yo, ciudadano*, presentan, leídos con la perspectiva de algunos meses o años, un cierto carácter profético en la medida en que hoy nuestra sociedad hace frente a los mismos problemas que cuando se escribieron, como por ejemplo la crisis económica, la unidad de la Nación o la articulación territorial del Estado, pero en algunas ocasiones los artículos de Pedro González-Trevijano fueron capaces de anticipar en enquistamiento e incluso la intensificación de los mencionados problemas si la sociedad y sus responsables políticos no resultaban capaces de ver y aplicar las medidas necesarias para hacer frente a dichos problemas. Sin embargo, y aunque pudiera parecer que esta capacidad de advertir que la dinámica en que estábamos inmersos podía conducir a un empeoramiento de nuestra realidad conlleva necesariamente una visión pesimista, en realidad el conjunto de los artículos incluidos en el volumen logra más bien transmitir sensaciones positivas, no solo porque la ironía y el sentido del humor están presentes en muchos de ellos, sino sobre todo porque a lo largo y ancho del libro se apuntan con claridad las vías que permitirán a nuestra sociedad mejorar su situación en los ámbitos político, económico y moral, y se transmite la idea de que esa mejoría es posible y está al alcance de nuestra mano, si los ciudadanos y sus gobernantes logran confiar en sí mismos, asumir criterios de austeridad, rigor, esfuerzo y trabajo bien hecho, manteniendo siempre el respeto a nuestros valores esenciales de convivencia reflejados en la Constitución.

III

Con ese espíritu aborda el autor las más diversas cuestiones. Desde luego, están muy presentes los temas que antes he sugerido como en cierto modo “previsibles” en los artículos periodísticos escritos por un experto constitucionalista. Se abordan así -aunque no solo ni estrictamente desde la perspectiva jurídico-consti-

³ José María Carrascal, “Prólogo”, en Pedro González-Trevijano, *Yo, ciudadano*, cit., pág. 11.

tucional- los pilares de nuestro sistema político, desde la Nación hasta el Estado, desde aspectos parlamentarios hasta cuestiones electorales, pasando desde luego por la Corona, que ocupa sin duda un lugar de preeminencia entre los objetos de análisis, no solo por la trascendencia que el autor da a la monarquía parlamentaria como forma de gobierno más idónea para España, sino también por el respeto y admiración que González-Trevijano siente por la figura y la persona del rey don Juan Carlos, así como por el Príncipe de Asturias.

Pero son muchos más los temas a los que se aproximan los artículos incluidos en el libro en examen. Sería imposible aquí enumerar todas y cada una de las materias que de algún modo son abordadas en esta antología de conocimientos y de opiniones. Pero cabe mencionar al menos algunos de ellos, que ponen de relieve la preocupación del autor por las más diversas cuestiones que interesan a nuestra sociedad. Así, por ejemplo, la educación y los retos que la misma ha de afrontar están presentes en varios de los textos incluidos en el libro (lo que no sorprende desde luego en un docente, que además es rector universitario). Pero encontramos a los autores más clásicos del pensamiento político, como Rousseau o Montesquieu, no tanto porque los mismos sean objeto central de análisis, sino sobre todo porque el libro se plantea en varias ocasiones la vigencia actual de sus ideas. Igualmente es manifiesta la afición del autor por la Historia, materia en la que demuestra amplios conocimientos, pero sobre todo a la que se acerca con la pretensión de entender la realidad presente y aprender lecciones que nos ayuden para el futuro, y siempre con el tono didáctico y ameno que caracteriza a todos los textos del volumen. Hay también análisis de las relaciones internacionales en el mundo actual, y en la mirada al exterior encontramos desde luego a los Estados Unidos y a Obama (protagonista indiscutible de la política de ese país y del ámbito internacional en los últimos años), pero también muchos otros aspectos y cuestiones que ponen de relieve la visión que el autor tiene del mundo actual.

Los artículos incluidos en el volumen abordan también muchas otras cuestiones más alejadas de la “política” por amplio que quiera entenderse este concepto. Hay, así, notable presencia de artículos que abordan cuestiones económicas, sociales y culturales. La crisis económica obviamente está muy presente en diversos textos. Pero también aparece una y otra vez en este libro la afición de González-Trevijano por la pintura, así como diversas referencias literarias y culturales, e incluso el fútbol logra alguna presencia en esta obra. Hay, por tanto, un vastísimo elenco de temas, algunos de los cuales aparecen como objeto central de algunos artículos, mientras que otros alcanzan una presencia aparentemente más colateral o circunstancial.

IV

Ante tal variedad de cuestiones, parecería imposible encontrar un hilo conductor, un trasfondo común o leitmotiv que esté presente en toda la obra y dé cierta coherencia a un conjunto aparentemente heterogéneo de artículos escritos a lo largo de varios años. Yo decía antes que este es otro de los retos difíciles que ha de afrontar cualquier recopilación de textos periodísticos en un volumen, y creo que *Yo, ciudadano*, logra superar el mismo con éxito. Y es que, a mi juicio, dos son los aspectos que contribuyen a encontrar esa coherencia y a entender el fondo último del libro, que es tanto como decir el significado profundo del pensamiento de González-Trevijano sobre nuestra realidad político-social (o, si se prefiere expresar de otro modo, para entender nuestra realidad social a través de la mirada de González-Trevijano). El primero de estos aspectos es, sin duda, la crisis que padece nuestra sociedad desde hace ya varios años, y que como no puede ser de otro modo aparece recurrentemente en el libro. Para el autor, esta crisis no solo es económica, sino que tiene también aspectos políticos y, sobre todo, morales. Se trata, en realidad, de una crisis axiológica cuya superación requiere no tanto el abandono de los valores que presiden nuestro sistema jurídico-político, sino más bien una vuelta al significado esencial y originario de los mismos. La separación de poderes, la democracia, la unidad de la Nación compatible con el principio de autonomía, o la monarquía, deben seguir siendo los pilares de nuestro sistema político, pero también el rigor y la austeridad en la gestión y el gasto público, la cultura del esfuerzo y el sacrificio, y la necesidad de que los representantes políticos de las distintas tendencias logren nuevos espacios de consenso en las cuestiones medulares en las que se fundamenta nuestro sistema político y social.

De esta manera, el trasfondo aparentemente más coyuntural consistente en una crisis que ha de superarse, conduce a la idea más profunda que da sentido y unidad a los artículos incluidos en este libro. Y esta idea es precisamente la necesidad de recuperar un verdadero espíritu cívico que permita que sociedad e instituciones del Estado converjan con responsabilidad en la preocupación por la “cosa pública” (aunque esta no se articule como “República” sino como monarquía parlamentaria...) La consideración de que todos los responsables políticos deben mirar siempre por el bien común con criterio, con altura de miras y apartándose de las consideraciones electoralistas más inmediatas. La reflexión de que el ciudadano tiene derechos, pero también deberes, y de que los derechos de un ciudadano encuentran también como límites los derechos de los demás o incluso determinados valores constitucionales.

En suma, los artículos unidos en el volumen que vengo comentando reflejan una sociedad sumida en una crisis profunda, pero señalan que la única manera de salir de la misma es que gobernantes y ciudadanos recuperen los valores cívicos.

La lectura de *Yo, ciudadano* es muy recomendable. Los aspectos que aborda mantienen todo su interés y actualidad, y ello porque los temas son a la vez actuales y permanentes. Pedro González-Trevijano se aproxima a las cuestiones más acuciantes que preocupan a nuestra sociedad, logrando una magistral combinación de rigor y amenidad; huyendo tanto del dramatismo como de la frivolidad, y utilizando un lenguaje sobrio pero exquisitamente cuidado, culto pero sencillo y fácil de entender, cercano pero absolutamente elegante. Se comprende así que la lectura de este libro es una actividad tan instructiva como agradable.

LOS SISTEMAS ELECTORALES AUTONÓMICOS
(COMENTARIO AL LIBRO DE JOAN OLIVER ARAUJO) ¹

Francisco Javier Díaz Revorio
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo)

¹ Joan Oliver Araujo, *Los sistemas electorales autonómicos*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2011.

I

Los problemas relativos al sistema electoral son siempre cuestiones de gran trascendencia en el ámbito de cualquier ordenamiento constitucional y de cualquier sistema político. En España, y tras diversos estudios vinculados al sistema (entonces novedoso para nosotros) establecido poco antes de la Constitución de 1978, y que luego se ha reproducido en las Comunidades Autónomas, el interés del tema parecía haber decaído. Pero en los últimos años estas cuestiones han vuelto a cobrar un gran protagonismo, no solo -y acaso no tanto- en el ámbito de la doctrina jurídica, sino también, y sobre todo, en el debate político y social. Y ello por las críticas que desde diversos sectores se han venido realizando a los defectos y posibles distorsiones que nuestro sistema produce, sobre todo si sus resultados se valoran en contraste con un objetivo ideal de proporcionalidad total entre votos y escaños obtenidos por cada formación, o entre votos necesarios para obtener un escaño en cada circunscripción.

Esta preocupación por el sistema electoral se ha manifestado recientemente de forma más evidente, tanto por las propuestas de reforma que han comenzado a hacer diversas formaciones políticas, como por el protagonismo alcanzado por diversos movimientos sociales preocupados por una profundización de la democracia en nuestro país y en otros sistemas similares, y entre cuyas propuestas concretas se ha incorporado también la de reformar el sistema electoral para corregir las citadas distorsiones o desequilibrios que el mismo puede provocar. Desde mi punto de vista, y aunque siempre es saludable la preocupación por mejorar la calidad democrática de un sistema y, ya en el ámbito específicamente electoral, por lograr resultados razonablemente proporcionales, o al menos descartar resultados manifiestamente desproporcionados, discriminatorios o injustos, o por introducir fórmulas que acerquen a representantes y representados, no es posible compartir aquellas posturas que, paralelamente al planteamiento de legítimas propuestas de reforma, intentan deslegitimar el modelo actual y sus resultados, intentando negar representatividad a las cámaras parlamentarias elegidas democráticamente de acuerdo con la Constitución y la legislación vigente. En todo caso, conviene recordar que la preocupación jurídico-política e institucional por el sistema electoral y su reforma había encontrado ya, antes de estas últimas propuestas sociales y políticas, exponentes anteriores muy sólidos y dignos de consideración, como por ejemplo el *Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación del régimen electoral general*, de 24 de febrero de 2009 ².

² Puede consultarse *on line* en <http://www.consejo-estado.es/pdf/REGIMEN-ELECTORAL.pdf> (fecha de consulta, 1-12-2012).

El interés y la actualidad que ha recobrado la temática electoral en los últimos años no se limita a las elecciones generales, sino que afecta a todo tipo de procesos y, de forma particularmente notoria, a los sistemas electorales autonómicos. Una visión global de los mismos nos muestra a mi juicio una curiosa paradoja: por un lado, los sistemas electorales autonómicos han seguido tan de cerca los elementos esenciales del sistema electoral del Congreso, que podría decirse que todos ellos mantienen sus mismas características tanto en lo relativo a la fórmula (todos ellos han introducido la llamada regla d'Hondt) como a las listas (cerradas y bloqueadas), y casi todos en lo relativo a la circunscripción provincial (con las excepciones de Murcia y Asturias). Pero por otro lado, las dificultades y distorsiones planteadas por estos sistemas no solo han sido las que se han originado en las elecciones al Congreso (que podríamos denominar "la madre de todos los modelos"), sino que se han incrementado al plantearse otra serie de circunstancias que, desde el punto de vista del estudioso, han "enriquecido" la casuística de nuestros temas electorales, aunque desde el punto de vista práctico han generado nuevos problemas que han provocado soluciones o respuestas, tanto políticas como jurídicas. Es decir, a pesar de la muy acusada similitud entre los sistemas electorales autonómicos y el del Congreso, la tipología de los problemas de interés que han planteado los sistemas electorales autonómicos ha sido considerablemente más amplia. Ello es debido, a mi juicio, a diversos factores:

a) en primer lugar, a las pequeñas variantes en los elementos esenciales que los sistemas electorales autonómicos han incorporado, como la ya mencionada de circunscripciones infraprovinciales (aunque sea en muy pocos casos), o el establecimiento en algunos supuestos de barreras electorales diferentes (y a veces considerablemente más elevadas) a las establecidas en las elecciones al Congreso. En este mismo ámbito podría incluirse también alguna relevante innovación de algunos sistemas electorales autonómicos, como fue la introducción de mecanismos para imponer la paridad entre sexos en las candidaturas electorales, elemento introducido antes por la legislación de algunas Comunidades Autónomas, entre ellas las de Castilla-La Mancha y las Islas Baleares, que por la del Estado. E incluso tras la aprobación de esta regulación estatal mediante la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, se han mantenido en algunos casos fórmulas diferentes en algunas Comunidades Autónomas, posibles según las previsiones de esta ley estatal en tanto sean más favorables al objetivo de la paridad.

b) En segundo lugar, y creo que este elemento es mucho más significativo, los problemas específicos de algunos sistemas autonómicos han venido no tanto por la diferencia en los elementos, como por una diferente manera de combinar

los mismos, y en este caso, de forma muy destacada han de citarse las numerosas variantes autonómicas existentes a la hora de establecer el número de diputados que corresponden a cada circunscripción. En este aspecto hay que buscar fórmulas que permitan combinar el objetivo de la proporcionalidad con el de la “representación de las diversas zonas del territorio”, ambos establecidos en el artículo 152.1 de la Constitución. Aquí el Derecho Electoral autonómico comparado nos ofrece diversas alternativas, planteando en mi opinión más problemas aquellas que pasan por el establecimiento, estatutario o legal, de un número fijo de diputados por provincia, y que podrían llegar a generar supuestos de inconstitucionalidad sobrevenida.

c) En tercer lugar, y aunque parece que cabría apuntar más este factor hacia el futuro que a la regulación actual de los sistemas autonómicos, en el contexto de austeridad institucional que estamos viviendo en tiempos recientes, algunas Comunidades han anunciado ya formalmente la reforma de sus regulaciones electorales con el objetivo de reducir de forma significativa el número de diputados de su institución parlamentaria. Aunque tampoco han faltado propuestas en una línea similar para el Congreso, en el momento de escribir estas líneas las mismas no parecen tener viabilidad próximamente, de manera que parece que también aquí algunas Comunidades Autónomas van a iniciar nuevos pasos que a su vez plantearán nuevos problemas, esencialmente la manera de combinar esas propuestas de restricción y austeridad con el principio de proporcionalidad y de representación de las distintas zonas del territorio, asegurando además el cabal cumplimiento de sus funciones por la institución parlamentaria.

II

Hay, por tanto, un amplio elenco de temas del mayor interés en la regulación de los sistemas electorales autonómicos, algunos de los cuales, como es sobradamente conocido, han tenido y tienen plena actualidad en Castilla-La Mancha, como también la han de tener las reformas que aquí se anuncian para un futuro próximo.

El libro “Los sistemas electorales autonómicos” de Joan Oliver Araujo tiene, en este contexto, la gran virtud de la oportunidad. Pero también, y aunque pueda parecer paradójico, está llamado a ser una referencia permanente en la materia, por su carácter global, completo, metódico y exhaustivo. Como destaca Luis López Guerra en el prólogo del trabajo, el alcance e interés de los temas abordados dan al trabajo un valor más amplio, que excede del propio de su objeto específico:

“el presente libro representa en realidad, más allá de su objeto inmediato, una valiosa aportación al estudio del Derecho electoral general”³.

Se trata, por tanto, de una obra de gran solidez cuyo valor y alcance es muy elevado, en consonancia con su objeto y con el tratamiento riguroso del mismo. Pero desde luego, el ámbito en el que la obra realiza una aportación absolutamente original y novedosa es el propio de los sistemas electorales autonómicos, como su título sugiere, e incluso, con una perspectiva más amplia, en todos los aspectos propios del Derecho Electoral de las Comunidades Autónomas, incluyendo también el procedimiento electoral. En este ámbito, y aunque es cierto que han existido algunos acercamientos doctrinales previos⁴, la verdad es que los mismos han sido en general parciales, bien porque se han centrado en un solo problema, o bien en el análisis específico del sistema electoral en una sola Comunidad Autónoma. La obra que vengo comentando, en cambio, tiene una perspectiva global en cuanto a los sistemas estudiados, y también en cuanto a los ámbitos del Derecho Electoral que considera, adquiriendo de esta manera un cierto alcance enciclopédico, y ocupando sin duda el primer lugar en nuestra doctrina en lo relativo al análisis global de los sistemas electorales autonómicos.

Este libro destaca además por el orden y la sistemática elegidos. En lugar de llevar a cabo un desarrollo específico de cada uno de los sistemas electorales autonómicos, se ha preferido abordar los diferentes aspectos temáticos desde una perspectiva comparada, siguiendo un meditado orden lógico que, tras una aproximación general al tema de los sistemas electorales, y un capítulo dedicado a aspectos generales de los sistemas electorales autonómicos, pasa por el análisis del cuerpo electoral en las elecciones autonómicas, para aproximarse a la temática de la circunscripción electoral, la fórmula, las listas, las barreras electorales, y finalmente el procedimiento electoral y las garantías del mismo. Todo ello configura un auténtico manual de Derecho Electoral autonómico, en el que la metodología comparada se utiliza de un modo idóneo, no con el objetivo de llevar a cabo una aproximación individualizada a cada Comunidad, sino con la idea (mucho más acertada, a mi juicio) de analizar los distintos bloques temáticos buscando los problemas comunes, pero también distinguiendo las peculiaridades y especialida-

³ Luis López Guerra, “Prólogo” a *Los sistemas electorales autonómicos*, cit., pág. 17.

⁴ La bibliografía utilizada por el propio libro que vengo comentando es tan amplia que me ahorraría cualquier cita, aunque quiero mencionar al menos, por su vinculación a Castilla-La Mancha, el muy interesante trabajo de Tomás Vidal Marín, *Sistemas electorales y Estado autonómico. Especial consideración del sistema electoral de Castilla-La Mancha*, Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha, Cortes de Castilla-La Mancha, Toledo, 2006, aunque hay que tener en cuenta las reformas posteriores en nuestra legislación.

des de cada Comunidad en los momentos en los que ello es procedente. El análisis de los distintos bloques temáticos no se limita, además, a la consideración de los aspectos generales o meramente teóricos, sino que la perfecta sistemática es compatible con la introducción del análisis de los aspectos y problemas específicos que la aplicación de las distintas normativas ha ido poniendo de relieve, de manera que en la obra en examen están presentes todos y cada uno de los problemas actuales de los sistemas electorales autonómicos, a los que sucintamente antes he hecho referencia, así como muchos otros que la experiencia de décadas de aplicación de la legislación ha puesto de relieve.

Por lo demás, la obra de este catedrático de la *Universitat de les Illes Balears* destaca por la amplitud de las fuentes utilizadas, de manera que puede decirse que la misma utiliza probablemente la práctica totalidad de las obras doctrinales relevantes en la materia, publicadas en España antes de la fecha de edición de este trabajo, así como la jurisprudencia constitucional aplicable, que es además objeto de valoración y comentario específico cuando ello resulta oportuno. Como ha destacado Alberto Oehling de los Reyes, el profesor Oliver realiza este análisis jurisprudencial “con inteligencia y su buen sentido jurídico, sin prejuicios políticos o tributos a lo políticamente correcto”⁵. Todo ello, además de la utilización de toda la normativa aplicable, tanto estatal como autonómica, y de las instrucciones y acuerdos de la Junta Electoral Central.

De este modo, tanto la definición del objeto de estudio, como el rigor metodológico, la magnífica sistemática y la enorme amplitud de las fuentes, configuran una obra de excelencia académica, que pasa a convertirse en la referencia doctrinal obligada para cualquier estudioso en la materia electoral, y en especial en el ámbito autonómico. Pero de todo lo que antes he dicho no se ha de deducir que el trabajo constituye un simple estudio descriptivo de los diversos temas y problemas que se abordan. Lejos de esta perspectiva, el autor toma partido cuando lo considera oportuno, proponiendo reformas y vías para hacer frente y resolver los distintos problemas. Como es propio de un académico independiente, el resultado del trabajo no consiste solamente en la detección y análisis de los distintos problemas y de las soluciones doctrinales o jurisprudenciales a los mismos, sino que el autor, ayudándose en las distintas fuentes aplicables, busca la respuesta más adecuada a cada problema, realizando las críticas oportunas allí donde procede, y hallando soluciones y propuestas propias, sin perder nunca la neutralidad e independencia del científico ni caer en el mero subjetivismo. Por todo ello, esta obra,

⁵ Alberto Oehling de los Reyes, “Comentario a Joan Oliver Araujo, *Los sistemas electorales autonómicos*”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 16, 2012, pág. 708.

sin perjuicio de su pretensión de globalidad y de su carácter enciclopédico al que ya he hecho referencia, constituye también un auténtico trabajo de investigación.

III

Por último, quisiera dedicar unas líneas a la contextualización de este trabajo en la trayectoria académica e investigadora de su autor, así como en el conjunto de la doctrina española. Joan Oliver Araujo es Catedrático de la Universidad de las Islas Baleares (desde 1992), de la que fue Secretario General, así como Consejero del Consejo Consultivo de esta Comunidad, del que fue Presidente. En su trayectoria investigadora ha recibido numerosos premios, como el Extraordinario de Doctorado o el Nicolás Pérez Serrano, y precisamente el libro que vengo comentando recibió *ex aequo* el Premio Josep María Vilaseca i Marcet en su tercera edición en 2010. Su trayectoria investigadora se ha centrado en los más diversos aspectos del Derecho Constitucional, y en la misma cabe destacar a mi juicio su carácter innovador y su capacidad para llevar a cabo una visión global de los problemas, con la perspectiva adecuada. Su tesis doctoral sobre el recurso de amparo fue la primera investigación completa y sistemática sobre esta materia en nuestro actual ordenamiento constitucional. Posteriormente ha abordado aspectos como la objeción de conciencia al servicio militar o el sistema político en la Constitución de 1931. También ha publicado algunos de sus trabajos periodísticos en la obra *La Constitución día a día*, tirant lo blanch, 2003.

Los sistemas electorales autonómicos es, por tanto, una obra de plena madurez académica, escrita por uno de los más prestigiosos constitucionalistas españoles, y que abarca un tema medular en nuestra disciplina, que sin embargo no había recibido hasta este momento el tratamiento global y sistemático del que es objeto ahora. El autor demuestra una vez más su visión para analizar con rigor y de forma sistemática los temas, detectar los problemas y ofrecer propuestas y soluciones.

La obra va a ocupar durante mucho tiempo un lugar preeminente en nuestra doctrina constitucional, y se hace imprescindible para cualquier estudioso o persona interesada en la materia electoral, y en especial en los sistemas electorales autonómicos. Ya he apuntado la trascendencia que este tema ha tenido y tiene en la doctrina jurídica, pero también en nuestra vida social y política. Ahora cabe añadir que esta importancia se va a mantener, y probablemente incrementar en el futuro más inmediato, para el que ya se anuncian diversas reformas de calado en la materia.

Huelga decir que precisamente en Castilla-La Mancha la cuestión ha tenido particular interés, después de sucesivas reformas de la legislación electoral, que en algún caso han provocado pronunciamientos específicos del Tribunal Constitucional. Con posterioridad a la publicación de este libro, nuestra ley electoral ha vuelto a reformarse en 2012, habiendo sido objeto dicha reforma de un nuevo recurso ante el Tribunal Constitucional. Y recientemente la presidente de la Comunidad ha anunciado nuevas y más relevantes reformas en el ámbito electoral, que afectarán probablemente al número de diputados y su distribución por circunscripciones, aspecto que puede implicar incluso la reforma del Estatuto de autonomía. Hay que decir que, tras la publicación del libro de Joan Oliver, ningún acercamiento científico a la materia puede hacerse sin el conocimiento de esta obra.

IV. CRÓNICAS

(1 de enero de 2011 a 31 de diciembre de 2011)

SUMARIO

- **Enrique Belda Pérez-Pedrero**, “Introducción a la figura de la presidencia de las asambleas parlamentarias españolas. Ubicación tipológica y rasgos característicos”.
- **Tomás Vidal Marín**, “De nuevo el sistema electoral de Castilla-La Mancha ante el Tribunal Constitucional: Comentario a la STC 19/2011”.
- **María Martín Sánchez**, “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas”.
- **M^a del Pilar Molero Martín-Salas**, “Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha”.
- **Joaquina Guerrero Sanz**, “Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha” (años 2010 y 2011).
- **M^a. Elena Rebato Peño**, “Reseña de actividades de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha”.

INTRODUCCIÓN A LA FIGURA DE LA PRESIDENCIA
DE LAS ASAMBLEAS PARLAMENTARIAS ESPAÑOLAS.
UBICACIÓN TIPOLOGICA Y RASGOS CARACTERÍSTICOS.

Enrique Belda
UCLM

Todos los tratados de derecho parlamentario o estudios en los que se refleje la figura de la presidencia de una asamblea de representantes, hacen mención, al menos, a dos maneras o tipos de ejercitarla con los correspondientes modelos de estatuto normativo o consuetudinario que las respaldan: las que siguen la caracterización del *Speaker* de la Cámara de los Comunes británica, y las que siguen el patrón de las presidencias de parlamentos continentales. Bien es verdad que en uno y otro caso se alude a constantes ejemplos de disparidad dentro de una tendencia semejante, y se reflejan otras notablemente distintas, recordando las presidencias de las Cámaras parlamentarias de los Estados Unidos¹. Buena parte de los rasgos de los respectivos perfiles pueden ser compartidos pero las notas comunes tienden a una generalización estéril cuando no van acompañadas de sus precisiones.

El modelo tradicional de presidencia del Parlamento británico está vinculado de manera inescindible a la conocida figura del *Speaker* revestido de una enorme autoridad moral², que representa a la Cámara ante la Corona, tiene grandes atribuciones para ordenar debates, determinar procedimientos y provocar la agilidad de la actividad legislativa. La funcionalidad de la Cámara de los Comunes se puede garantizar la mayor parte de las ocasiones por los tradicionales poderes del *speaker* que evita el obstruccionismo o solventa los empates utilizando un criterio decisorio racionalmente prefijado por una tradición, que antes que intervencionista podría calificarse como alentador natural de soluciones, reproduciendo la archiconocida facultad descrita por BENTHAM, similar a la de quien asiste a un parto (*ars obstetrix animarum*). De igual interés es la incidencia que sus decisiones pueden generar en el carácter de la tramitación de determinados textos legislativos³. Todas las notas de su proceder le imprimen un carácter de neutralidad e institucionalidad que a su vez está presente en la actividad política de la Cámara e incluso tiene reflejo en los comportamientos externos de las fuerzas políticas, que desechan la presentación de candidatos alternativos en la circunscripción por la que concurre el *speaker*, como exteriorización del respeto y el no cuestionamiento de la *autoridad* de su cargo.

1 CHIU: “*The Speaker of the House Representatives since 1896*”, Nueva York, 1928. KILMUIR: “*The office of Lord Chancellor*”, en *Parliamentary Affairs*, IX, 1956.

2 Cargo *patriarcal y venerable* para PÉREZ SERRANO, Nicolás: Tratado de Derecho Político, Madrid, 1996, pág. 776; opinión destacada por GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad, y PENDÁS GARCÍA, Benigno: “Comentario al artículo 72.2 y 3 de la Constitución: Presidencia de las Cámaras, sesiones conjuntas y potestades administrativas”, en *Comentarios a las Leyes Políticas*, dir. Óscar Alzaga Villaamil, Edersa, vol. VI (artículos 66 a 80), págs. 417-450, Madrid, 1989.

3 Por ejemplo, la decisión sobre el carácter financiero, o no, de un determinado proyecto.

La presidencia continental, en cuyos rasgos históricos nos detendremos enseguida, asume un menor protagonismo en el engranaje constitucional y por ello también en la práctica política. Junto con un papel de relevancia formal como representante máximo de la respectiva Cámara, denota una evidente dependencia de otros agentes parlamentarios tanto en su designación como en su actuación. En el momento del acceso, recibe una impronta de parcialidad por su natural vinculación a la fuerza o fuerzas mayoritarias de la Cámara y mientras ejerce sus funciones, sufre en mayor o menor medida la vigilancia de otros órganos rectores, especialmente de la Mesa. Sus decisiones parecen estar bajo una leve pero permanente sospecha de ser susceptibles de favorecer a la mayoría por lo que de manera paralela a la constatación de su diferencia con el *speaker* británico, persiste un cierto afán en importar de esa última figura las notas de independencia a través de prácticas o comportamientos parlamentarios de todo tipo. Lo cierto es que la puesta en común de las peculiaridades más evidentes para definir este tipo de presidencia no siempre logran evitar su concepción como categoría a partir del hecho de tratarse de una figura distinta al *speaker*, dadas las variaciones o matices que ha reflejado en distintos momentos y naciones.

El perfil de la institución del *speaker* fomenta la fortaleza de su figura como órgano unipersonal, y genera una de las principales causas de distinción o contraposición con la dirección parlamentaria de las Cámaras del continente, caracterizadas por la colegialidad. Este dato puede ser uno, entre tantos necesarios, para efectuar la tipología básica, pero no siempre está presente en nuestro entorno, ya que la coparticipación o sometimiento de buena parte de las decisiones a una Mesa (o *Bureau* o *Ufficio di Presidenza*) no evita que las presidencias puedan ser órganos parlamentarios específicos y diferenciados estatutaria y competencialmente.

La posición de independencia del Presidente no es el único criterio clasificador, y es necesario, ante un órgano que se proyecta de tan variadas maneras en el parlamentarismo, acudir a otros indicios para aproximarse al mismo: los términos de fortaleza y debilidad, adjudicados al Presidente, han marcado también buena parte de las divisiones, para definir cuál es la capacidad efectiva e influencia de la presidencia en cada sistema. Este criterio viene prácticamente a ser parejo al que se ha acabado de exponer en párrafos anteriores puesto que la debilidad parece ir unida a la falta de independencia. Es mucho más enriquecedora una clasificación que cuestione en sí misma la capacidad arbitral de esta magistratura como es aquella que distingue entre presidencias que solo dependen de la Cámara y presidencias que dependen del ejecutivo, es decir, que en las segundas el sistema político parte de una concepción distinta en la relación de poderes y permite una

interferencia legítima en el Parlamento con la finalidad de establecer mayor equilibrio de poderes, haciendo así posible que desde el Ejecutivo se nombre o controle al Presidente. Dando un paso más en esta línea clasificadora se ha realizado una triple distinción entre Presidente neutro (el tipo del *speaker* de los Comunes), Presidente continental (que tiene influencia de la mayoría pero no la lidera ni funciona como brazo del ejecutivo que aquella sostiene) y Presidente *líder* (el de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos, brazo del ejecutivo).

Existen notas de concepto sobre la presidencia repetidas por la doctrina y que son básicas para iniciar cualquier estudio de este órgano: imparcialidad, arbitrio, coordinación, representación⁴; siendo todas ellas desde un grado máximo a otro mínimo predicables al menos de los modelos europeos, aunque no del denominado *Presidente líder*. Pero también hay alusiones a otras características que merecen un especial comentario. Vamos a repasarlas con la finalidad de detectar si son forzosamente obligatorias en la figura de la presidencia, sea cual sea su origen, a fin de no contagiar de los caracteres de un sistema (reconocido y en principio aceptable) como el inglés, a otras presidencias de Cámara:

Se sostiene con carácter general que la presidencia tiene como misión proteger a las minorías, se supone que de la imposición de las mayorías. Esta circunstancia demandará, al menos, precisar si en ello se oculta alguna labor presidencial adicional a la coordinación y el arbitrio. De esta forma, a la presidencia se le puede solicitar que aplique con menos rigor el tiempo asignado a los grupos pequeños (especialmente si ha de repartirse el turno de palabra, como sucede en el grupo mixto) o que incida sobre las fracciones mayoritarias para que dispongan en el reparto de puestos en los órganos de la Cámara de una representación adecuada para esas minorías. En cualquier caso, eso es, a nuestro modesto entender, una manera de arbitrar y coordinar aplicando para ello el Reglamento de acuerdo a los principios de proporcionalidad y racionalidad.

También se afirma que toda presidencia está caracterizada por la personalidad del titular ocasional, de su autoridad y prestigio⁵. El hecho es evidentemente

4 En todos los manuales se encuentran estas notas. Sirva de ejemplo BALAGUER CALLEJÓN, Francisco *et alii*: Derecho Constitucional, Tecnos, 2 vols., págs. 371 y 372 del volumen dos, Madrid, 1999; o LÓPEZ GUERRA, Luis: Derecho Constitucional, Tirant lo blanch, 2 vols. 4ª ed., págs. 82 y 83 del volumen uno, Valencia, 2000.

5 Con PRELOT puede concluirse la contribución de la presidencia a la dignidad y fecundidad del debate parlamentario, bien haciendo que se respete el Reglamento o bien a través de la dirección, orden y claridad y simplificación en la aplicación de las normas. PRELOT, Marcel: “*Institutions politiques et droit constitutionnel*”, Dalloz, 10ª ed., París, 1987, págs. 823 y 824.

cierto en el ámbito dinámico de las relaciones y trabajos parlamentarios, si el Reglamento y el resto de los órganos directores (Mesa y Junta de Portavoces) lo permiten o toleran. Cualquier tipo de presidencia está en condiciones de inspirar autoridad por lo cual este rasgo no reviste fuerza definitiva.

Téngase en cuenta, finalmente, la imposibilidad de concluir a priori, una calificación definitiva de la naturaleza de la presidencia en abstracto, ajena a su concreción en un modelo constitucional prefijado e incluso los límites de concepto que ofrece la propia terminología calificadora: presidencia *fuerte, débil, dependiente del ejecutivo, líder, neutra*... . El hecho es que cualquier tipo de presidencia podría recibir en la práctica un calificativo antitético al que en principio se le puede asignar a la vista de su tradición constitucional y su marco normativo, como consecuencia de múltiples factores que van desde la propia personalidad del titular, al tono de las relaciones parlamentarias que quiera imprimir el ejecutivo, pasando incluso por la contingencia de la composición, mayoritaria o no, de la asamblea que se dirige⁶. Un interesante estudio de MANCISIDOR ARTARAZ⁷ se detiene en la calificación de estas categorías pero partiendo de la base que es necesario un criterio clasificador previo a la construcción de la tipología y un análisis de las referencias sobre las que se trabaja, es decir si se calificará la presidencia tras el estudio de la norma o después de comprobar su actuación práctica⁸. Así, las calificaciones referidas a las presidencias de nuestras Cámaras territoriales con respecto a su naturaleza, son ciertamente dispares. Sólo MANCISIDOR constata en la doctrina nacional siete tipos de calificaciones relevantes, que bien es cierto que no se excluyen, pero tampoco siempre se complementan: la presidencia es el mecanismo (*motor*) relevante de activación de la asamblea (GIL-ROBLES, PÉREZ SERRANO JÁUREGUI, GARCÍA ESCUDERO, PENDÁS, CANO BUESO, MORALES ARROYO⁹), mientras VIVER PI-SUNYER

6 El intercambio de contenidos entre los distintos tipos de presidencia, según la configuración reglamentaria o el ejercicio de su titular en TORRES MURO, Ignacio: *Los órganos de gobierno de las Cámaras legislativas: Presidente, Mesa y Junta de Portavoces en el Derecho parlamentario español*, Servicio de Publicaciones del Congreso de los Diputados, Serie IV, monografías, n.º 11, Madrid, 1987, pág. 54.

7 MANCISIDOR ARTARAZ, Eduardo: "Funciones y potestades de la presidencia parlamentaria", en *Parlamento y Derecho*, Da Silva Ochoa (coord.), Parlamento Vasco, págs. 155 a 233, Vitoria, 1991.

8 MANCISIDOR ARTARAZ, Eduardo: "Funciones y potestades de la presidencia...", pág. 215

9 Citados por el autor: GIL-ROBLES y GIL-DELGADO, José María y PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, Nicolás: *Diccionario de términos electorales y parlamentarios*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987; GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad, y PENDÁS GARCÍA, Benigno: "Comentario al artículo 72.2 y 3 de la Constitución: Presidencia de las Cámaras, sesiones conjuntas y potestades administrativas", en *Comentarios a las Leyes Políticas*, dir. Óscar Alzaga Villaamil, Edersa, vol. VI (artículos 66 a 80), págs. 417-450, Madrid, 1989; CANO BUESO, Juan y MORALES ARROYO, José María: *El Parlamento andaluz. Estructura y organización*, Madrid, 1987.

atribuye ese impulso a los grupos parlamentarios. Por supuesto en torno a los adjetivos *fuerte y débil* también se advierten grupos de posturas (RECORDER DE CASSO, SOLE TURA, APARICIO PÉREZ, OLLER SALA, GARCÍA ESCUDERO, PENDÁS entre los primeros y MANZELLA, GARCÍA MORILLO y TORRES MURO entre los segundos); y según la participación e influencia del titular en el funcionamiento de la Cámara, una triple posible calificación a la que también ya hemos aludido como *líder, árbitro* o figura intermedia, que asimismo agrupa distintas posiciones de entre los propios estudiosos que se han mencionado. Por último, desde el punto de vista histórico también se discute sobre si el órgano ha aumentado o ha disminuido sus poderes (GARCÍA ESCUDERO Y PENDÁS entre los primeros y GARCÍA MORILLO o SANTAOLALLA LÓPEZ entre los segundos)¹⁰

En general la doctrina ha tenido ocasión de exponer la naturaleza de los presidentes desde puntos de vista que guardan entre sí una elevada identidad. PITARCH SEGURA resaltaba las clasificaciones de PRELOT (Presidente *líder*, que es el que conduce los debates y participa activamente, y Presidente *árbitro*, cuya finalidad principal es hacer respetar el Reglamento) y MATHIOT (presidencias despolitizadas, como la de Gran Bretaña y ciertos parlamentos de la *Commonwealth*; politizadas, propias de la separación de poderes estricta, siendo destacable el ejemplo de la Cámara de Representantes estadounidense; y presidencias intermedias)¹¹. Es claro que nos encontramos ante dos modelos extremos y muchos modelos intermedios en los que además es posible conciliar o alternar durante el ejercicio de la presidencia, arbitrio y liderazgo. Es inusual que fuera de estos dos extremos, encontremos a un Presidente con tan elevado grado de autoridad como el *speaker*, entre otras cosas por la ausencia de tradición que se remonta a tres siglos atrás, tiempo durante el cual muchas veces no se ha tratado de influir en su nombramiento, dejando prácticamente el retiro a su voluntad, ante la ausencia de candidatos alternativos. Asimismo, tampoco existe la vinculación de jefatura que el Presidente de la Cámara norteamericana mantiene con sus filas. Por ello, o muy posiblemente habría que renunciar a clasificar el resto de los presidentes, o habría que centrarse en definir el modelo continental en el cual lo más característico del Presidente es compartir su preeminencia en la dirección de la Cámara con otro órgano de naturaleza colegiada. Una vez aceptada esta posición, las variedades que a su vez genera este tipo de presidencia son tan numerosas

10 MANCISIDOR ARTARAZ, Eduardo: "Funciones y potestades de la presidencia...", pág. 215 al pie, cita ubicación.

11 PITARCH, Ismael E.: "Acerca de la responsabilidad política del Presidente del Parlamento", en *Las Cortes Generales*, vol. III, IEF, Madrid, 1987, pág. 1996 y ss.

como parlamentos se constituyen, incluso dentro de un mismo país, por lo que sólo cabe hablar de tendencias dentro del modelo.

Aún con todo, queden apuntadas estas categorías, con las reservas que se estimen convenientes, puesto que de lo contrario sería imposible sentar un criterio de estudio de prácticamente ningún tema. Tras esta primera y urgente aproximación, puede en todo caso observarse, que el campo definitorio de la presidencia del Congreso de los Diputados de España y el de los parlamentos territoriales autonómicos es el tradicionalmente reconocido en los parlamentos continentales. Para completar al lector del anuario esta breve aproximación, paso ahora a acompañar estas consideraciones tipológicas con algunas aportaciones de constitucionalismo histórico:

En España, la Constitución de Cádiz de 1812, consagra la presidencia en cinco de sus artículos, pero en dos de ellos con una finalidad accesoria (respecto de la regulación del protocolo real ante las Cortes). Las referencias al Presidente se centran en el momento de acceso al cargo, disponiendo, en primer término, que dirija la Cámara en el proceso de renovación de Diputados el propio Presidente de la Diputación Permanente (art. 112¹²); en segundo término, que se nombran los cargos de dirección de Cortes, encabezados por el Presidente, de forma secreta y mayoritaria (art. 119¹³); y en tercer término, ordenando la elección de una nueva Diputación Permanente cuya primera misión es anunciarle al Rey la renovación de la Cámara y qué Presidente ha sido el elegido (art. 119¹⁴). Como se ha dicho, los otros dos artículos hacen una referencia secundaria de la presidencia, con carácter accesorio al protocolo de la visita regia a las Cortes en el momento de apertura o cierre de las mismas

La obra recopiladora de FERNÁNDEZ MARTÍN permite un acercamiento al desarrollo Reglamentario de las funciones del Presidente en el período de vigencia de esta Constitución de 1812 y en las Cortes constituyentes¹⁵: el Reglamento de gobierno interior de 27 de noviembre de 1810, dedica el capítulo II al Presidente y al vicepresidente¹⁶, cargos que se elegían el día veinticuatro de

12 El 15 de febrero del año que corresponda la renovación de Diputados.

13 También a un vicepresidente y a cuatro secretarios.

14 Se compone de veintidós miembros y dos secretarios que preguntarán al Rey si asiste a la apertura de Cortes el primer día de marzo.

15 FERNÁNDEZ MARTÍN, Manuel: *Derecho Parlamentario Español*, Imprenta de los Hijos de J.A. García, 3 vols., Madrid, 1885 – 1890.

16 FERNÁNDEZ MARTÍN, Manuel: *Derecho Parlamentario Español...* . Págs. 631 y ss. del volumen dos.

cada mes, siendo imposible su reelección antes de seis meses. Su voto, carecería por naturaleza de calidad o de decisión. Resalta esta normativa como funciones de la presidencia la apertura y cierre de las sesiones, la vigilancia del orden, la compostura y el silencio en el transcurso de las mismas, la llamada de atención a los oradores para volver o ceñirse al tema discutido y en general, la concesión y retirada de la palabra siguiendo un turno. Gozaba de cierta potestad disciplinaria pudiendo mandar callar, y en caso de ser desobedecido hasta tres veces, decretaba la expulsión del representante díscolo. En cuanto al soporte documental de los trabajos y otras instrucciones, firmaba decretos con el acompañamiento de dos secretarios. Asimismo, respecto de los asuntos a tratar, el Presidente anunciaba al final de cada sesión el orden del día de la siguiente¹⁷. El decreto de Cortes para gobierno interior que se promulga tras la aprobación del texto gaditano, el 31 de agosto de 1813, reproduce esencialmente la norma que le antecede. En los arts. 29 a 37 de su capítulo II altera el impedimento de la reelección de los cargos directivos permitiendo que el Presidente y el vicepresidente puedan permanecer en el puesto durante los tres a cuatro meses que dura el período de sesiones. Además distingue al primero con el tratamiento de excelencia¹⁸.

La aproximación a estos dos Reglamentos de principios del s. XIX, permite concretar en nuestro país los caracteres iniciales de influencia continental que revisten el oficio del Presidente: una tónica de paridad con el resto de miembros de la asamblea manifestada en la escasa e improrrogable duración del mandato director, evitando de esta forma el ejercicio de una magistratura que tenga influencias decisivas en el cuerpo representativo, y en sus atribuciones, así como facultades meramente ordenadoras. También aparece, en el Reglamento de 1813 alguna sombra del ajuste de funcionamiento necesario en la asamblea (que con carácter general se observaba en Francia coetáneamente) para permitir un correcto desarrollo de tareas y evitar los perjuicios que la provisionalidad de las presidencias generaban en su actividad (posibilidad de reelección por períodos de sesiones) así como la mejora de la consideración normativa a efectos del respeto institucional mediante una distinción honorífica (tratamiento de excelencia).

Las alusiones constitucionales de la Carta de 1812 a la presidencia de las Cortes, quedan reducidas a los aspectos de acceso a la función presidencial en la

17 El vicepresidente procedía a la sustitución del Presidente abriendo la sesión cuando llegada la hora de inicio, y habiendo acudido más de la mitad de los Diputados no lo hiciera el Presidente. Ha de apuntarse el tratamiento considerablemente extenso que recibe la figura del vicepresidente en estos Reglamentos.

18 FERNÁNDEZ MARTÍN, Manuel: *Derecho Parlamentario Español...* . Págs. 737 y ss. del volumen dos.

Constitución de 1837, cuyos artículos 30 y 31 se limitan a enunciar la existencia de un Presidente en el Congreso sin mención del procedimiento para su elección (aunque dice que lo “nombra” la Cámara) y de la provisión del correspondiente en el Senado, por parte del Rey, entre los miembros de esa Cámara. Esta regulación se reproduce en los arts. 29 y 30 de la Constitución de 1845¹⁹ para desaparecer cualquier mención en la Carta de 1869 y en el Proyecto de 1873, y reaparecer a través de la Constitución de 1876 (que en sus arts. 35 y 36 repite la opción de 1845 aludiendo sólo al Presidente del Congreso como cargo rector a elegir por la Cámara junto con vicepresidentes y secretarios). La Constitución de 1931 deja la materia en el campo del Reglamento²⁰, pero establece que el Presidente de las Cortes, sustituye en sus funciones al de la República en caso de impedimento temporal o ausencia del segundo, en su art. 74.

Esta tendencia de desconstitucionalización del órgano rector cambia, en parte, con las menciones que nuestra actual Carta Magna realiza hacia los Presidentes de Congreso y Senado, con independencia que el Reglamento sea el eje de la regulación de sus funciones. Aún así, ni Constitución ni Reglamento perfilan la presidencia de las Cámaras como órgano de superior importancia a la del resto de los existentes en el Parlamento, ni como figura jurídica destaca por encima de aspectos procedimentales, electorales o relacionales. En definitiva, la regulación constitucional y reglamentaria (recordemos que los Reglamentos de ambas Cámaras ignoran en su sistemática un capítulo especialmente dedicado a la presidencia) es un claro reflejo de la importancia efectiva de este órgano unipersonal en un sistema regido por la tradición y por patrones que caracterizan las presidencias de tipo continental. Con ello, se proyecta el ajustado papel institucional del que goza actualmente sin que se menosprecie su función, y menos la actual Constitución, con varias menciones normativas.

En cualquier caso, nuestro constitucionalismo, a la par que otros con los cuales comparte órbita y orientación histórico-científica, determina que durante todos los períodos de vigencia de las respectivas Cartas, la línea de presidencia que ha imperado haya sido la de tipo continental, con presidencias *débiles* en cuanto a su posición institucional independiente, por más que la presente afirmación pudiera ser matizada en cada ejercicio presidencial y, sobre todo, según la introducción de personales modos de ejercicio de sus titulares.

CAZORLA PRIETO indica que la figura del Presidente parte en el siglo XIX

19 Si bien en el art. 30 y para el Senado, se permite que la propia Cámara elija los secretarios.

20 Se refiere al de las Cortes.

de una considerable concentración de poder, evolucionando a lo largo del siglo XX a una posición de menos fuerza, que se demuestra en la regulación del Reglamento del Congreso de 1982, diseñador de un sistema de dirección parlamentaria compartida entre éste y la Mesa que velan en conjunto por la autonomía funcional²¹. Esta es la tónica del Parlamento contemporáneo, en el que cabe observar distintas tendencias que confluyen en esta idea. Al respecto PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI constata el influjo que los parlamentos continentales reciben de la figura neutral del *speaker* pero que ya en el s. XIX se manifiesta una tendencia a la colegialidad²². La reafirmación del principio de autonomía de las Cámaras determina mayor autorganización y para ello es preciso un reflejo en la dirección de las mismas de la representación proyectada en la Cámara. La participación en las funciones directivas también conoce un nuevo órgano de extraordinario protagonismo como es la Junta de Portavoces, asumiendo facultades que en principio correspondían a la presidencia²³.

La dirección de los trabajos parlamentarios en los países de la órbita continental en los últimos dos siglos, parte de una concepción cercana a los postulados de la Revolución Francesa que, como recuerda TORRES MURO rompe con el modelo anterior en el que el Presidente de la asamblea representaba al Ejecutivo con una labor de acaparamiento de poderes²⁴. Con estos antecedentes y en la búsqueda de mayor capacidad de la Cámara no resultaba lógica la exportación de una figura directora fuerte como el *speaker*²⁵, determinándose una presidencia de competencias recortadas y limitada temporalmente. El Presidente va adquiriendo un carácter de árbitro entre iguales, lo cual no siempre contribuye a la funcionalidad de la asamblea que demanda más continuidad en la dirección de los trabajos y cierta capacidad de mando en torno a su figura representativa de dirección, con lo que en determinados momentos de esta evolución se opta por importar elementos de fortaleza de la presidencia inglesa²⁶. El incremento de la influencia de los

21 CAZORLA PRIETO, Luis María: *El Congreso de los Diputados (su significación actual)*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 95 y ss.

22 PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, Nicolás: “Las Mesas, órganos rectores colectivos de las Cámaras”, *Revista Parlamentaria Iberoamericana*, n.º 7, 1998, págs. 204 y 205.

23 PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, Nicolás: “Las Mesas...”, pág. 208, compartiendo opinión con ARCE JANÁRIZ, Alberto: “La Mesa y la Junta de Portavoces en el derecho parlamentario europeo”, en *Los Parlamentos de Europa y el Parlamento Europeo*, Cyon, Madrid, 1997, pág. 142.

24 TORRES MURO, Ignacio: *Los órganos de gobierno de las Cámaras legislativas: Presidente, Mesa y Junta de Portavoces en el Derecho parlamentario español*, Servicio de Publicaciones del Congreso de los Diputados, Serie IV, monografías, n.º 11, Madrid, 1987, págs. 34 y ss.

25 Esa era la opción de MIRABEAU, hacia 1789.

26 TORRES MURO señala como ejemplo la Asamblea francesa de 1814 que perfila al Presidente como órgano del Poder Ejecutivo. TORRES MURO, Ignacio: *Los órganos de gobierno...*, pág. 39 y ss.

líderes de las fracciones parlamentarias y de los órganos auxiliares del Presidente es un hecho refrendado en los correspondientes Reglamentos, por más que en ocasiones se fortalezca al director de la Cámara con ciertos poderes que solventen situaciones de indisciplina²⁷.

Nuestro modelo actual en derecho parlamentario español y autonómico bebe de todos estos antecedentes. En las Cortes Constituyentes, la figura del Presidente del Congreso se encuentra acompañada, además de por su homólogo del Senado, por el Presidente de las Cortes, magistratura que sería suprimida en la Carta Magna promulgada, dando lugar a una de las notas más destacables en el nuevo período: la asunción de la presidencia conjunta de ambas Cámaras por el Presidente del Congreso, cuando se dispone en el propio texto constitucional. El procedimiento de elaboración de los artículos referidos a la presidencia del Congreso, se presenta sin debate reseñable en torno a la personalidad jurídica o funciones del titular²⁸. La presidencia del Congreso apunta las renovaciones que vienen de la mano de la creciente influencia de otros órganos de organización del trabajo, especialmente la Junta de Portavoces. Asimismo, se produce sobre ella (aunque posteriormente y de la mano del Reglamento) una cierta invasión funcional por parte de la Mesa, como corolario del proceso de participación de las distintas sensibilidades grupales en la dirección de las Cámaras. En este panorama de 1978 aparece un artículo clave para lo que podía haber sido la determinación del estatuto de la presidencia, el 72.3 CE, enunciador de un principio general de atribución de potestades en cada uno de los Presidentes de las Cámaras sobre las materias de administración y policía. Y es esta una de las paradojas de la regulación de la figura presidencial: existe un reconocimiento de funciones sobre unas materias que el posterior desarrollo por Reglamento va a precisar con carácter restrictivo, con la finalidad de dotar de sentido la existencia de las Mesas (que por otra parte están también reconocidas al mismo nivel constitucional que las presidencias). Ello no contrasta con lo que se ha anticipado como modelo de influencia continental en el cual el Presidente desempeña sus cometidos con la colaboración, coparticipación o incluso contrapeso de la Mesa, pero sí lo hace con los propios términos derivados del art. 72.3 CE que se elaboraba partiendo del conocimiento de la trayectoria de esta figura y de la práctica constituyente en la que se revela de la misma manera el papel

27 La tendencia hacia la colegiación: TORRES MURO, Ignacio: *Los órganos de gobierno...*, pág. 42.

28 Pueden consultarse las notas más destacables del proceso de elaboración de los arts. 64.1, 72.2 y 3, 78.2, 90.1, 99.1 y 5 y 109 CE en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (coord.): *Comentarios a la Constitución española de 1978*, EDERSA-Cortes Generales, 12 vols., Madrid, 1996. y en GARRIDO FALLA, Fernando (coord.): *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 2ª ed., Madrid, 1985.

de la Mesa. Así, puede concluirse que el ejercicio de los poderes administrativos y de policía interna, núcleo de lo que se considera autorganización institucional, son atribuidos a las Presidencias con carácter general, pero a la hora de elaboración del Reglamento se ha querido poner en relación los mismos con la dinámica de funcionamiento actual de las Cámaras en el modelo presidencial de nuestro entorno, donde se desconoce una dirección *supra* partes desligada de la composición del Pleno. Esta composición se inculca en todos y cada uno de los órganos de la Cámara reflejando la pluralidad representativa en la Junta de Portavoces y también, en menor medida (ya que no todos los grupos parlamentarios pueden siempre formar parte de ella) en la Mesa, pero no se puede predicar siempre de la presidencia, por su propia sustancia de órgano unipersonal, que ve proyectado en torno a su titular la confianza de la mayoría (o incluso puede que de toda la Cámara), ya que durante la Legislatura juega al margen de un papel de reflejo de la pluralidad de pensamientos existentes situándose más bien como unificador de la institución constituida. Es por ello por lo que el funcionamiento de la Cámara demanda la continua permanencia de la voluntad de las fracciones a través de representantes que transmitan su sensibilidad en los diversos actos de organización de los trabajos parlamentarios y en el funcionamiento mismo de la sede.

De esta manera, la organización interna estará dotada de un sistema de cierta, pero necesaria, complejidad, en la que el presidente es representante de la Cámara, ejerce sus funciones propias más otro conjunto de atribuciones, con el auxilio, la participación, o el visto bueno (según de cuáles se trate) de otros órganos: el propio Pleno, la Mesa o la Junta de Portavoces. La nota distintiva es que el órgano unipersonal no es objeto de un control (o vigilancia o auxilio o sometimiento) de carácter externo porque su titular está también al frente de esos órganos, y no es posible con ello hablar de relaciones basadas en la jerarquía (precisamente porque no hay un mecanismo de comunicación entre órganos sino una presencia del Presidente en éstos). Así, la presidencia como órgano parlamentario dispondrá de un contenido de considerable extensión por las ramificaciones que despliega tanto en las facultades que le son asignadas en exclusiva como por su papel en los órganos en los que participa (de manera además, cualitativamente relevante).

DE NUEVO EL SISTEMA ELECTORAL DE CASTILLA-LA MANCHA ANTE
EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: COMENTARIO A LA STC 19/2011.

Tomás Vidal Marín

Profesor Titular de Derecho Constitucional (UCLM)

El presente comentario tiene por objeto analizar la doctrina jurisprudencial contenida en la STC 19/2011 por virtud de la cual el más alto de nuestros Tribunales resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 50 senadores del Grupo Parlamentario Popular contra la Ley 12/2007, de 8 de noviembre, que reformó la Ley electoral de Castilla-La Mancha, en concreto la Ley 5/1986, de 23 de diciembre. Mediante dicha reforma, el legislador autonómico incrementó en dos el número de diputados de la Asamblea Regional, que pasó a estar compuesta por 49 diputados, asignando estos dos nuevos escaños a las circunscripciones de Toledo y Guadalajara habida cuenta de la evolución poblacional o demográfica de estas dos provincias en relación con el resto de provincias castellano-manchegas.

Los motivos en que basan el recurso los recurrentes son tres: en primer lugar, consideran que con la referida reforma se está conculcando la exigencia constitucional y estatutaria de proporcionalidad en el reparto de escaños, esto es, se estarían conculcando los artículos 152.1 CE y 10.2 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha; en segundo lugar, el segundo motivo de inconstitucionalidad aducido es que la Ley 12/2007 vulnera el principio de igualdad de voto y, por tanto, los artículos 9.2, 14 y 23 CE y 10 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha; y en tercer lugar, los senadores recurrentes estiman que la norma de reforma lesiona el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos previsto en el artículo 9.3 CE.

En relación con el primer motivo de inconstitucionalidad aducido por los recurrentes y que se concretaría en la vulneración de la proporcionalidad del sistema electoral exigido por el bloque de la constitucionalidad, el T.C. comienza afirmando que el artículo 152.1 CE resulta también aplicable a aquellas CCAA que se hubieran constituido por la vía del artículo 143 CE y que progresivamente hubieran asimilado su nivel competencial a las CCAA de vía rápida. Artículo 152.1 CE que mandata que el Parlamento sea elegido “por sufragio universal, con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio”; mandato éste que se reproduce en el artículo 10.2 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha. Luego, son ambos los preceptos que se han de utilizar como parámetro para enjuiciar la constitucionalidad de la Ley recurrida.

A continuación, el Tribunal recuerda la jurisprudencia elaborada por el mismo en lo atinente al significado y alcance de la proporcionalidad de los sistemas electorales impuesta por la Constitución y por los Estatutos de Autonomía. Y en este sentido reitera que la exigencia de proporcionalidad constitucional-

mente impuesta no puede traducirse en una exigencia de proporcionalidad pura habida cuenta de que los propios elementos que conforman el sistema electoral a la hora de configurarse normativamente supondrán ajustes o recortes de una supuesta proporcionalidad pura entendida en sentido abstracto. Es por ello por lo que la proporcionalidad a la que se refiere el bloque de la constitucionalidad es configurada por el T.C. como “un criterio tendencial”. Como afirma textualmente el más alto de nuestros tribunales: “No se trata, en ningún caso, de la exigencia de un sistema puro de proporcionalidad, sino que, por el contrario, la proporcionalidad es más bien, una orientación o criterio tendencial, porque siempre, mediante su puesta en práctica, quedará modulada o corregida por múltiples factores del sistema electoral hasta el punto de que puede afirmarse que cualquier concreción o desarrollo normativo del criterio, para hacer viable su aplicación, implica necesariamente un recorte a esa pureza de la proporcionalidad abstractamente considerada”. Y añade: “El Tribunal Constitucional se ha referido a algunos de esos factores de los sistemas electorales que modulan o recortan la proporcionalidad, contemplados tanto en la Constitución como en los Estatutos de Autonomía. En este sentido, ha mencionado como una evidente restricción al despliegue de la proporcionalidad la horquilla de un número mínimo y máximo de componentes de la Cámara y la posibilidad de que el legislador amplíe esa composición hasta el número máximo; ha afirmado también que la restricción de la proporcionalidad puede adquirir más entidad con la distribución del número total de miembros de la Cámara entre las circunscripciones electorales y la atribución a éstas de un número mínimo inicial de escaños; ha admitido igualmente que puede suponer una alteración de la proporcionalidad la determinación de la concreta fórmula matemática que se siga para la atribución de los escaños en función de los votos obtenidos (). Y, en fin, como criterio parcialmente corrector de la proporcionalidad ha definido el mandato constitucional, que en este caso reitera también el artículo 10.2 EACM, de que el sistema de representación proporcional asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio (art. 152.1 CE), de modo que el imperativo de la proporcionalidad del artículo 152.1 CE, común a los sistemas electorales autonómicos, puede ser atemperado por el mandato constitucional y estatutario de asegurar la representación de las diversas zonas del territorio de la región ().”

En definitiva, el Tribunal Constitucional, como ya nos tiene acostumbrados en relación con otros temas, es sumamente respetuoso, en este caso, a mi juicio de manera bastante acertada, con la libertad de configuración normativa del legislador en punto a la sistemática electoral. “En tanto el legislador se funde en fines o objetivos legítimos y no cause discriminaciones entre las opciones en presen-

cia, no cabrá aceptar el reproche de inconstitucionalidad de sus normas o de sus aplicaciones en determinados casos, por no seguir unos criterios estrictamente proporcionales”.

Pues bien, de acuerdo con la doctrina ahora expuesta, procede ya el Tribunal a resolver *ad casum*, examinando si la Ley 12/2007 por la que se reforma la Ley electoral de Castilla-La Mancha ha conculcado la exigencia de proporcionalidad constitucionalmente impuesta. Y en este punto interesa llamar la atención sobre el hecho de que el alto Tribunal reprocha a los recurrentes el hecho de no haber fundamentado debidamente su recurso en base a dos motivos: en primer lugar, porque las operaciones aritméticas realizadas por aquellos para denunciar la quiebra de la proporcionalidad del sistema se han realizado con datos poblacionales correspondientes al año 2007 y estos datos no fueron tenidos en cuenta por el legislador autonómico puesto que al hacer la reforma los mismos no eran oficiales; y en segundo lugar, porque los recurrentes sólo tienen en cuenta el reparto de los dos nuevos escaños adjudicados, cuando es lo cierto que la proporcionalidad del sistema electoral debe ser apreciada en su conjunto.

En la Exposición de Motivos de la Ley cuestionada el legislador ha dejado constancia de las razones por las que ha atribuido estos dos nuevos escaños a Guadalajara y Toledo. En este sentido, La Ley 12/2007 pretende afrontar la incidencia que sobre el sistema electoral de Castilla-La Mancha tiene la “desigual evolución demográfica habida en cada una de las circunscripciones electorales”. La referida evolución demográfica ha sido muy superior en aquellas provincias mencionadas de tal forma que se ha llegado a la situación insólita de que con la Ley electoral vigente Guadalajara con mayor número de población y de electores que Cuenca tenía atribuido un escaño menos que ésta circunscripción. Por su parte, Toledo con 100.000 habitantes más que Ciudad Real, tenía atribuido el mismo número de escaños que esta última. Pero junto a lo anterior, el legislador justifica que sólo incrementa en dos el número de escaños de la Asamblea Regional en base a un criterio de austeridad, de tal forma que un número total de 49 diputados es “suficiente para cumplir el criterio de proporcionalidad y de realizar de forma adecuada las funciones que están previstas en la legislación vigente”. Asimismo, el Tribunal Constitucional tiene en cuenta también a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de la norma recurrida en punto a la proporcionalidad, que el legislador al enfrentarse a la desigual evolución poblacional de las provincias castellano-manchegas, se vio “compelido no sólo por la necesidad de conciliar los criterios de proporcionalidad y de representación de las diversas zonas del territorio de la región (arts. 152.1 CE y 10.2 EACM) sino también por el mandato estatutario de que la asignación de los diputados a las distintas circunscripciones

electorales en ningún caso fuera inferior a la establecida para cada una de ellas en el art. 10.2 EACM”.

A partir de estas consideraciones, no puede resultar extraño que el T.C. considere que desde una perspectiva constitucional no puede considerarse arbitraria ni irrazonable la actuación del legislador autonómico. En efecto, para el alto Tribunal la evolución desigual de la población en las circunscripciones de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha justifica la decisión del legislador en el sentido indicado a efectos de modular las distorsiones que la misma ocasionaba en un sistema electoral que, por imperativo constitucional y estatutario, ha de ser proporcional y asegurar la representación de las diversas zonas del territorio. Pero además, que los dos escaños en juego fueran a parar a las circunscripciones de Toledo y Guadalajara también aparece suficientemente justificado teniendo en cuenta que son las provincias cuyas poblaciones han tenido un incremento destacado en comparación con el resto de las provincias de la precitada Comunidad Autónoma. En relación con este último tema, afirma textualmente el T.C.: “() tomando como referencia las cifras oficiales de la revisión anual del padrón municipal del año 1996, vigentes cuando se aprobó la Ley 3/1997, de 3 de julio, de reforma del EACM, en la que se fijó el número mínimo de Diputados correspondientes a cada circunscripción electoral, y las cifras oficiales de la revisión anual del padrón municipal del año 2006, vigentes cuando se aprobó la Ley recurrida, resulta que la población de la provincia de Guadalajara pasó de 157.255 a 213.505 habitantes, aumentando en la década indicada en 56.250 habitantes, incrementándose su población, por lo tanto, en un 35.76 por 100. En números absolutos, aunque no porcentualmente, la provincia de Toledo fue la que tuvo un mayor incremento de población, pasando de 515.880 a 615.618 habitantes, cifrándose el aumento de población en 99.738 habitantes, lo que representa un incremento de 19,34 por 100. Sustancialmente menor en términos cuantitativos y porcentuales fue el incremento de población que experimentaron las otras tres circunscripciones electorales: Cuenca pasó de 201.712 a 208.616 habitantes, lo que supone un aumento de 6.904 habitantes, que representa un incremento del 3,42 por 100; Ciudad Real pasó de 478.672 a 506.864 habitantes, lo que implica un aumento de 28.192 habitantes, que representa un incremento del 5,88 por 100; y, en fin, Albacete pasó de 359.010 a 387.658 habitantes, con un aumento de 28.648 habitantes, que representa un incremento de 7,97 por 100”.

Como consecuencia de todo lo expuesto, es obvio que el Tribunal llegue a la conclusión que no puede afirmarse la inconstitucionalidad de la norma cuestionada por vulneración de la proporcionalidad del sistema exigida por la Constitución y el Estatuto de Autonomía.

Ningún reproche creo que quepa hacer a las consideraciones efectuadas por el alto Tribunal en relación con la conformidad de la Ley impugnada con el bloque de la constitucionalidad en lo que a la proporcionalidad del sistema electoral se refiere. El respeto a la libertad de configuración normativa del legislador exige que la exigencia constitucional de proporcionalidad no se interprete en sentido estricto, sino que se interprete de manera flexible, como un “criterio siempre tendencial”, por lo que el juicio de constitucionalidad en este supuesto también es más flexible y, por tanto, menos riguroso.

El segundo motivo de inconstitucionalidad aducido por los recurrentes se concreta en que la Ley 12/2007, de 8 de noviembre, infringe el principio de igualdad (art. 14 y 23 CE) en relación con la exigencia de voto igual prevista en el artículo 10 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha habida cuenta que ha producido una discriminación entre las circunscripciones de Castilla-La Mancha y, consecuentemente, entre sus habitantes. Antes de proceder al enjuiciamiento de la constitucionalidad de aquella norma, el Tribunal recuerda su doctrina en relación con la igualdad en el sufragio. Y a este respecto comienza señalando que en el constitucionalismo contemporáneo la garantía del sufragio igual se traduce tanto en una igualdad en el valor numérico como en una igualdad en el valor de resultado del sufragio. “Aunque no opera de la misma manera en los sistemas electorales mayoritarios que en los proporcionales”, afirma el T.C., “basta con señalar, en lo que ahora interesa, que supone en estos últimos, además de un idéntico valor numérico del voto, que todos los votos hayan de contribuir de manera semejante o similar en la asignación de escaños y, por tanto, en la conformación del órgano representativo”. Y a renglón seguido añade que la referida igualdad ha de verificarse dentro del sistema electoral que sea libremente determinado por el legislador “impidiendo diferencias discriminatorias, pero a partir de tal sistema y no por referencia a cualquier otro”.

Este principio de igualdad en el sufragio tampoco puede entenderse de manera estricta y rigurosa puesto que existen otras prescripciones contenidas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía que pueden modular aquel principio o incluso imponer determinadas limitaciones al mismo. Entre dichas prescripciones, el más alto de nuestros Tribunales destaca la exigencia de la proporcionalidad del sistema electoral y la necesidad de garantizar el criterio territorial, esto es, de asegurar la representación de las diversas zonas del territorio de la Región. Ahora bien, tal modulación tiene su límite “en el establecimiento de diferencias desproporcionadas, irrazonables, injustificadas o arbitrarias en la igualdad del sufragio de las que se derive una discriminación constitucionalmente intolerable”.

Es más: sin perjuicio de esa modulación por otras prescripciones constitucionales o estatutarias, el T.C. considera que la igualdad de sufragio “debe ser un objetivo hacia el que ha de orientarse progresivamente, corrigiendo en lo posible sus desviaciones, la acción del legislador” a la hora de regular un determinado sistema electoral, debiendo buscar un equilibrio “cada vez más ajustado” entre la garantía de un sufragio igual y las mencionadas prescripciones moduladoras del mismo.

Y si el alto Tribunal había sido crítico con los recurrentes en lo relativo a la impugnación de la proporcionalidad por utilizar datos poblacionales que el legislador autonómico no utilizó, la misma actitud tiene ahora con ellos a la hora de entrar a analizar la supuesta conculcación del principio de igualdad en el sufragio. “Los datos referidos a la ratio Diputado/habitantes de cada una de las circunscripciones electorales que ofrecen los recurrentes”, afirma el T.C., “han sido elaborados a partir de las cifras de población correspondientes al 1 de enero de 2007”. Pero además, en este caso el máximo intérprete de la Constitución también reprocha a los recurrentes el hecho de que a la hora de elaborar el recurso han tenido en cuenta el número de escaños atribuidos a cada circunscripción con anterioridad a la nueva asignación que lleva a cabo la ley recurrida, esto es, no han tenido en cuenta los escaños atribuidos por la Ley impugnada a Guadalajara y Toledo.

Centrado ya en el motivo de la impugnación, el T.C. constata las disfunciones que el principio de igualdad de voto presenta en el sistema electoral de Castilla-La Mancha. Por decirlo con otras palabras, el voto de los electores de las distintas circunscripciones que conforman el sistema electoral no tienen el mismo valor o el mismo peso a la hora de determinar el resultado de las elecciones de tal forma que las provincias más pobladas estarán infrarrepresentadas y las menos pobladas estarán sobrerrepresentadas. “Así, en la circunscripción de Albacete la relación Diputado/habitantes es de 38.765; la de Ciudad Real de 46.078; la de Cuenca de 26.077; la de Guadalajara de 26.688, y, en fin, la de Toledo de 51.301”. Es de esta forma como se pone de manifiesto que el valor del voto de los ciudadanos de las circunscripciones menos pobladas es superior al de los ciudadanos de las circunscripciones más pobladas.

A partir de aquí, el Tribunal afirma que el segundo motivo de inconstitucionalidad aducido por los recurrentes, esto es, la conculcación del principio de igualdad de sufragio debe ser también desestimado, en base a dos razones: en primer lugar, porque la desigualdad que genera el sistema electoral de Castilla-La Mancha no se traduce en una discriminación constitucionalmente prohibida al estar dotada de una fundamentación objetiva y razonable; y en segundo lugar, porque

la magnitud de la desigualdad del valor de voto de los ciudadanos de la provincia menos poblada (Cuenca) en relación con la provincia más poblada (Toledo) no es excesivo.

En lo que se refiere a la inexistencia de discriminación porque la desigualdad producida tiene una fundamentación objetiva y razonable, considera el más alto de nuestros Tribunales que dicha desigualdad es producto de la utilización de un criterio territorial a la hora de llevar a cabo la distribución de los escaños; criterio territorial cuya fundamentación se encuentra en que el legislador ha perseguido otorgar a las provincias con menor nivel demográfico una representación suficiente y adecuada tratando de evitar así las consecuencias que se podrían derivar de una insuficiente representación de tales provincias, lo cual sería una consecuencia del sólo uso de un criterio poblacional de distribución de escaños. Y a este respecto, afirma textualmente el T.C.: “() la opción plasmada por el legislador estatutario en el art. 10.2 EACM al fijar el número mínimo de diputados que ha de corresponder a cada una de las circunscripciones electorales, aunque evidentemente no es la única opción legítima posible, no parece, en principio, ni nada se argumenta al respecto en la demanda, que trasgreda los límites de lo constitucionalmente tolerable. En este contexto, el legislador autonómico al asignar en la ley recurrida los dos nuevos escaños en los que incrementa las Cortes de Castilla-La Mancha a las provincias de Guadalajara y Toledo, decisión que, por las razones demográficas ya expuestas, no puede entenderse desprovista de una justificación objetiva y razonable, se ha movido en el marco de las previsiones del legislador estatutario que ha juzgado precisamente la asignación mínima de escaños a cada circunscripción electoral como una opción adecuada en la necesaria articulación del principio de igualdad de voto y de la exigencia constitucional y estatutaria de un sistema electoral proporcional y que asegure también la representación de las diversas partes del territorio”. Además, a juicio del Tribunal, al actuar de ese modo el legislador autonómico ha disminuido la desigualdad en el valor del voto de los ciudadanos de la provincia menos poblada en relación con la más poblada (de 2,14 a 1,96).

A tenor de estas consideraciones el Alto Tribunal concluye afirmando que “no cabe imputarle por tanto una lesión del principio de igualdad de voto a la decisión del legislador autonómico que precisamente se mueve en el ámbito definido al respecto por el legislador estatutario, que le vincula, y que en una consideración global del sistema electoral reduce, en los términos indicados, la diferencia del valor del sufragio”.

Y en cuanto a la segunda razón esgrimida por el T.C. a efectos de no considerar discriminatorio la desigualdad en el valor del voto producida por el sistema

electoral castellano manchego, esto es, la no excesiva magnitud de la desigualdad de voto entre la provincia más y menos poblada, estima el Tribunal que dicha magnitud no es especialmente relevante en un sistema electoral en el que la igualdad de voto ha de articularse con las exigencias constitucionales y estatutarias de proporcionalidad y representación de las diversas zonas del territorio. Para apoyar su afirmación tiene en cuenta tanto la desigualdad en el valor del voto producida en el sistema electoral del Congreso de los Diputados como en el resto de sistemas electorales autonómicos. En este sentido, afirma el T.C. que la desigualdad en el valor del voto que se produce en el ámbito autonómico es inferior a la que se produce en el ámbito nacional, en concreto, en el sistema electoral del Congreso y similar a la que se produce en otros sistemas electorales autonómicos.

Creo, al igual que manifesté en lo que a las consideraciones del Tribunal en relación a la proporcionalidad se refiere, que las argumentaciones realizadas por el mismo en lo que respecta a la igualdad en el valor de sufragio son, desde una perspectiva constitucional, correctas. El Tribunal Constitucional, en mi opinión de manera acertada, considera que la desigualdad en el valor de voto producida por el sistema electoral de Castilla-La Mancha tal y como ha sido configurado por el legislador autonómico no es constitutiva de una discriminación constitucionalmente proscrita puesto que está provista de una fundamentación objetiva y razonable y la misma no es desproporcionada en atención a su magnitud.

Finalmente, el tercer motivo de inconstitucionalidad aducido por los recurrentes se concreta en la vulneración del principio de arbitrariedad de los poderes públicos consagrado en el artículo 9.3 CE por la Ley de “ajuste” del sistema electoral de Castilla-La Mancha (Ley 12/2007). Y ello porque el legislador bajo la excusa de una pretendida adaptación de la legislación electoral a la evolución demográfica de la Comunidad Autónoma, lo que en realidad ha perseguido es blindar el sistema electoral para que el partido gobernante (PSOE) siga de manera indefinida en el Gobierno.

El T.C., en este punto, reitera su doctrina en relación con el alcance del control de constitucionalidad y el límite que el mismo encuentra en la libertad de configuración normativa del legislador. “() el cuidado que este Tribunal ha de tener para mantenerse dentro de los límites de su control ha de extremarse cuando se trata de aplicar preceptos tan generales e indeterminados como es el de la interdicción de la arbitrariedad, puesto que el pluralismo político y la libertad de configuración del legislador también son bienes constitucionales que debemos proteger”. Es por ello por lo que para enjuiciar la constitucionalidad de la norma desde el prisma del referido principio sea necesario, en primer lugar, examinar si los que recurren

justifican de forma suficiente para destruir la presunción de validez de la ley la conculcación por la misma del principio de arbitrariedad y, en segundo lugar, si la denunciada arbitrariedad es consecuencia de una discriminación normativa o de la inexistencia de una explicación racional de la medida adoptada. Ahora bien, sentado lo anterior, el más alto de nuestros Tribunales se cuida de advertir sobre el hecho de que “si el poder legislativo opta por una configuración legal de una determinada materia o sector del ordenamiento no es suficiente la mera discrepancia política para tachar a la norma de arbitraria confundiendo lo que es arbitrio legítimo con capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o distorsión en los efectos legales”.

A la luz de esta doctrina, el alto Tribunal concluye señalando que, aunque el legislador podría haber optado por otras soluciones, la suya es una decisión adoptada dentro del “margen de configuración del que constitucionalmente goza, sin que este Tribunal pueda interferirse en ese margen de apreciación, ni examinar la oportunidad de aquella decisión, sino sólo comprobar, desde la perspectiva que ahora nos ocupa, si establece una discriminación constitucionalmente proscrita o carece de una explicación razonable. Lo que (...) no es el caso”.

A la vista de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en esta STC 19/2011, creo que sólo es posible realizar esta afirmación: *nada nuevo bajo el sol*. En este pronunciamiento el alto Tribunal se limita a reiterar su jurisprudencia en relación con el alcance de la proporcionalidad de los sistemas electorales y de la igualdad en el sufragio aplicando la misma al caso concreto enjuiciado. Y reitero: desde una perspectiva constitucional es difícil realizar cualquier reproche a la misma considerada en términos generales.

Y parece que no va a ser la última vez que el T.C se enfrentará al enjuiciamiento de la constitucionalidad de nuestra legislación electoral puesto que hoy, 18 de septiembre de 2012, podía leerse en los medios de comunicación que el T.C. había admitido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el PSOE contra la última reforma de la ley electoral llevada a cabo por el Parlamento en el que ahora tiene mayoría absoluta el Partido Popular. Y efectivamente, en el BOE de 21 de septiembre se publica ya oficialmente la admisión del recurso por el más alto de nuestros Tribunales.

Viendo de pasada los motivos del recurso, creo que puedo arriesgarme a aventurar que el resultado será el mismo al establecido en este pronunciamiento que ahora comentamos y, por tanto, el T.C. rechazará la pretendida inconstitucionalidad de la Ley 4/2012.

En cualquier caso, no quiero terminar estas páginas sin hacer alguna breve reflexión sobre la actuación del Parlamento regional en torno a la modificación de la Ley electoral¹ de Castilla-La Mancha. Y es que pienso que la reforma de una ley electoral únicamente por el partido mayoritario en el Parlamento, que coincide con el gubernamental, es algo que debe evitarse. Desde mi punto de vista, es preferible dejar las cosas tal cual si las principales fuerzas con representación parlamentaria no se ponen de acuerdo sobre una modificación del sistema electoral. ¿Por qué? Pues porque como de todos es sabido en los Estados democráticos actuales, la democracia es, básicamente, democracia representativa y las elecciones libres y competitivas son las que confieren legitimidad al ejercicio del poder político y, por ende, al sistema político en su conjunto. Y si son los sistemas electorales aquellos que determinan la representación política, es obvio que los mismos devienen los elementos más importantes de aquellas. Si ello es así, la actuación del legislador en el año 2007 en la que el partido mayoritario acometió el mal llamado ajuste de la Ley electoral deja mucho que desear en un contexto democrático, con el consiguiente menoscabo de la legitimidad del sistema político autonómico. Carece de sentido democrático que en una sociedad configurada normativamente como democrática las reglas del juego que han de presidir la competición electoral, en la que van a participar los diferentes grupos políticos, sean establecidos por uno sólo de estos grupos; grupo político que, por muy ingenuos que seamos, siempre va a llevar a cabo dicha reforma en el sentido más favorable a sus propios intereses políticos. Y no otra cosa es posible decir de la actuación del legislador con la última reforma del sistema electoral por parte únicamente del partido mayoritario parlamentario y gubernamental.

Con actuaciones así es normal que nuestra legislación electoral acabe siempre en manos del Tribunal Constitucional, aunque los órganos recurrentes y los partidos políticos que están detrás, saben que sus recursos no llegarán a buen puerto. Y soluciones de este tipo suscitan, sin ningún género de dudas, el rechazo de los castellano-manchegos puesto que a ninguno de ellos les interesa que la calidad democrática de su sistema político quede en entredicho una vez tras otra como consecuencia de la no adecuada actuación de aquellos que son sus representantes (representantes de todos, del interés general).

¹ Sobre el sistema electoral autonómico y su posible modificación, puede verse Vidal Marín, T., *Sistemas electorales y Estado Autonómico. Especial consideración del sistema electoral de Castilla-La Mancha*, Toledo, 2006.

**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SOBRE COMUNIDADES AUTÓNOMAS
(DE 1 DE ENERO DE 2011 A 31 DE DICIEMBRE DE 2011)**

María Martín Sánchez

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

El presente trabajo pretende hacer un repaso de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional referidas a Comunidades Autónomas, en procesos de inconstitucionalidad –recursos y cuestiones-, y de conflictos de competencias.

Tal y como se indica en el sumario, se han diferenciado dos partes. De un lado una referencia a todas las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional relativas a Comunidades Autónomas, así como el proceso en el que han sido dictadas; de otro, un breve comentario de aquellas dictadas en procedimientos en los que ha participado nuestra Región.

El presente repaso jurisprudencial se refiere al año 2011, en el que encontramos un buen número de procedimientos requeridos a Castilla-La Mancha, a diferencia de periodos anteriores. Se trata de sentencias dictadas en procedimientos de recurso de inconstitucionalidad así como de cuestiones de inconstitucionalidad, si bien no se han dictado en procedimientos de conflictos de competencias.

SUMARIO

1. *Referencia de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y proceso en el que se dictan.*
2. *Comentario de las sentencias referentes a Castilla-La Mancha*
 - 2.1 *En Recursos de Inconstitucionalidad*
 - 2.2 *En Cuestiones de Inconstitucionalidad*
 - 2.3 *En Conflictos de Competencia*

1. Referencia de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y proceso en el que se dictan.

- Sentencia 204/2011, de 15 de diciembre de 2011 (BOE núm. 9, de 11 de enero de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 203/2011, de 14 de diciembre de 2011 (BOE núm. 9, de 11 de enero de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 199/2011, de 13 de diciembre de 2011 (BOE núm. 9, de 11 de enero de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 198/2011, de 13 de diciembre de 2011 (BOE núm. 9, de 11 de enero de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 197/2011, de 13 de diciembre de 2011 (BOE núm. 9, de 11 de enero de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 196/2011, de 13 de diciembre de 2011 (BOE núm. 9, de 11 de enero de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 195/2011, de 13 de diciembre de 2011 (BOE núm. 9, de 11 de enero de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 189/2011, de 23 de noviembre. (BOE núm. 306, de 21 de diciembre de 2011). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 188/2011, de 23 de noviembre. (BOE núm. 306, de 21 de diciembre de 2011). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 187/2011, de 23 de noviembre. (BOE núm. 306, de 21 de diciembre de 2011). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 186/2011, de 23 de noviembre de 2011 (BOE núm. 306, de 21 de diciembre de 2011). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 185/2011, de 23 de noviembre. (BOE núm. 306, de 21 de diciembre de 2011). Recurso de inconstitucionalidad.

- Sentencia 157/2011, de 18 de octubre de 2011 (BOE núm. 275, de 15 de noviembre de 2011). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 149/2011, de 28 de septiembre de 2011 (BOE núm. 258, de 26 de octubre de 2011). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 148/2011, de 28 de septiembre de 2011 (BOE núm. 258, de 26 de octubre de 2011). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 140/2011, de 14 de septiembre de 2011 (BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 139/2011, de 14 de septiembre de 2011 (BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 138/2011, de 14 de septiembre de 2011 (BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 136/2011, de 13 de septiembre de 2011 (BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 134/2011, de 20 de julio de 2011 (BOE núm. 197, de 17 de agosto de 2011). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 120/2011, de 6 de julio de 2011 (BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 118/2011, de 5 de julio de 2011 (BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 110/2011, de 22 de junio de 2011 (BOE núm. 172, de 19 de julio de 2011). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 74/2011, de 19 de mayo de 2011 (BOE núm. 139, de 11 de junio de 2011). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 40/2011, de 31 de marzo de 2011 (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2011). Recurso de inconstitucionalidad.

- Sentencia 32/2011, de 17 de marzo de 2011 (BOE núm. 86, de 11 de abril de 2011). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 31/2011, de 17 de marzo de 2011 (BOE núm. 86, de 11 de abril de 2011). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 30/2011, de 16 de marzo de 2011 (BOE núm. 86, de 11 de abril de 2011). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 19/2011, de 3 de marzo de 2011 (BOE núm. 75, de 29 de marzo de 2011). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 18/2011, de 3 de marzo de 2011 (BOE núm. 75, de 29 de marzo de 2011). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 2011, de 14 de febrero de 2011 (BOE núm. 63, de 15 de marzo de 2011). Recurso de inconstitucionalidad y cuestión de inconstitucionalidad (acumulados).
- Sentencia 184/2011, de 23 de noviembre. (BOE núm. 306, de 21 de diciembre de 2011). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 175/2011, de 8 de noviembre de 2011 (BOE núm. 294, de 7 de diciembre de 2011). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 161/2011, de 19 de octubre de 2011 (BOE núm. 275, de 15 de noviembre de 2011). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 160/2011, de 19 de octubre de 2011 (BOE núm. 275, de 15 de noviembre de 2011). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 152/2011, de 29 de septiembre de 2011 (BOE núm. 258, de 26 de octubre de 2011). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 151/2011, de 29 de septiembre de 2011 (BOE núm. 258, de 26 de octubre de 2011). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 146/2011, de 26 de septiembre de 2011 (BOE núm. 258, de 26 de octubre de 2011). Cuestión de inconstitucionalidad.

- Sentencia 147/2011, de 26 de septiembre de 2011 (BOE núm. 258, de 26 de octubre de 2011). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 121/2011, de 7 de julio de 2011 (BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 117/2011, de 4 de julio de 2011 (BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 79/2011, de 6 de junio de 2011 (BOE núm. 158, de 4 de julio de 2011). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 75/2011, de 19 de mayo de 2011 (BOE núm. 139, de 11 de junio de 2011). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 73/2011, de 19 de mayo de 2011 (BOE núm. 139, de 11 de junio de 2011). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 63/2011, de 16 de mayo de 2011 (BOE núm. 139, de 11 de junio de 2011). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 50/2011, de 14 de abril de 2011 (BOE núm. 111, de 10 de mayo de 2011). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 4/2011, de 14 de febrero de 2011 (BOE núm. 63, de 15 de marzo de 2011). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 207/2011, de 20 de diciembre de 2011 (BOE núm. 9, de 11 de enero de 2012). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 194/2011, de 13 de diciembre de 2011 (BOE núm. 9, de 11 de enero de 2012). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 178/2011, de 8 de noviembre de 2011 (BOE núm. 294, de 7 de diciembre de 2011). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 159/2011, de 19 de octubre de 2011 (BOE núm. 275, de 15 de noviembre de 2011). Conflicto positivo de competencias.

- Sentencia 158/2011, de 19 de octubre de 2011 (BOE núm. 275, de 15 de noviembre de 2011). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 156/2011, de 18 de octubre de 2011 (BOE núm. 275, de 15 de noviembre de 2011). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 109/2011, de 22 de junio de 2011 (BOE núm. 172, de 19 de julio de 2011). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 1/2011, de 14 de febrero de 2011 (BOE núm. 63, de 15 de marzo de 2011). Conflicto positivo de competencias.

2. Comentario de las sentencias referentes a Castilla-La Mancha

2.1 En Recursos de Inconstitucionalidad

Pleno. Sentencia 204/2011, de 15 de diciembre de 2011 (BOE núm. 9, de 11 de enero de 2012).

Recurso de inconstitucionalidad promovido por sesenta y tres Diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados en relación con diversos preceptos de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía.

Se cuestionan los principios de seguridad jurídica, dispositivo y de lealtad constitucional, autonomía financiera y procedimiento legislativo. El Tribunal desestima el recurso “*determinando la validez de los preceptos legales estatales que regulan el fondo de suficiencia y establecen el régimen de aplicación del nuevo sistema de financiación autonómica; así como la vinculación de los medios de financiación a la titularidad de las competencias que no impone un determinado nivel competencial a las Comunidades Autónomas; el valor de los acuerdos del Consejo de Política Fiscal y Financiera y de las comisiones mixtas; y finalmente, las enmiendas transaccionales que cumplen el requisito de la relación de homogeneidad con la iniciativa legislativa que se pretende modificar*”.

Pleno. Sentencia 203/2011, de 14 de diciembre de 2011 (BOE núm. 9, de 11 de enero de 2012).

Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente de las Cortes de Castilla-La Mancha en relación con diversos preceptos de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, general de estabilidad presupuestaria “*por lesionar la autonomía financiera de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (arts. 156.1 CE y 42.1 de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha: EACM), así como la competencia exclusiva en materia de planificación de la actividad económica y fomento del desarrollo económico de la región del art. 31.1.12 EACM*”

Se cuestionan las competencias sobre ordenación general de la economía y hacienda general, así como la autonomía política y financiera de las Comunidades Autónomas. El Tribunal Constitucional desestima el recurso, afirmando la validez de los preceptos de la ley estatal que establecen un régimen de equilibrio presupuestario en el sector público (STC 134/2011).

Pleno. Sentencia 187/2011, de 23 de noviembre. (BOE núm. 306, de 21 de diciembre de 2011).

Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente de las Cortes de Castilla-La Mancha respecto de diversos preceptos de la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la Ley general de estabilidad presupuestaria “*por lesionar la autonomía financiera de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (art. 156.1 CE y el art. 42.1 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha), así como la competencia exclusiva en materia de planificación de la actividad económica y fomento del desarrollo económico de la región, atribuida por el art. 31.1.12 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha*”.

Siguiendo el anterior, en este procedimiento se cuestionan nuevamente competencias sobre ordenación general de la economía y hacienda general, autonomía política y financiera de las Comunidades Autónomas. El Tribunal Constitucional desestima el recurso, afirmando la validez de los preceptos de la ley estatal que establecen un régimen de equilibrio presupuestario en el sector público (STC 134/2011).

Pleno. Sentencia 148/2011, de 28 de septiembre de 2011 (BOE núm. 258, de 26 de octubre de 2011).

Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley de Castilla-La Mancha 6/1999, de 15 de abril, de protección de la calidad del suministro eléctrico.

Se cuestionan competencias sobre ordenación general de la economía, régimen energético y defensa de los consumidores. El Tribunal Constitucional estima parcialmente recurso y, en su virtud, declara que son inconstitucionales y nulos “*los preceptos de la ley autonómica que hacen recaer sobre el distribuidor los costes de instalación de los dispositivos de medida de calidad en el suministro de energía eléctrica, tipifican como infracciones conductas relacionadas con el régimen tarifario del sector eléctrico e introducen un plazo de prescripción de las infracciones graves más breve que el establecido en la legislación básica estatal*” (esto es, la nulidad del inciso “con cargo a la empresa distribuidora” del art. 4.3; las letras e) y f) del art. 15.1; la letra h) del art. 15.2 y el inciso “las graves a los dos años” del art. 18, de la Ley de Castilla-La Mancha 6/1999, de 15 de abril, de protección de la calidad del suministro eléctrico). En todo lo demás, desestima el recurso.

Pleno. Sentencia 74/2011, de 19 de mayo de 2011 (BOE núm. 139, de 11 de junio de 2011).

Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno frente a la disposición adicional decimoctava de la Ley 25/2002, de 19 de diciembre, de presupuestos generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2013.

Se cuestionan los límites a la ley de presupuestos y condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el derecho de propiedad del suelo. El Tribunal Constitucional estima el recurso y, en consecuencia, declara la inconstitucionalidad y nulidad del precepto que vincula a fines sociales los terrenos de titularidad pública incorporados al proceso urbanizador (disposición adicional decimoctava de la Ley 25/2002, de 19 de diciembre, de presupuestos generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha)

Pleno. Sentencia 19/2011, de 3 de marzo de 2011 (BOE núm. 75, de 29 de marzo de 2011).

Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por cincuenta Senadores del Grupo Parlamentario Popular en relación con la Ley 12/2007, de 8 de noviembre, por la que se adecúa la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, electoral de Castilla-La Mancha.

Se cuestiona la proporcionalidad del sistema electoral, principio de igualdad de voto e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. El Tribunal Constitucional desestima el recurso, determinando la validez de la norma autonómica que aumenta en dos el número de Diputados de las Cortes de Castilla-La Mancha, asignando su elección a las circunscripciones de Guadalajara y Toledo.

2.2 En Cuestiones de Inconstitucionalidad

Sala Segunda. Sentencia 63/2011, de 16 de mayo de 2011 (BOE núm. 139, de 11 de junio de 2011).

Cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha respecto al artículo 22.6 de la Ley 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del servicio farmacéutico en Castilla-La Mancha. Cuestión promovida contra la Resolución de 30 de enero de 2001, de la Dirección General de Planificación, Ordenación y Coordinación de la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sobre convocatoria de concurso público para el otorgamiento de autorizaciones de creación e instalación de nuevas oficinas de farmacia. Los demandantes aducían *“que la base segunda de la convocatoria vulneraba el derecho a la igualdad porque no se permitía la participación en el concurso a quienes al iniciarse éste tuvieran más de sesenta y cinco años, lo cual suponía una injustificada discriminación por razón de una circunstancia personal como la edad. Además la indicada base implicaba el establecimiento de una singular jubilación, que la Administración no puede imponer a quienes ejercen una profesión liberal y no tienen con ella la relación propia de los empleados públicos”*, alegando la discriminación por razón de edad

El Tribunal Constitucional estima la cuestión, declarando inconstitucional y nulo el precepto legal que impide participar en los procedimientos de instalación de nuevas oficinas de farmacia a los farmacéuticos mayores de sesenta y cinco años (el inciso “o que tengan más de sesenta y cinco años al inicio del procedimiento” del art. 22.6 de la Ley 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del servicio farmacéutico en Castilla-La Mancha).

RESEÑA DE LAS ACTIVIDAD DE LA CORTES
DE CASTILLA-LA MANCHA
(DE 1 DE ENERO DE 2011 A 31 DE DICIEMBRE DE 2011)

M^a del Pilar Molero Martín-Salas
Profesora Ayudante de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO

1. *Actividad legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha durante 2011.*
2. *Actividad no legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha durante 2011.*

La presente crónica recoge las principales actividades llevadas a cabo por las Cortes del Castilla-La Mancha durante el año 2011. Como se indica en el sumario se diferencia la actividad legislativa de la no legislativa, haciendo especial hincapié en aquellas leyes que han sido aprobadas durante dicho periodo por las Cortes regionales.

De manera sucinta también se hará referencia a otras actividades sin carácter legislativo, como son las Resoluciones y las Propositiones no de ley.

1. Actividad legislativa durante el año 2011

En esta primera parte de la crónica se hará referencia a todas las leyes aprobadas por las Cortes regionales durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2011 y 31 de diciembre de 2011. Una vez mencionadas todas ellas, también se incluye un resumen de las mismas.

El año 2011 ha sido especialmente rico desde el punto de vista legislativo, llegándose a aprobar hasta un total de 15 leyes. Aunque se refieren a materia muy diversa, en casi todas ellas se hace referencia o se ve reflejada la difícil situación económica del momento.

Concretamente las leyes aprobadas durante dicho periodo han sido:

- Ley 1/2011, de 10 de febrero, de Garantías en el Acceso a la Vivienda en Castilla-La Mancha.
- Ley 2/2011, de 10 de febrero, de creación del Colegio Oficial de Terapeutas ocupacionales de Castilla-La Mancha.
- Ley 3/2011, de 24 de febrero, de la Lectura y de las Bibliotecas de Castilla-La Mancha.
- Ley 4/2011, de 10 de marzo, de Empleo Público de Castilla-La Mancha.
- Ley 5/2011, de 10 de marzo, de Declaración del Parque Natural de la Sierra Norte de Guadalajara.
- Ley 6/2011, de 10 de marzo, de Declaración del Parque Natural del Valle de Alducia y Sierra Madrona.
- Ley 7/2011, de 21 de marzo, de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de Castilla-La Mancha.
- Ley 8/2011, de 21 de marzo, del Consejo del Agua de Castilla-La Mancha.
- Ley 9/2011, de 21 de marzo, por la que se crean el Canon Eólico y el Fondo para el Desarrollo Tecnológico de las Energías Renovables y el Uso de la

Energía en Castilla-La Mancha.

- Ley 10/2011, de 21 de marzo, por la que se modifica la Ley 3/1991, de 14 de marzo, de Entidades Locales de Castilla-La Mancha.
- Ley 11/2011, de 21 de marzo, de modificación de la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de Conservación de la Naturaleza.
- Ley 12/2011, de 3 de noviembre, de supresión del Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha.
- Ley 13/2011, de 3 de noviembre, de supresión del Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha.
- Ley 14/2011, de 1 de diciembre, por la que se conceden suplementos de crédito por importe de 1.533.959.490,82 euros, para atender obligaciones de diversas Consejerías de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha
- Ley 15/2011, de 15 de diciembre, de Emprendedores, Autónomos y Pymes.

Ley 1/2011, de 10 de febrero, de Garantías en el Acceso a la Vivienda en Castilla-La Mancha.

En desarrollo de la competencia relativa a la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda en Castilla-La Mancha existe diversa normativa al respecto, pudiéndose destacar el V Plan Regional de Vivienda y Rehabilitación de Castilla-La Mancha 2009-2012, en el que se establece la normativa de vivienda actual así como un marco de ayudas que facilitan el acceso a la vivienda.

Sin embargo en determinados casos dichas previsiones no son suficientes para garantizar el acceso de todos. Para dar un mayor cumplimiento al principio constitucional de acceso a una vivienda digna, la presente ley establece un plazo para que el demandante de una vivienda de protección pública pueda conseguirla.

La persona interesada en una vivienda de estas características deberá inscribirse en el Registro de Demandantes de Vivienda con protección pública de Castilla-La Mancha. La Junta de Comunidades garantiza que si al año de tal inscripción no ha conseguido dicha vivienda, podrá acceder a una vivienda libre en condiciones de alquiler, abonando la Administración los gastos por la diferencia de costes respecto de los de una vivienda protegida, hasta que pueda conseguirla.

Entre los requisitos que la ley exige, además de estar inscrito en el mencionado Registro, están el de tener cumplidos veintidós años, estar empadronado en algún municipio de Castilla-La Mancha con una antigüedad mínima de 3 años, así como otros requisitos más concretos relativos a sus ingresos anuales y lo es-

tablecido por la Ley 38/2003 General de Subvenciones.

La Ley también establece algunos motivos por lo que se puede perder dicha garantía económica de acceso a la vivienda, por ejemplo si se renuncia a la vivienda, el fallecimiento de la persona beneficiaria, no dedicar dicha vivienda a residencia habitual, no participar en los procedimientos ordinarios de adjudicación de vivienda protegida...

Ley 2/2011, de 10 de febrero, de creación del Colegio Oficial de Terapeutas ocupacionales de Castilla-La Mancha.

La Ley 10/1999, de 26 de mayo, de creación de Colegios Profesionales de Castilla-La Mancha, establece en su artículo 10 la posibilidad de crear nuevos Colegios Profesionales.

La Asociación Profesional de Terapeutas Ocupacionales de Castilla-La Mancha, solicitó la creación de un Colegio Oficial para estos profesionales en la región, lo que dio lugar a la tramitación de la presente ley.

La Terapia Ocupacional es reconocida como una profesión sanitaria por la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, y la existencia de un Colegio Oficial de dicha profesión supone que dicho colectivo podrá organizarse y defender mejor sus intereses dentro del territorio de Castilla-La Mancha.

Como el resto de Colegios Oficiales, el de Terapeutas Ocupacionales de Castilla-La Mancha es una corporación de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, que adquirirá cuando se constituyan sus órganos de gobierno y sus Estatutos.

Su ámbito territorial se circunscribe a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha y podrán formar parte del mismo los Diplomados en Terapia Ocupacional que lo soliciten.

Ley 3/2011, de 24 de febrero, de la Lectura y de las Bibliotecas de Castilla-La Mancha.

La cultura es un elemento clave en la sociedad y en el avance y desarrollo de

la misma, siendo la lectura uno de sus principales componentes. Los beneficios de la lectura son numerosos, enriquece el conocimiento, facilita la participación en la sociedad, permite el desarrollo de otras actividades como la escritura, hace que estemos más informados...

Los poderes públicos son los encargados de promover las condiciones necesarias para que todos podamos tener acceso a la cultura, además la Junta de Comunidades tiene la competencia exclusiva con respecto a bibliotecas que no sean de titularidad estatal. Desde la primera normativa que se realiza en la región en materia de bibliotecas la realidad social ha cambiado mucho, si bien es cierto que en estos años se ha consolidado una red de bibliotecas públicas en Castilla-La Mancha muy importante y reconocida.

Con esta ley se pretende seguir consolidando dicha red pero a la vez poder dar cumplimiento a las nuevas realidades sociales, para que todos puedan tener acceso a dichas bibliotecas, así como incorporar servicios más modernos, de gestión más eficaz y que permitan llevar la cultura a todos los rincones de la región.

La presente ley tiene un doble objetivo, por una parte la planificación y la coordinación de las Administraciones Públicas y el resto de agentes sociales y las industrias culturales de Castilla-La Mancha para el fomento de la lectura, y por otra parte establecer una mejor organización y coordinación del Sistema de Bibliotecas de Castilla-La Mancha así como de la Red de Bibliotecas Públicas de Castilla-La Mancha, para garantizar el acceso de todos los ciudadanos.

La ley está compuesta por diez títulos:

- Título Preliminar: relativo a disposiciones generales.
- Título I: dedicado al fomento de la lectura.
- Título II: desarrolla el Sistema de Bibliotecas de Castilla-La Mancha.
- Título III: establece las competencias de los municipios, Diputaciones y Junta en la oferta de servicios bibliotecarios.
- Título IV: establece la estructura y funciones de la Biblioteca de Castilla-La Mancha.
- Título V: establece la estructura y funciones de la Red de Bibliotecas Públicas de Castilla-La Mancha.
- Título VI: derechos y deberes de los ciudadanos en relación con los servicios bibliotecarios.
- Título VII: dedicado a la información, inspección y evaluación de la calidad de los servicios del Sistema de Bibliotecas de Castilla-La Mancha.

- Título VIII: regula la relación entre las bibliotecas de los centros de enseñanza (universitarios y no universitarios) y el resto del sistema bibliotecario.
- Título IX: infracciones y sanciones.

Ley 4/2011, de 10 de marzo, de Empleo Público de Castilla-La Mancha.

La Ley 7/2007, de 12 de abril, aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público. Dicha Ley establece las bases del régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones Públicas, si bien establece que cada Administración Pública podrá diseñar su propia política de personal.

A nivel regional existen diversas normas, que regulan el régimen estatutario del personal empleado público en la Administración de la Junta, pero se trata de una regulación parcial pues deja al margen ciertas materias relacionadas con el función pública, así como determinados sectores de la Administración.

La presente Ley trata de abordar una profunda transformación y modernización del empleo público, de manera global, alcanzando a todos los aspectos esenciales del régimen estatutario del personal empleado público.

En el Título I se incluyen una serie de disposiciones generales con la finalidad de establecer un marco homogéneo para todo el empleo público, sin perjuicio del reconocimiento de ciertas especialidades o singularidades dependiendo de la Administración y del servicio de que se trate, por ello se distingue entre funcionarios de carrera o interinos, personal docente o estatutario o de otros cuerpos específicos, de personal laboral fijo, por tiempo indefinido o temporal, o de personal eventual. También se distingue si se trata de la Administración de la Junta, de la Administración local, de la Universidad de Castilla-La Mancha, Consejo Consultivo...

El Título II se dedica a la definición y características de las distintas relaciones jurídicas del empleo público. Se establecen las funciones esenciales del personal funcionario, se regula el estatuto jurídico de los interinos, especialmente en lo que respecta a sus peculiaridades propias y que los diferencia de los funcionarios de carrera, y también se regula el personal directivo profesional, entendiéndose como figura clave en el proceso de modernización de la función pública.

El Título III tiene diversos contenidos. Se establecen diversas medidas para la

planificación del empleo público que permitan hacer más eficiente la asignación de recursos. También se establecen las principales normas para la cobertura de plazas vacantes y se completa el mapa de agrupaciones de titulación previsto en el Estatuto Básico del Empleo Público mediante la creación, definición de funciones, requisitos y formas de acceso. Se trata de adaptar la clasificación del personal al nuevo sistema educativo vigente, además de buscar una mejora en la profesionalización y especialización del personal, que no solo afectará a la selección, sino a la carrera y promoción profesionales.

Las normas de acceso al empleo público están recogidas en el Título IV, incorporándose novedades al respecto. Se profundiza en el compromiso de la integración laboral de las personas discapacitadas, cuya principal novedad es la de establecer diferentes grupos atendiendo al tipo de discapacidad concreta, además de que se prevé que parte de las plazas reservadas al personal discapacitado en las ofertas de empleo público se puedan convocar por el sistema de promoción interna.

Los sistemas selectivos generales son el de oposición y el de concurso-oposición, si bien se establece la posibilidad del concurso, especialmente para la promoción interna.

También se establece como novedad la necesidad de adjudicación de un puesto de entrada de nivel básico, así como la existencia de diversas disposiciones para facilitar la movilidad interadministrativa.

Otra de las novedades destacables es la posibilidad de prolongar la permanencia en el servicio activo una vez cumplida la edad de jubilación.

Los nuevos sistemas de carrera y promoción profesional, provisión de puestos de trabajo y movilidad se regulan en los Títulos V y VI. Se pretende organizar la promoción profesional del personal para que se encauce por los caminos en los que su trayectoria sean más adecuada y permitan un mejor cumplimiento de los objetivos que la Administración debe cumplir. Se establece para ello un nuevo instrumento: la evaluación del desempeño.

Dicha evaluación será decisiva, además de en otros aspectos, en la obtención individual de cada tramo de un nuevo sistema de carrera, el sistema de carrera horizontal, que permitirá ascender de nivel sin cambiar de puesto de trabajo.

El régimen retributivo del personal funcionario se establece en el Título VII.

También se establecen las retribuciones del personal eventual y del personal funcionario en distintas situaciones previstas en la ley, incluyendo el personal directivo.

El Título VIII se encarga de regular los derechos, la jornada de trabajo, los permisos y las vacaciones, los deberes y la formación del personal empleado público.

El Título IX desarrolla algunas situaciones administrativas en el Estatuto Básico del Empleado Público, con importantes mejoras sociales. Por ejemplo se reducen los plazos de servicios previos para solicitar una excedencia voluntaria.

El Título X se dedica al régimen disciplinario y el último Título regula diversas normas sobre cooperación entre Administraciones Públicas de Castilla-La Mancha.

Ley 5/2011, de 10 de marzo, de Declaración del Parque Natural de la Sierra Norte de Guadalajara

El artículo 26 de la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de Conservación de la Naturaleza, establece como objetivo el asegurar la conservación de los valores naturales, así como el fomento de los aprovechamientos tradicionales y el turismo de la naturaleza. Precisamente la presente ley pretende dar cumplimiento a dicha normativa aplicada a una zona concreta de la Sierra Norte de Guadalajara.

Dicha zona comprende varios términos municipales de la provincia de Guadalajara, ocupando una superficie total aproximada de 117,898 hectáreas. Se trata de un conjunto montañoso que incluye diversas sierras y macizos, varias cuencas hidrográficas pertenecientes a la cuenca del Tajo y tres embalses de gran importancia.

También cuenta con gran diversidad litológica, con diversos lugares de interés mineralógico y petrológico. Su importancia botánica también es destacable y posee un gran número de especies de flora protegida.

En cuanto a su fauna puede destacarse la comunidad de rapaces, entre las que destaca el águila perdicera que está en peligro de extinción. También cuenta con diversos grupos de reptiles y otras especies como el tejón, la gineta, el gato montés...

Su valor paisajístico también es muy reconocido, teniendo especial interés la denominada “arquitectura negra”, en la que esencialmente se utilizan pizarras y cuarcitas.

Dicha Sierra cuenta con tres espacios naturales protegidos, el Parque Natural del Hayedo de Tejera Negra, la Reserva Natural del Pico del Lobo-Cebollera y la Reserva Fluvial del río Pelagallinas.

Por todo ello se considera necesaria la declaración de dicha zona como Parque Natural, estableciendo un marco normativo adecuado para otorgarle una atención preferente en cuanto a la conservación de sus recursos naturales, así como de sus valores ecológicos, geológicos, estéticos, educativos y científicos.

Ley 6/2011, de 10 de marzo, de Declaración del Parque Natural del Valle de Alducia y Sierra Madrona

El artículo 26 de la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de Conservación de la Naturaleza, establece como objetivo el asegurar la conservación de los valores naturales, así como el fomento de los aprovechamientos tradicionales y el turismo de la naturaleza. Precisamente la presente ley pretende dar cumplimiento a dicha normativa aplicada a una zona concreta de Ciudad Real, el Valle de Alducia y Sierra Madrona.

Dicha zona comprende varios términos municipales de la provincia de Ciudad Real, ocupando una superficie total aproximada de 149,463 hectáreas.

Se trata de una zona con gran interés geológico y biológico, pudiéndose destacar las hoces, cañones y cauces fluviales, cascadas naturales y humedales.

La vegetación en el Valle de Alducia es muy importante pues cuenta con amplias extensiones de dehesa poblada de encina y diversos pastizales anuales, mientras en Sierra Madrona encontramos encinares, quejigares, alcornoques, enebrales...

Toda la zona cuenta con una gran importancia zoológica, siendo considerada Zona de Especial Protección de determinadas aves como el águila imperial, buitre negro y cigüeña negra. También encontramos otras como el águila perdicera, el buitre leonado, el halcón peregrino y el búho real. También constituye el hábitat de otras especies como el lobo, el lince o la nutria, así como la conservación

de un amplio número de especies de murciélagos.

Por todo ello se considera necesaria la declaración de dicha zona como Parque Natural, estableciendo un marco normativo adecuado para otorgarle una atención preferente en cuanto a la conservación de sus recursos naturales, así como de sus valores ecológicos, geológicos, estéticos, educativos y científicos.

Ley 7/2011, de 21 de marzo, de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de Castilla-La Mancha.

La presente ley regula los espectáculos públicos y actividades recreativas dentro del ámbito territorial de Castilla-La Mancha, así como las condiciones y requisitos que deben reunir los establecimientos públicos donde se realicen.

Dicha normativa pretende adaptarse a la realidad social actual, pero también conciliar el ejercicio de dichas actividades con la protección de otros valores sociales como la salud, la defensa de los consumidores y usuarios, la conservación del medio ambiente y la protección del patrimonio cultural y artístico.

También pretende adecuarse a la normativa estatal al respecto, así como a la normativa europea existente en la materia.

Se exige la formulación de declaración responsable para desarrollar espectáculos públicos y actividades recreativas, así como para la apertura de establecimientos públicos al efecto, si bien en determinados supuestos, en aras del interés general, se exigirá autorización o licencia.

En el Título Preliminar se definen los conceptos espectáculo público, actividad recreativa y establecimiento público.

El Título I es el que regula el régimen general de las declaraciones responsables, licencias y autorizaciones.

El Título II se dedica a la organización y desarrollo de los espectáculos públicos y las actividades recreativas, y las condiciones y requisitos de los establecimientos. Se regulan determinadas materias tales como el control de acceso y el derecho de admisión, la normativa en cuanto a los artistas, la protección de consumidores y usuarios, protección de los menores, derechos y obligaciones de los asistentes, horarios, la publicidad y venta de las entradas...

El Título III está dedicado por completo a la Comisión Regional sobre la materia, su creación, funciones, organización interna... Se trata de un órgano consultivo de estudio, coordinación y asesoramiento de todos los sectores afectados.

El último Título está dedicado al régimen sancionador

Ley 8/2011, de 21 de marzo, del Consejo del Agua de Castilla-La Mancha.

La presente ley regula el Consejo del Agua de Castilla-La Mancha como órgano consultivo y de participación en materia de agua.

Se establece que dicho órgano tendrá las siguientes competencias:

- Informar las disposiciones generales en materia de agua que se propongan al Consejo de Gobierno para su aprobación.
- Informar los planes y proyectos de interés regional que afecten sustancialmente a los usos de agua.
- Plantear iniciativas para el uso racional y la mejora de la calidad del agua
- Atender a las consultas y emitir informes.
- Participar en la planificación hidrológica que realice la Administración del Estado.

Dicho Consejo quedará adscrito a la Agencia del Agua de Castilla-La Mancha y estará formado por los siguientes miembros:

- Presidente, que será el mismo que el de la Agencia del Agua.
- Vicepresidente, que será el mismo que el Director-Gerente de la Agencia del Agua.
- 14 vocales, que serán las personas titulares de diferentes órganos de la Administración Regional tales como Dirección General que ostente las competencias en materia de protección del medio ambiente, Dirección General que ostente las competencias en materia de industrias agroalimentarias, Dirección General que ostente competencias en materia de urbanismo y ordenación territorial, Dirección General que ostente las competencias en materia de promoción empresarial y comercio...

También se nombrarán diversas vocalías en representación de la Administración hidráulica del Estado, administración local, organizaciones sociales, económicas y ambientales, expertos de reconocido prestigio y de la Demarcaciones

Hidrográficas que afectan a Castilla-La Mancha.

El Consejo del Agua se reunirá a iniciativa de la Presidencia o a petición de la mitad de sus miembros, cuantas veces sea necesario. Cuando dicha convocatoria procede de los miembros, deberán especificar por escrito los asuntos que justifican la convocatoria.

La Presidencia podrá convocar a las reuniones a las personas que considere oportuno, que tendrán voz pero no voto.

Las convocatorias se realizarán por escrito o por correo electrónico, con una antelación mínima de 10 días, salvo casos de urgencia cuyo plazo podrá reducirse a las 48 horas. También se prevén las reuniones no presenciales, por cualquier medio que pueda garantizar la participación y deliberación de todos los interesados.

Los acuerdos se adoptarán por mayoría de los votos presentes, considerándose que el voto del Presidente es voto de calidad. De todos los acuerdos se levantará acta.

Ley 9/2011, de 21 de marzo, por la que se crean el Canon Eólico y el Fondo para el Desarrollo Tecnológico de las Energías Renovables y el Uso de la Energía en Castilla-La Mancha.

La energía eólica está regulada en Castilla-La Mancha a través del Decreto 20/2010, de 20 de abril.

El hecho de que existan autorizaciones administrativas que permiten la instalación de parques eólicos, supone que el espacio donde están ubicadas dichas instalaciones no puede usarse para otras actividades, además de otras cargas y transformaciones en ese ámbito territorial. Por estos motivos se considera que el titular de dichas autorizaciones debería compensar por las afectaciones que pueda provocar la actividad y extender los beneficios derivados de la misma al conjunto del territorio regional. Por ello, a través de esta ley, se crea el que se ha denominado canon eólico y de manera paralela el Fondo para el Desarrollo Tecnológico de las Energías Renovables y el Uso Racional de la Energía en Castilla-La Mancha.

La ley deja exentas del canon eólico dos tipos de instalaciones, las destinadas al autoconsumo eléctrico y las de carácter experimental y de investigación cuya potencia no supere los 5 megavatios.

El periodo impositivo del canon coincidirá con los trimestres de cada año natural, produciéndose el devengo del mismo el primer día del mes de enero, abril, julio y octubre.

La base imponible será la suma total de aerogeneradores, correspondiendo una cuota de 0 euros cuando el parque eólico disponga de hasta 2 aerogeneradores, 489 por cada uno si hay de 3 a 7, 871 por cada uno si hay de 8 a 15, y si el parque dispone de más de 15, podrá ascender dicha cuota hasta 1275 euros por aerogenerador, dependiendo de la potencia.

En cuanto al Fondo para el Desarrollo antes mencionado, su principal objetivo es promover el ahorro y la eficiencia energética. Su principal fuente de financiación serán los ingresos que se produzcan a través del canon eólico, y dichos fondos se destinarán esencialmente a la realización de proyectos y el diseño de programas encaminados al desarrollo energético regional y la adopción de políticas energéticas públicas, para un mejor aprovechamiento de la energía.

La gestión de este fondo le corresponderá a la Consejería con competencia en materia de energía.

Ley 10/2011, de 21 de marzo, por la que se modifica la Ley 3/1991, de 14 de marzo, de Entidades Locales de Castilla-La Mancha.

A través de la Ley 3/1991, de 14 de marzo, la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha sostiene diversos programas de cooperación económica con las entidades locales de la región y también se crea el Fondo Regional de Cooperación Local. Todo ello ha permitido una mejora en las infraestructuras municipales y ha impulsado la actividad económica y la inversión productiva.

La coyuntura económica actual obliga a realizar un ajuste en el gasto de las administraciones públicas, por lo que a través de la presente ley se limita el ámbito del mencionado Fondo Regional de Cooperación Local a la inversión en obras y equipamientos de competencia local, ajustando los porcentajes de reparto del Fondo a la dotación presupuestaria resultante.

El Fondo se dotará anualmente con cargo a los Presupuestos Generales de Castilla-La Mancha y servirá para cooperar con Municipios, Entidades de Ámbito Territorial Inferiores al Municipio y Mancomunidades.

La Ley también prevé que de manera excepcional el municipio pueda solicitar un cambio en cuanto al destino del Fondo, para sufragar otros gastos corrientes de competencia local.

El 90% del Fondo se destina a Municipios y Entidades inferiores al Municipio, el 7% a Mancomunidades y el 3% restante se reserva para atender actuaciones urgentes o imprevistas.

En cuanto a los Municipios y Entidades inferiores al Municipio podrán destinar el Fondo a sectores relacionados con la educación, el empleo, cultura, deportes, bienestar social, sanidad, medio ambiente, caminos rurales, ciclo hidráulico, residuos urbanos e instalaciones municipales.

En lo que respecta a las Mancomunidades, el Fondo se destinará al cumplimiento de los fines previstos en sus Estatutos, con prioridad si se trata de programas de desarrollo local, inversión en caminos rurales y obras de abastecimiento y saneamiento.

Ley 11/2011, de 21 de marzo, de modificación de la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de Conservación de la Naturaleza.

La Ley 9/1999, de 26 de mayo, de Conservación de la Naturaleza debe ser modificada ya que la Ley 3/2006, de 19 de octubre, de Caza de Castilla-La Mancha autoriza la práctica de la caza con aves de cetrería.

Por otra parte el Decreto 11/2009, de 10 de febrero, es el encargado de regular la práctica de la cetrería en Castilla-La Mancha, que posibilita que esta práctica pueda realizarse sin poner en peligro las poblaciones silvestres de aves rapaces, mediante la cría en cautividad de estas aves.

Resulta incoherente que la citada Ley 9/1999 prohíba la cautividad de las aves de cetrería, mientras la Ley 3/2006 y el Decreto 11/2009 permiten la caza con estas aves y su tenencia y reproducción en cautividad.

Teniendo en cuenta lo expuesto, y que actualmente la cetrería solamente se practica con ejemplares nacidos y criados en cautividad, se hace necesaria la presente ley que modifica la anteriormente mencionada 9/1999 de Conservación de la Naturaleza, permitiendo la cría en cautividad siempre sometida a controles y cumplimiento de una serie de requisitos.

La Consejería competente en materia de caza será la encargada de autorizar la cría en cautividad de especies exóticas para la práctica de cetrería, pudiendo exigirse pruebas genéticas para comprobar el origen legal de las crías obtenidas.

Ley 12/2011, de 3 de noviembre, de supresión del Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha.

La primera referencia constitucional a un Defensor del Pueblo en España la encontramos en el artículo 54 de la actual Constitución.

El Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha tampoco hace ninguna referencia a un Defensor del Pueblo a nivel autonómico, aunque dicha figura se crea a través de la Ley 16/2001, de 20 de diciembre.

En aras de racionalizar la Administración con un menor coste para los ciudadanos, a través de la presente ley se suprime el Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha, pues además se considera que las funciones previstas para el mismo son prácticamente las mismas y pueden ser suplidas por el Defensor del Pueblo estatal.

La austeridad del gasto, la mayor eficiencia y la duplicidad innecesaria de esta institución, al existir la Defensoría estatal que hace la misma labor, imponen la supresión de la institución del Defensor del Pueblo regional.

Las quejas que puedan quedar pendientes se remitirán al Defensor del Pueblo estatal, los puestos de trabajo adscritos a la oficina del Defensor regional quedan suprimidos y los bienes de dicha oficina se mantendrán adscritos a las Cortes de Castilla-La Mancha.

Ley 13/2011, de 3 de noviembre, de supresión del Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha

Aunque el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha no recoge la necesidad de este órgano, La Ley 2/1994, de 26 de julio, crea en la región el Consejo Económico y Social, para facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social de la Región.

La coyuntura de crisis económica obliga a adoptar políticas de racionalización

y efectividad de los recursos públicos, siendo necesaria la reducción de determinados órganos como es el caso del citado Consejo Económico y Social que se suprime con la presente Ley, considerándose que el diálogo entre los diferentes agentes sociales y económicos puede llevarse a cabo a través de otros mecanismos menos costosos.

Los funcionarios de carrera que prestaban sus servicios en dicho órgano quedarán adscritos a la Administración regional, el resto del personal cesará con la entrada en vigor de la presente ley y los bienes de dicho órganos quedarán adscritos a la Comunidad Autónoma.

Ley 14/2011, de 1 de diciembre, por la que se conceden suplementos de crédito por importe de 1.533.959.490,82 euros, para atender obligaciones de diversas Consejerías de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

A través de la presente ley se conceden unos suplementos de crédito, con la finalidad de dar cobertura presupuestaria a obligaciones ineludibles de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y que no han sido convenientemente reflejadas en los presupuestos.

En total se concede un suplemento de crédito por un importe máximo de 1.533.959.490,82 euros, para el año 2011, y que queda distribuido de la siguiente forma:

- a) Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, 1.345.458.021,53 euros.
- b) Consejería de Educación, Cultura y Deportes, 83.957.457,60 euros.
- c) Consejería de Fomento, 52.539.970,00 euros.
- d) Consejería de Economía y Hacienda, 48.354.992,38 euros.
- e) Consejería de Agricultura, 3.649.049,31 euros.

Dichos suplementos de crédito se financiarán con Deuda Pública.

Ley 15/2011, de 15 de diciembre, de Emprendedores, Autónomos y Pymes.

La economía de Castilla-La Mancha está sustentada esencialmente sobre trabajadores autónomos y empresarios, y sus pequeñas y medianas empresas. Aunque su presencia es de gran relevancia dentro de la economía de la región, sus características propias las hacen más sensibles a dificultades económicas como

las que estamos sufriendo en la actualidad.

La presente ley tiene por objetivo principal el fomento y la transmisión a los más jóvenes del significado y el interés de la empresa y el empresario. También persigue la ley apoyar a los sectores de la población que más están sufriendo el desempleo, tales como jóvenes, mujeres o discapacitados.

Por todo ello los principales destinatarios de la presente ley son los emprendedores pues de esta forma se promueve la actividad empresarial y la generación de empleo.

El Título I se dedica a la educación y al fomento de la cultura empresarial. Se considera esencial la preparación de las nuevas generaciones para que adquieran conocimientos y competencias necesarias que les permitan enfrentarse al mercado de trabajo. Se establecen medidas de fomento de la enseñanza tanto a nivel no universitario, incorporándose nuevos contenidos acerca de la cultura emprendedora tanto en la Educación Básica, Bachillerato como en Formación Profesional, como a nivel universitario, impulsando la figura del emprendedor en dicho ámbito.

También se pretende agilizar y simplificar las tramitaciones ante la administración, incorporando los medios telemáticos oportunos para ello, por ejemplo a través de la tramitación telemática de creación de empresas, contenido todo ello en el Título II.

En el Título III se prevé la creación del Observatorio Regional de Mercado, que permitirá determinar las necesidades del mercado y así adaptar a las mismas las medidas de fomento del empleo y de apoyo a los emprendedores. En dicho Observatorio estarán presentes los representantes de las Consejerías con competencias en materia de empleo, economía, educación, fomento y agricultura.

En el Título IV se adoptan una serie de medidas positivas destinadas a la prevención de riesgos laborales de los emprendedores, mediante la promoción de la prevención, el asesoramiento técnico, formación específica dependiendo del tipo de actividad que se va a desarrollar...

Todo el Título V se refiere a la tutela y ayuda económica del emprendedor, que se completa con el Título VI en el que se incorpora la priorización y abono de deudas, las líneas de apoyo y acceso al crédito.

Se entiende por tutela el apoyo y asesoramiento técnico que el emprendedor necesite para el funcionamiento ordinario de su actividad.

El Título VII está dedicado a la potenciación de las empresas regionales en el comercio exterior. Se promoverá la firma de convenios de colaboración con el Estado y con otras administraciones públicas y órganos privados, que tengan por objetivo el impulso e internacionalización de las empresas de Castilla-La Mancha.

La conciliación de la vida familiar, laboral y personal se trata en el Título VIII. Se pretenden incorporar medidas de flexibilización que permitan dicha conciliación, así como la adopción de una serie de incentivos por la contratación de trabajadores dependientes, o trabajadores desempleados para suplir a otros trabajadores con el contrato suspendido por razón de maternidad, paternidad, adopción o acogimiento.

2. Actividad no legislativa durante el año 2011

En esta segunda parte se hará referencia a otras actividades llevadas a cabo por las Cortes regionales durante el mismo periodo, centrandó la atención en aquellos textos que han sido aprobados, pero que carecen de carácter legislativo tales como las Mociones y Resoluciones aprobadas por el Pleno de la Cámara, así como la Proposiciones no de ley, si bien en el periodo que aquí analizamos únicamente han sido aprobadas Resoluciones, a las cuales se hace referencia por orden cronológico.

En esta ocasión también se hará referencia, aunque de manera sucinta, a los principales acuerdos llevados a cabo con motivo del inicio de la VIII legislatura.

- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Socialista, en relación al Debate General sobre el Plan de Consolidación de las Finanzas y Servicios Públicos y su incidencia en los servicios sociales y en las inversiones en Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 245 de 14 de febrero de 2011).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Socialista, en relación al Debate General relativo a la política seguida por el Gobierno Regional en materia de empleo en la presente legislatura, con información previa del Consejo de Gobierno (BOCCLM núm. 251, fascículo 1/2 de 15 de marzo de 2011).

- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Socialista, en relación al Debate General relativo a la política seguida por el Gobierno Regional en materia de empleo en la presente legislatura, con información previa del Consejo de Gobierno (BOCCLM núm. 251, fascículo 2/2 de 15 de marzo de 2011).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General relativo al Plan presentado el día 31 de agosto de 2011 por la Presidenta de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 8 de 20 de septiembre de 2011).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General sobre el diagnóstico del endeudamiento y la morosidad de Castilla-La Mancha a Junio de 2011 (BOCCLM núm. 8 de 20 de septiembre de 2011).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General relativo a la aplicación de la Ley de Dependencia en Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 13 de 24 de octubre de 2011).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General relativo a las actuaciones de educación de personas adultas en Castilla-La Mancha, en el marco de la Ley Orgánica, 2/2006 de Educación y la Ley 38/2003 General de Subvenciones (BOCCLM núm.14 de 31 de octubre de 2011).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General relativo a política presupuestaria del Consejo de Gobierno (BOCCLM núm.14 de 31 de octubre de 2011).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General relativo a Política General seguida en relación al Programa 412E (BOCCLM núm. 19 de 25 de noviembre de 2011).
- Resolución del Pleno de las Cortes sobre el Informe de la Ley 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de Malos Tratos y de Protección a las Mujeres Maltratadas, correspondiente al año 2010 (BOCCLM núm. 21 de 5 de diciembre de 2011).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General relativo a Política general seguida en relación al Programa 513C (BOCCLM núm. 21 de 5 de diciembre de 2011)
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General relativo a Política general seguida en relación al Programa 313A (BOCCLM núm. 21 de 5 de diciembre de 2011).

- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General relativo a la segunda parte del Plan de Garantía de los Servicios Sociales Básicos de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 23 de 19 de diciembre de 2011).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General sobre la política de ahorro emprendida por el Gobierno Regional en el Ente Público de Radio y Televisión de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 24 de 29 de diciembre de 2011).

El 22 de mayo de 2011 se celebran elecciones a las Cortes de Castilla-La Mancha, tras las cuales se inicia la VIII legislatura y se produce el primer cambio en cuanto al signo político del gobierno, desde que se inicia la democracia.

A través del Decreto 14/2011, de 28/03/2011, del Presidente de la Junta de Comunidades, se convocan elecciones a Cortes de Castilla-La Mancha.

Se constituyen las Cortes de Castilla-La Mancha en su VIII Legislatura, se eligen los miembros de la Mesa y se propone a Doña María Dolores de Cospedal como candidata a la Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 1 de 16 de junio de 2011).

Finalmente, tras acuerdo del Pleno de la Cámara, se elige como presidenta a la candidata propuesta (BOCCLM núm. 2 de 21 de junio de 2011).

Resumen

Esta crónica hace referencia a la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha durante el año 2011. Se presenta en dos claras partes: una primera dedicada a la actividad legislativa, en la que se resume cada una de las leyes aprobada durante dicho periodo; y una segunda parte en la que se hace referencia a 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

Cortes, región, actividad legislativa y actividad no legislativa.

Abstract

This article refers to the activity that the Regional Parliament of Castilla-La Mancha, during the year 2011. Said activity is divided into two different parts: one focuses on the legislative activity, in which are summed every laws that has been passed during said period; the other section centres on the non-legislative activity, mainly Genral Orders, Parliamentary discussion documents, reports and relevant agreements, as well as on the Satate of the Region Debate.

Key words

Parlament, Autonomus Region, legislative activity and non-legislative activity.

ACTIVIDAD DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA
MANCHA EN MATERIA CONSTITUCIONAL Y ESTATUTARIA.

M^a 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 2010, 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 concretado en la emisión de diecisiete 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 nueve 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.

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 33/2010, de 17 de marzo, solicitado por la Consejería de Educación y Ciencia, sobre el anteproyecto de Ley de Educación de Castilla-La Mancha.

En la Memoria que acompañaba al anteproyecto de ley se recogían, como objetivos de la norma, los siguientes: formar mejores personas, la ampliación de la oferta de enseñanzas y de su obligatoriedad, la flexibilidad y el rigor de las enseñanzas en todos los niveles, favorecer el protagonismo que ha de tener el profesorado en el sistema educativo; dotar a los centros de mayor capacidad de autonomía y potenciar la participación en el modelo de cada centro así como los mecanismos necesarios de evaluación de los mismos; favorecer la función de asesoramiento de estructuras como la inspección educativa y la oficina de evaluación; garantizar a los centros la dotación de los recursos e infraestructuras necesarios; avanzar en la idea de la ciudad educadora que integre un proyecto educativo compartido con las distintas instituciones y servicios locales; el establecimiento

de compromisos sobre objetivos evaluables sobre con los centros privados concertados; y, por último, garantizar al ciudadano un servicio educativo próximo.

El dictamen emitido por el Consejo efectuó varias observaciones con carácter esencial, que en síntesis, se referían a los extremos que a continuación se indican.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 13. Uno del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, la potestad reglamentaria originaria reside en el Consejo de Gobierno, y si bien los titulares de las Consejerías también tienen atribuida potestad reglamentaria, su ámbito se reduce a los aspectos organizativos de su departamento, a los supuestos en los que así le habilite el Consejo de Gobierno o para efectuar la concreción de los aspectos técnicos de una materia que puede ser susceptible de mayor variación, pero no para desarrollar una Ley o aspectos de la misma que tengan afectación general. Por este motivo, se consideraron objetables determinados mandatos y habilitaciones de desarrollo reglamentario al titular de la Consejería competente en materia de educación, que se realizaban en el texto que se sometía a dictamen.

Respecto al artículo 21,1 i) del anteproyecto, en el dictamen se indicaba que la disposición reglamentaria a la que se refería debería aprobarse, en cualquier caso, por el Consejo de Gobierno, ya que remitía a la regulación de la Consejería la reducción de la jornada lectiva de aquellos profesores mayores de 55 años que lo solicitasen. Ya desde la Ley debería determinarse si se produciría o no una disminución proporcional de las retribuciones y los eventuales requisitos esenciales que sean aplicables a tal situación, dejando al desarrollo reglamentario que, en todo caso, debería dictar el Consejo de Gobierno, los aspectos complementarios que restasen.

Se estimaba asimismo que la concesión del año sabático que preveía el artículo 21, apartado 1.j) suponía el reconocimiento del derecho a disfrutar de un tipo de permiso que debería venir regulado en la Ley en sus elementos esenciales (requisitos para acceder a ella, condiciones de disfrute, etc.), toda vez que el derecho a disfrutar de permisos forma parte del núcleo constitutivo del estatuto del funcionario público, y así se contempla, con carácter básico, en el primer inciso del artículo 48.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, correspondiendo al Estado y a las Comunidades Autónomas, según establece el artículo 6, el desarrollo de dicho estatuto, en el ámbito de sus competencias, y mediante Ley.

Las alternativas de promoción previstas en el artículo 52.2 del anteproyecto

-sólo dos- se configuraron de una forma tan precaria o confusa que llevarían a la interpretación de que se excluye la posibilidad de acceso a un ciclo o etapa siguiente, no habiendo alcanzado todos los objetivos de las áreas educativas, en aquellos casos previstos en el artículo 20.3 de la LOE, que contempla tal posibilidad cuando “*esa circunstancia no les impida seguir con aprovechamiento el nuevo curso*”, sin la condición añadida de que los alumnos hayan repetido curso con anterioridad. En consecuencia, el precepto analizado podría incurrir en una vulneración de la legislación básica estatal vigente en la materia.

En el artículo 92 y siguientes relativos a la Educación de Personas Adultas, el anteproyecto adoptaba una concepción de la “*educación de adultos*” que se apartaba, sin propósito concreto, de los criterios definitorios de la misma contenidos en la LOE, integrando dentro de este tipo de educación ofertas formativas que tienen perfecta acogida dentro del abanico de opciones educativas previstas en la regulación de la ESO para los alumnos de entre 16 y 18 años, los cuales, como claramente prevé el artículo 4.2 de la LOE, pueden permanecer hasta esa última edad dentro del sistema en régimen ordinario cursando la enseñanza básica, sin ser derivados a centros o aulas de educación de personas adultas. Por ello, en el dictamen se consideró que los preceptos analizados se hallaban en contradicción con lo previsto en la legislación básica estatal vigente en la materia.

La denominación que en la letra b) del artículo 99.6 del proyecto normativo se efectuaba de los centros públicos de educación infantil y primaria que integraban unidades de distintas localidades como “*colegios rurales agrupados*”, no se ajustaba a lo establecido en la legislación básica. La identificación de la peculiar característica de estos centros podía efectuarse añadiendo a la denominación de colegios de educación infantil y primaria el apelativo de “*rurales agrupados*”, tal y como se efectuaba en la letra a) del mismo apartado respecto de los escuelas infantiles, en las que manteniendo la denominación fijada en el artículo 111.1 de la LOE, se añadió el calificativo de “*rurales agrupadas*”.

En el artículo 101.7 del anteproyecto, relativo a la escolarización en centros públicos y privados concertados, se decía que en los centros privados -no concertados- la responsabilidad de realizar el proceso de admisión correspondía a los titulares de los centros, cuando el artículo 25 de la LODE, confiere a los centros privados no concertados autonomía para determinar, entre otras cosas, el procedimiento de admisión de alumnos, lo que supone que es el centro el que puede atribuir dicha responsabilidad al titular, al órgano de administración, a un patronato o a quién estime conveniente. Por ello, la esencialidad de esta consideración no lo era por el fondo, sino por contener un exceso de regulación al concretar a quién le

corresponde determinar el procedimiento de admisión de alumnos.

La previsión contenida en el artículo 133. 3 del texto sometido a dictamen, de que *“los municipios facilitarán a la Consejería competente en materia de educación, sin coste para ésta, los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes públicos o la ampliación de los existentes”* suponía imponer una obligación a las entidades locales, sin compensación y obviando las fórmulas de la colaboración voluntaria y de la cooperación previstas en la legislación del Estado, contraria asimismo a preceptos básicos de la Ley de Bases de Régimen Local, como el artículo 57 en cuanto a la voluntariedad de la cooperación, o el artículo 71 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes de Régimen Local, en cuanto a la prohibición de costear servicios del Estado o de las Comunidades Autónomas, *“sin perjuicio de las fórmulas de colaboración voluntaria”*, afectando así a las competencias municipales y la propia autonomía local.

El proyecto de Ley fue finalmente aprobado mediante Ley 7/2010, de 20 de julio, de Educación de Castilla-La Mancha, siendo atendidas todas las observaciones esenciales recogidas en el dictamen del Consejo Consultivo, a excepción de la referida al artículo 21.1, i) del anteproyecto, en el que si bien se acogió que la reducción de la jornada lectiva de aquellos profesores mayores de 55 años que lo soliciten vendría aparejada a una reducción proporcional de las retribuciones, se mantuvo la remisión de su regulación a la Consejería competente, en lugar de al Consejo de Gobierno, como se propugnaba en el dictamen del Consejo.

- Dictamen número 71/2010, de 19 de mayo, solicitado por la Consejería de Trabajo y Empleo, sobre el anteproyecto de Ley de Cooperativas de Castilla-La Mancha.

Las líneas generales de la reforma que se proponía se indicaban en la correspondiente Memoria del proyecto, indicándose que estaban en consonancia con los pronunciamientos de las Instituciones europeas que se habían introducido en los últimos tiempos. Las cuestiones que se abordaban se referían a la consideración de la autonomía de la voluntad como piedra angular de la reforma; introducción de un nuevo tipo de cooperativa con objeto de posibilitar la creación de pequeñas cooperativas como alternativa real a otras fórmulas societarias; modificación del régimen de los socios y del derecho de voto, previendo el voto ponderado para algunas clases de cooperativas; revisión de la regulación del órgano de administración con objeto de aproximarla a la de otras fórmulas societarias que vienen demostrando mayor eficacia y eficiencia en su gestión; modificación del régimen económico para adaptarla a las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC

32); y, por último, revisión de la regulación de las distintas clases de cooperativas, especialmente de viviendas, con objeto de dotar de mayores garantías a la posición de los socios.

El proyecto sometido a consulta fue objeto de numerosas observaciones a determinados artículos de la norma a las que se atribuyó carácter esencial, indicándose a modo de introducción, y como característica común a todas ellas que *“el texto del anteproyecto está salpicado de disposiciones que constituyen incursiones innecesarias e improcedentes en ámbitos de regulación reservados al Estado por virtud de sus competencias exclusivas en materia de legislación civil, procesal, mercantil o de otra índole, y sobre cuya advertencia cabe señalar que algunas de las objeciones de esta naturaleza que se efectúan ya tuvieron ocasión de ser formuladas con motivo del dictamen de este Consejo 92/2002, de 5 de julio, relativo al anteproyecto de Ley de Cooperativas hoy en vigor, donde existen algunos preceptos idénticos o de gran similitud a los que seguidamente van a examinarse. [] Así, como ya se dijo en dicho dictamen 92/2002, “la declaración como exclusivas de las competencias de la Comunidad Autónoma en materia de cooperativas, no supone que la regulación posible por aquellas no deba tener en cuenta tanto la competencia estatal en la misma materia (cooperativas cuya actividad principal exceda el ámbito de una Comunidad Autónoma) como los restantes títulos competenciales de competencia exclusiva del Estado que pueden incidir tanto en la actividad de las cooperativas en relación a terceros (derecho civil o mercantil) como en relación a los propios socios (derecho laboral o procesal)”*. [...] *se observa que, al igual que entonces, en el mismo se siguen regulando materias sobre las que esta Comunidad Autónoma carece de competencias. Debe advertirse además, ... que, en ocasiones, la copia, más o menos afortunada, de preceptos de la legislación estatal, desborda las posibilidades que la competencia autonómica de normación permite a la Comunidad Autónoma...*”.

Como colofón a todas las observaciones efectuadas, el Consejo señaló que *“la supresión de los preceptos anteriormente analizados no supondría un vacío normativo en la Comunidad Autónoma, puesto que existen normas estatales directamente aplicables a las que el operador jurídico acudirá -Ley Orgánica del Poder Judicial y legislación procesal, Códigos Civil y Mercantil, normativa contable, legislación hipotecaria o legislación fiscal- cuando se produzcan los supuestos de hecho que en el anteproyecto se pretenden regular. De tal modo, como recomendación de síntesis predicable a todas aquellas objeciones basadas en la improcedencia de insertar en la normativa autonómica preceptos de contenido civil, mercantil, procesal, laboral, fiscal o de otra índole que, resultando ajenos*

a los títulos competenciales de la Comunidad Autónoma, han sido tomados de disposiciones estatales, cabe proponer el uso de distintas técnicas, tales como su eliminación del cuerpo de la Ley, su sustitución por remisiones genéricas a lo previsto en la normativa estatal o bien su mantenimiento, de modo excepcional, conforme a la doctrina enunciada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 47/2004, de 29 de marzo (Ar. RTC 2004,47), cuando ello se entienda indispensable para favorecer el claro entendimiento de la norma, dotándola de sentido o inteligibilidad, pero haciendo declaración, en ese caso, de que la regla incorporada a la legislación autonómica es conforme con el concreto precepto estatal del que provenga dicha regulación”.

El texto definitivo de la Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha, publicada en el DOCM nº 221, de 16 de noviembre de 2010 tuvo en cuenta las observaciones y recomendaciones efectuadas por el Consejo Consultivo en su dictamen.

- Dictamen número 116/2010, de 30 de junio, solicitado por la Consejería de Economía y Hacienda, sobre el anteproyecto de Ley 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.

La necesidad de aprobación de una norma con rango de ley en la que se regulasen las medidas que eran de aplicación al personal al servicio de la Junta de Comunidades para el año 2010 venía exigida tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, en el que el Gobierno de España, como consecuencia de los compromisos asumidos ante la Unión Europea dirigidos a garantizar la sostenibilidad de sus finanzas públicas, establecía una serie de medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, entre las que se encontraban las referentes a la contención de gastos de personal de las distintas Administraciones Públicas.

El texto de la norma sometida a dictamen fue acreedora de varias observaciones de carácter esencial, que a continuación se pasan a exponer.

En relación con las retribuciones de los altos cargos, el Consejo entendió que se debía regular el concepto o conceptos por los que dichos altos cargos percibían sus retribuciones, su devengo y, en el caso de que se reconociera su derecho a percibir pagas extraordinarias, la forma de determinar la cuantía de cada una de ellas.

Respecto a la reducción de las retribuciones que resultaba aplicable al personal al servicio de la Administración autonómica, el dictamen recogía que, siendo determinable el porcentaje en que se ha de reducir la masa salarial afectada para cumplir el mandato básico, no resulta admisible utilizar una fórmula que deja a una posterior determinación la reducción que haya de tener el complemento específico.

Según se establece en el apartado Dos del artículo 1 del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, la reducción de la masa salarial afecta a todo el sector público, lo que implica que también se encuentran comprendidos en su ámbito de aplicación los funcionarios interinos y el personal eventual. Por ello, al estar afectado el contenido del artículo 27 de la Ley 5/2009, de 17 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2010, el legislador autonómico también debía efectuar la correspondiente adecuación de este precepto.

El artículo 28 del anteproyecto de Ley, relativo a las retribuciones del personal laboral, efectuaba una remisión y reproducción parcial del primer párrafo del artículo 22.Dos.B) de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, pues la normativa básica dispone una reducción del 5 por 100 a partir de junio, pero esta reducción opera a modo de “a cuenta”, ya que su distribución puede, dentro de los límites impuestos por la normativa estatal, alterarse por la negociación colectiva, aspecto que no se contemplaba en el anteproyecto que se dictaminaba, lo que implicaba que dicho apartado se encontraba viciado de inconstitucionalidad, al establecer un sistema de reducción salarial diferente al estatal.

El personal directivo de las empresas del sector público también se encuentra incluido en el ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por lo que en el anteproyecto de Ley se debía determinar la forma de dar cumplimiento al mandato contenido en la norma básica estatal.

El Proyecto de Ley fue aprobado por el Consejo de Gobierno en su reunión de de 1 de julio de 2010, y presentado posteriormente en las Cortes Regionales, habiendo sido tenidas en cuenta las observaciones esenciales manifestadas por el Consejo Consultivo en la 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 reducción de déficit público.

- Dictamen número 128/2010, de 14 de julio, solicitado por la Consejería de Empleo, Igualdad y Juventud, sobre el anteproyecto de Ley de Promoción de la Seguridad y Salud en el Trabajo en Castilla-La Mancha.

En la Exposición de Motivos del anteproyecto se justificaba la iniciativa señalando la necesidad de abordar medidas dirigidas tanto a la sensibilización social sobre la seguridad y salud en el trabajo, incorporando contenidos relativos a la prevención de riesgos laborales en los diversos niveles del sistema educativo castellano manchego, como a incentivar la adopción de comportamientos preventivos por parte de las personas en sus relaciones con la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, bien a la hora de acceder a subvenciones públicas, bien en el marco de la contratación administrativa.

El texto de la norma sometida a dictamen fue acreedora de una observación de carácter esencial referida al artículo 18 del anteproyecto, que establecía los requisitos para ser beneficiario de subvenciones públicas, estableciendo que, para obtener dicha condición de beneficiario, *“será necesario que quienes las soliciten y estén sujetos a la normativa de prevención de riesgos laborales acrediten:* [] a) *Disponer de un plan de prevención de riesgos laborales, en los términos previstos en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales.* [] b) *No haber sido sancionados en virtud de resolución administrativa o sentencia judicial firme por falta grave o muy grave en materia de prevención de riesgos laborales, durante el año inmediatamente anterior a la fecha de solicitud de la subvención”*.

En base a un amplio razonamiento y fundamentación, el dictamen consideró, en resumen, *“que siendo legítima la finalidad que preside la previsión normativa cuestionada, como la misma además de cumplir la función preventiva y de garantía de “honorabilidad” de los beneficiarios de subvenciones, tiene el efecto o consecuencia jurídica de imponer una aflicción o pena añadida a quien previamente ha sido condenado judicialmente o sancionado administrativamente, excede de las competencias que la Comunidad Autónoma ostenta en virtud de lo previsto en el artículo 149.1.7ª y 18ª de la Constitución.* [] *Es al legislador estatal a quien corresponde incluir la consideración de cláusulas ambientales o sociales en los procedimientos subvencionales, como lo ha hecho en el caso de la contratación administrativa regida por la LCSP (Ley de Contratos del Sector Público). ... dado que la previsión normativa proyectada aunque formalmente no sea una sanción administrativa, materialmente lo es, o está llamada a tener el mismo efecto, ..., se efectúa un reparo esencial al apartado 1 de este precepto, pues aunque en el presente caso el rango de la norma es legal, no corresponde*

la competencia a la Comunidad Autónoma al incidir en un ámbito sancionador ligado a la competencia exclusiva estatal en materia de infracciones de la legislación laboral, plasmada actualmente en el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, norma de carácter básico dictada al amparo del artículo 149.1.2^a, 7^a, 17^a y 18^a de la Constitución Española”.

El anteproyecto presentado por el Gobierno fue finalmente aprobado por Ley 10/2010, de 21 de octubre, de Promoción de la Seguridad y Salud en el Trabajo en Castilla-La Mancha, sin tener en cuenta la consideración de carácter esencial indicada.

- Dictamen número 167/2010, de 9 de septiembre, solicitado por la Consejería de Salud y Bienestar Social, sobre el anteproyecto de Ley de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha.

La Exposición de Motivos del texto de la norma sometido a dictamen recogía como objetivo fundamental de la misma el de conceptualizar los servicios sociales como derecho de la ciudadanía, estableciendo nuevos criterios de eficiencia y eficacia y orientando la planificación, gestión y prestación de los mismos.

El dictamen realizó las consideraciones de carácter esencial que se pasan a describir.

El artículo 2.a) del anteproyecto, que regulaba los titulares del derecho a los servicios sociales en Castilla-La Mancha, vulneraba el principio de seguridad jurídica en su aplicación, y ello por dos razones: en primer lugar, el precepto hablaba de “*personas residentes*” sin indicar de modo alguno cómo se acreditaría esa residencia, lo que podía plantear dudas interpretativas, fundamentalmente respecto a los extranjeros no comunitarios. Por ello, al igual que hacen otras Leyes de Servicios Sociales autonómicas, el Consejo estimaba que debería indicarse expresamente cómo se acreditará la residencia a efectos de ser titular de los derechos sociales que el anteproyecto de Ley preveía.

En segundo lugar, en el citado artículo se condicionaba la titularidad del derecho a la protección social en el Sistema Público de Servicios Sociales, únicamente, al requisito de ser “*residentes en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha*”, cuando alguna de las prestaciones sociales que se preveían por la norma requerían también otros requisitos establecidos en la normativa específica básica.

Por otro lado, en el dictamen se consideró que debían reformularse tanto la disposición transitoria única como la disposición final segunda del anteproyecto, a fin de armonizar su contenido y conseguir una precisa y segura determinación de los preceptos que habrían de continuar vigentes tras la entrada en vigor de Ley, evitando que en dicho trayecto surgieran vacíos normativos o dudas interpretativas acerca de la aplicabilidad temporal de la regulación vigente, estableciendo además la fecha cierta de entrada en vigor, sin perjuicio de su ulterior desarrollo reglamentario.

La disposición finalmente aprobada por las Cortes de Castilla-La Mancha fue la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha, que recogía las recomendaciones de carácter esencial efectuadas en el dictamen.

- Dictamen número 175/2010, de 15 de septiembre, solicitado por la Consejería de Educación, Ciencia y Cultura, sobre el anteproyecto de Ley de la Lectura y de las Bibliotecas de Castilla-La Mancha.

La finalidad principal de la norma sometida a la consideración del Consejo Consultivo se justificaba en la Exposición de Motivos del anteproyecto, en primer término, en la conveniencia de crear un Observatorio de Lectura con el objeto de conocer la realidad del sector del libro y de la lectura. En segundo lugar, en la consolidación de la red de bibliotecas públicas de Castilla-La Mancha, que tuvo un primer impulso con la Ley 1/1989, de 4 de mayo, de Bibliotecas de Castilla-La Mancha, pero que tras veinte años de vigencia, se puso de manifiesto la necesidad de una nueva regulación. Por último, el anteproyecto pretendía, con la definición de las competencias, una actuación más eficaz y eficiente de los poderes públicos.

En el texto del dictamen, se recogieron dos consideraciones esenciales referidas al anteproyecto sometido a la consideración del Consejo Consultivo.

Respecto al apartado dos del artículo 2, referido al ámbito de aplicación de la norma, se disponía que *“esta Ley es de aplicación a todas las bibliotecas, colecciones y centros de titularidad pública radicadas en el territorio de Castilla-La Mancha y de acuerdo con el marco competencial establecido por la Constitución, en el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha y la legislación de régimen local”*. El Consejo entendía que la extensión del ámbito de aplicación a todas las bibliotecas radicadas en el territorio de Castilla-La Mancha, suponía que la Ley también se debiera aplicar a las bibliotecas estatales ubicadas en este territorio, por lo que se hacía uso de una competencia legislativa, concretamente la asumida por el artículo 31.1.15ª del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, que

excluye de la misma a las bibliotecas que sean de titularidad estatal. Respecto de las bibliotecas estatales, el dictamen recogía que *“el Estatuto de Autonomía únicamente atribuye a la Comunidad Autónoma competencia ejecutiva cuyo alcance, además, no lo es sobre todas las bibliotecas de titularidad estatal, ya que el artículo 33.5 del mismo dice que la función ejecutiva abarca a las bibliotecas de titularidad estatal, “que no se reserve el Estado”, esto es, estatutariamente es posible la existencia de bibliotecas estatales sobre las que la Comunidad Autónoma ni siquiera tenga competencias ejecutivas. Además, en dicho artículo se dice que “los términos de la gestión serán fijados mediante Convenio”, lo cual también supone una restricción al ejercicio de la función ejecutiva sobre las mismas.”*

Como recomendación, el Consejo Consultivo agregó que *“al tratarse de una materia cuya disgregación legislativa podría afectar a la necesaria coordinación y cooperación que se debe requerir en esta materia, sería deseable que las bibliotecas estatales se integrasen en el Sistema de Bibliotecas de Castilla-La Mancha y que le fueran de aplicación las normas que rigen el mismo, pero esto no puede llevarse a cabo por la vía de la imposición legislativa, sino por la de la cooperación administrativa. Es por ello que podrían obtenerse los mismos resultados que se pretenden con el anteproyecto sin con ello violentar el marco competencial que le es de aplicación, diciendo, como se hace en el artículo 2.1 de la Ley 19/2002, de 24 de octubre, de Archivos de Castilla-La Mancha, que la Ley es de aplicación a las bibliotecas integradas en el Sistema de Bibliotecas de Castilla-La Mancha, si bien para ello habrá de tenerse en cuenta lo que también se dirá respecto del artículo 26 donde se regula la Red de Bibliotecas Públicas de Castilla-La Mancha.”*

Asimismo, el artículo 26 del anteproyecto, dedicado a los centros y servicios que integrarían la Red de Bibliotecas Públicas, establecía que formaban parte de la Red de Bibliotecas Públicas de Castilla-La Mancha, entre otras, *“b) Las Bibliotecas Públicas del Estado de Castilla-La Mancha, sin perjuicio de las competencias que sobre las mismas tenga el Estado”*.

El Consejo estimó que a este apartado le resultaba de aplicación lo expuesto respecto al artículo 2, esto es, que la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha carecía de competencia legislativa para disponer que las bibliotecas estatales ubicadas en el territorio de Castilla-La Mancha se integrasen en la Red de Bibliotecas Públicas. En el dictamen se proponía que *“al carecer de competencias legislativas sobre las bibliotecas estatales, la deseable integración en la Red y a su vez en el Sistema de Bibliotecas autonómico debe efectuarse*

mediante un convenio que es el instrumento en el que se deben establecer los términos de la gestión, según se dice en el artículo 33.5 del Estatuto de Autonomía. Por lo tanto, el legislador autonómico carece de competencia legislativa para establecer de forma imperativa dicha integración y, en consecuencia, debe modificarse la redacción de dicho precepto, sustituyendo el carácter imperativo por una fórmula facultativa de convenio mediante la que se pudiese conseguir la misma finalidad”.

El 8 de marzo de 2011 se publicó en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de la Lectura y de las Bibliotecas de Castilla-La Mancha, habiendo sido acogidas todas las consideraciones efectuadas por el Consejo Consultivo que han sido expuestas.

- Dictamen número 176/2010, de 15 de septiembre, solicitado por la Consejería de Salud y Bienestar Social, sobre el anteproyecto de Ley de familias numerosas de Castilla-La Mancha.

El objeto del anteproyecto, recogido en su Memoria justificativa, era el establecimiento de un marco jurídico de apoyo a las familias numerosas para mejorar la calidad de vida de sus miembros. Asimismo, la nueva norma debía suponer un avance en el reconocimiento social del colectivo de familias numerosas, mediante ayudas concretas en apoyo de dicho colectivo, así como el establecimiento de medidas adicionales en materia social, de apoyo a la conciliación de la vida personal y familiar, de educación, vivienda, así como actividades culturales, deportivas y de ocio y tiempo libre.

El anteproyecto sometido a consulta fue objeto de una consideración de carácter esencial en relación con las ventajas en los servicios de aula matinal y comedor escolar que establecía el artículo 13 del anteproyecto. Disponía del precepto que *“las ayudas relativas a los servicios de aula matinal y comedor escolar en centros educativos públicos se determinarán, en el caso de familias numerosas, para todos los hijos e hijas desde el primero, cuando el resto no estén escolarizados por razones de edad y sin necesidad de estar escolarizados todos en el mismo centro educativo al mismo tiempo. A tal efecto se establecerán bonificaciones según el nivel de renta per cápita de la unidad familiar conforme se determine reglamentariamente”.*

El Consejo consideró que, al limitar el alcance de este precepto a los colegios públicos, excluyendo a los privados concertados de la posibilidad de concurrir a ayudas para pago de los citados servicios, introduce un criterio discriminatorio

entre los alumnos usuarios del servicio público educativo contrario al principio de igualdad establecido en la Constitución. Así, de acuerdo con el artículo 108.4 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, la prestación del servicio público de la educación se realizará a través de centros públicos y privados concertados, mandato que en parecidos términos está contemplado en el artículo 7 de la Ley 7/2010, de 20 de julio, de Educación de Castilla-La Mancha.

Por su parte, los servicios de comedor escolar o de aula matinal son calificados también como servicios educativos en la citada Ley 7/2010, siendo la finalidad de dicha norma el establecimiento de un sistema educativo de calidad en condiciones de igualdad.

Por tanto, entendió el órgano consultivo que *“si el anteproyecto de Ley pretende establecer un mandato genérico a la Administración autonómica para que promueva el establecimiento de ayudas a las familias numerosas para la prestación de los mencionados servicios educativos, dicho mandato no puede limitar sus beneficiarios a las familias numerosas que tengan sus hijos escolarizados en centros públicos, sino que debe extenderse a todo el alumnado usuario del servicio público educativo el cual incluye el matriculado en centros privados concertados”*.

La Ley 17/2010, de 29 de diciembre, de las Familias Numerosas de Castilla-La Mancha y de la Maternidad, publicada en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha de 31 de diciembre de 2010, no tuvo en cuenta el indicado reparo al texto sometido a dictamen.

- Dictamen número 252/2010, de 10 de noviembre, solicitado por la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, sobre el anteproyecto de Ley de Espectáculos y Actividades Recreativas de Castilla-La Mancha.

La finalidad principal de la norma sometida a la consideración del Consejo Consultivo se contenía en la Memoria justificativa del anteproyecto, en la que se indicaba que *“la progresiva generalización y diversificación de las actividades relacionadas con el ocio requiere un tratamiento normativo adaptado a la realidad de la sociedad actual, de modo que permita conciliar su legítimo ejercicio y desarrollo con la diversificación constante de sus manifestaciones y la creciente sensibilidad de la población en materias de orden público, seguridad y protección ciudadana, salud, ruidos, conservación del medio ambiente y del patrimonio cultural y artístico, así como en los aspectos relativos a movilidad y accesibilidad”*.

Asimismo, la iniciativa se concebía como una oportunidad para el desarrollo económico de la Región, realizando una revisión del marco normativo para eliminar obstáculos no justificados al correcto funcionamiento del sector servicios, lo cual redundaría en el bienestar general de la sociedad a la que se destina.

El dictamen emitido sobre el citado anteproyecto introdujo varias consideraciones de carácter esencial al contenido del proyecto, que a continuación se pasan a describir.

En primer término, según consideró el Consejo, el texto legal proyectado adolecía, en su conjunto, de un alto margen de indefinición, con la consiguiente afectación del principio constitucional de seguridad jurídica, respecto al tipo de régimen de control que quería imponerse para las distintas actividades, servicios y establecimientos incluidos dentro de su ámbito de aplicación. Incurría, además, en un incumplimiento del mandato legal establecido en el artículo 5 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, del libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en relación con la exigencia de motivación de las razones imperiosas de interés general y demás condiciones que justificarían la implantación excepcional de un régimen de autorización previa para todos los supuestos de autorización de establecimientos contemplados en el mismo, lo que supondría un apartamiento de la normativa básica estatal de aplicación, dictada al amparo de las reglas 1ª, 13ª y 18ª del artículo 149.1 de nuestra carta magna, contraviniendo así el orden constitucional de distribución de competencias.

En segundo lugar, la pretendida circunscripción del ámbito de aplicación de la Ley y de las competencias municipales en materia de espectáculos y actividades recreativas, a sólo aquéllo que tuviera lugar en suelo urbano, entraría en clara confrontación con la normativa básica estatal reguladora de las atribuciones conferidas a las entidades locales, sin que las razones alegadas por la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente en defensa de sus competencias sobre el medio natural y los espacios sujetos a medidas de especial protección, pudieran constituir una justificación suficiente para incidir sobre dicho ámbito de atribuciones a través de la competencia autonómica señalada en el artículo 32.1 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, que ni tan siquiera fue invocada en la Exposición de Motivos del texto legal proyectado.

En tercer término, y respecto a los artículos 11 y 5.1.b) del anteproyecto, relativos a las limitaciones a la concesión de licencias, el Consejo entendió que introducían elementos de incertidumbre que podían propiciar la implantación de medidas incompatibles con las previsiones del artículo 8 de la Ley 17/2009, de 23

de noviembre, y 12 de la Directiva de Servicios 2006/123/CE, de 23 de diciembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, así como potencialmente atentatorias de los principios de libre establecimiento y acceso a las actividades de prestación de servicios y de libertad de empresa, amparado por nuestra Constitución. Consecuentemente, su mantenimiento en el texto de la Ley proyectada, no podía dejarse desprovisto de las oportunas remisiones a la normativa comunitaria y estatal de referencia, en las que debía quedar definido su eventual ámbito de aplicación.

Por último, el dictamen emitido puso de manifiesto que existían aspectos del régimen sancionador previsto en el Título V del anteproyecto que debían ser adaptados a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Tanto el proyecto que el Gobierno Regional remitió a las Cortes Regionales para su aprobación, como la Ley 7/2011, de 21 de marzo, de Espectáculos y Actividades Recreativas de Castilla-La Mancha, tuvieron en cuenta los indicados reparos de carácter esencial.

- Dictamen número 256/2010, de 17 de noviembre, solicitado por la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, sobre el anteproyecto de Ley de Empleo Público de Castilla-La Mancha.

Dentro del marco establecido por el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), el anteproyecto pretendía la codificación y regulación más completa, coherente y sistemática de la normativa existente sobre el empleo público en Castilla-La Mancha.

El proyecto comprendía la regulación de todas las relaciones de empleo de todas las Administraciones públicas, incluida la local y la universidad, así como de las entidades dependientes de las mismas; extendía su ámbito de aplicación, tanto al personal funcionario como al personal laboral, así como al personal interino, eventual, y en lo que respecta al personal laboral, se respetaban aquellas materias que afecten a la competencia exclusiva estatal para la aprobación de la legislación laboral; contemplaba también la regulación del personal directivo, señalando que ordinariamente debería ser seleccionado entre funcionarios de carrera del Grupo A y sólo excepcionalmente entre profesionales ajenos a la Administración Pública.

Sobre la carrera profesional, las retribuciones y la evaluación del desempeño, la norma planteaba la evaluación del desempeño de los funcionarios públicos con carácter sistemático y permanente, debiendo ser evaluados periódicamente sobre su rendimiento, aptitud y actitud profesional, afectando la misma a la adquisición de grados, tramos o categorías en la nueva carrera profesional horizontal que se instaura en el EBEP, así como a los aspectos retributivos.

Se pretendía, igualmente, introducir diversas mejoras en la gestión de los procesos de provisión: concurso de méritos, libre designación, comisiones de servicio, adscripción provisional y demás formas de movilidad.

En cuanto al aspecto de la ordenación y planificación del personal, el anteproyecto manifestaba su pretensión de garantizar que la especialización lograda en el acceso se mantuviera en la carrera y provisión del personal, canalizando el desarrollo profesional del personal a través de agrupaciones (cuerpos) y áreas de especialización, con adscripción exclusiva de los puestos de trabajo al personal de cada cuerpo, sin perjuicio de la posibilidad de que determinados puestos o áreas de especialización se compartieran por diversos cuerpos en los que se exigieran habilidades o destrezas comunes y coincidentes con las necesarias para el desempeño de aquéllos.

Asimismo, en materia de selección del personal, se planteaba la conveniencia de la oposición y el concurso-oposición como los procedimientos ordinarios de selección, aunque, excepcionalmente y en los supuestos tasados en la Ley, por razones de eficacia podría también admitirse el concurso.

Por último, se perseguía que la prolongación de la permanencia en el servicio activo desde el cumplimiento de la edad de jubilación forzosa, no fuera de concesión automática, sino que pudiera ser denegado de acuerdo con criterios legalmente tasados, como los basados en razones organizativas derivadas de la planificación, los resultados de la evaluación del desempeño, o la capacidad psicofísica.

El dictamen emitido por el Consejo Consultivo, en relación con el anteproyecto indicado, clasificó las observaciones a su texto en dos grupos, según la materia jurídica a la que afectaban

1.- El primer grupo de reparos, referido a materias sujetas a Derecho Laboral y de la Seguridad Social, fueron los siguientes:

- Respecto al último inciso del artículo 2, - que establecía que “*el resto de*

disposiciones de esta ley se aplicarán en lo que sea compatible con la legislación laboral y las disposiciones convencionales vigentes”-, el Consejo estimó que suponía *“otorgar a todo el texto del anteproyecto de Ley el carácter de norma laboral de carácter supletorio, lo que implica legislar en una materia en la que no se tiene competencia, pues dado que “el resto de disposiciones” son las que están previstas para los funcionarios, su aplicación supletoria supone contravenir lo normado por el Estado, alterando el sistema de fuentes de la relación laboral, razón por la cual este Consejo considera que este inciso quinto debería suprimirse”*.

- En cuanto a la carrera profesional y promoción del personal laboral establecido en el artículo 67 del anteproyecto, el Consejo estimó que la carrera profesional y la promoción profesional del personal laboral son materias que están sujetas al Derecho laboral, por lo que, dada la falta de competencia para disponer sobre la materia, este precepto debería suprimirse y sustituirse con una mera remisión al EBEP, que, a su vez, incluye el derecho a la carrera profesional y promoción personal del personal laboral mediante una norma en blanco (artículo 19) con remisión a la normativa laboral, tal como hace el citado anteproyecto.

- La determinación de las retribuciones del personal laboral (materia a la que se refería el artículo 98 del anteproyecto) es una materia que se incardina dentro del Derecho laboral y, si bien la redacción del precepto se acomodaba a lo dispuesto en los artículos 21 y 27 del EBEP, por la misma razón expuesta en las observaciones al artículo precedente, el mismo debería, a juicio del Consejo Consultivo, suprimirse.

- Por lo que se refiere a la excedencia forzosa, regulada en el artículo 120 del anteproyecto, en el apartado 2 de este artículo se decía que *“El personal funcionario en excedencia forzosa tiene derecho a percibir las retribuciones básicas y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo”*. Pone de manifiesto el Consejo que *“las prestaciones familiares por hijo a cargo es una prestación no contributiva que se encuentra regulada en los artículos 181 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, cuya vigencia y eficacia dependen de la legislación estatal, por lo que, careciendo la Administración autonómica de competencias en esta materia, debería suprimirse el último inciso o efectuar, en caso, una referencia genérica a las prestaciones que le pudieran ser de aplicación en función del régimen de Seguridad Social en el que esté incluido el funcionario.”*

- En cuanto al procedimiento disciplinario establecido en el apartado 1 del artículo 145 del anteproyecto, según el cual *“en ningún caso se puede imponer una sanción a un empleado o empleada sin que se haya tramitado el procedimiento reglamentariamente establecido”*, el dictamen recogía que *“la utilización del término “empleado o empleada” es comprensivo tanto del personal funcionario como del personal laboral, lo que supone que las normas del procedimiento disciplinario contenidas en el Capítulo IV son de aplicación a ambos tipos de personal, desplazando de esta forma, respecto del personal laboral, la regulación que de esta materia se contiene en los artículos 60 a 62 del VI Convenio Colectivo, cuando esta materia, íntimamente relacionada con la anterior, se incardina respecto del personal laboral, como estrictamente laboral.”* Por ello, la referencia que se efectuaba a un empleado o empleada debería ser sustituida, según estimó el Consejo, por la de *“personal funcionario”*.

- Al respecto de las materias objeto de negociación que se contenían en el anteproyecto, el Consejo estimó que *“la Comunidad Autónoma carece de competencia en materia de Seguridad Social, por lo que tanto las prestaciones obligatorias recogidas en el Régimen General de la Seguridad Social, como las correspondientes al Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado, en las que se integran las pensiones de clases pasivas, son competencia exclusiva del Estado. La única materia que puede ser objeto de negociación son las denominadas prestaciones complementarias voluntarias”*, entre las que se encontraban las previstas en la disposición adicional séptima del anteproyecto de Ley.

2.- El segundo grupo de observaciones esenciales, referidas a preceptos del anteproyecto sujetos a Derecho Administrativo, comprendían las siguientes:

- Respecto a las funciones de asesoramiento jurídico que el anteproyecto establecía para los cuerpos del subgrupo A1, el Consejo estimó necesario añadir a las funciones asignadas al Cuerpo Superior de Administración la de asesoramiento jurídico en el ámbito del correspondiente departamento.

- En referencia a los requisitos de acceso al empleo público de Castilla-La Mancha, el proyecto normativo efectuaba una habilitación reglamentaria para realizar un proceso selectivo bifásico, lo que según el Consejo, resultaba contraria al mandato contenido en el artículo 61.1 del EBEP, en el que se dispone que *“los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna y las medidas de discriminación positiva previstas en este Estatuto”*.

Se consideraba al respecto en el dictamen que *“aunque se intente subsumir este sistema de acceso bajo la fórmula de un requisito adicional al que habilitaría el artículo 56.3 del EBEP, en realidad, mediante esta fórmula se está consagrando un sistema de pruebas restringidas, las cuales, siguiendo la doctrina constitucional, resumida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2006, de 1 de febrero, se encuentran proscritas por el artículo 61.1 del EBEP, ya que en las mismas únicamente podrían participar quienes con anterioridad a la convocatoria hubieran superado pruebas de habilitación o reclutamiento previos. Además, el requisito específico que mediante la anterior fórmula se posibilita para que se pueda exigir en las bases de las convocatorias no cumple los requisitos de objetividad y proporcionalidad con las funciones y tareas que deben desempeñar las personas seleccionadas. La previsión de concurrencia masiva a una convocatoria ninguna relación tiene con las tareas a desempeñar. Si lo que se pretende es simplificar los procesos selectivos ante una previsión de concurrencia masiva de aspirantes, en el proceso selectivo se pueden exigir pruebas o ejercicios tendientes a racionalizar el mismo, sin contravenir el principio básico contenido en el EBEP de que las pruebas sean abiertas y de libre concurrencia. De requerirse alguna habilitación previa -diferente a la titulación- para desempeñar las tareas correspondientes, para su exigencia no es preciso la realización de unas pruebas previas de habilitación o reclutamiento, sino que dicha habilitación habrá de obtenerse mediante la superación de las pruebas que se establezcan en la normativa reguladora de la referida habilitación o incluirse como una prueba dentro del propio proceso selectivo”*.

- En cuanto a la selección del personal funcionario de carrera y del personal laboral fijo que se preveía en el anteproyecto de Ley, el Consejo concluyó que no resultaba compatible con la regulación que el EBEP efectúa de la promoción interna. Asimismo, se producía una discriminación entre los funcionarios que participasen por promoción interna, ya que, según lo que se disponía en el anteproyecto, consideraba el Consejo que *“el sistema de concurso únicamente sería de aplicación para el acceso a los cuerpos incluidos en el apartado 3 del artículo 47, pero no al resto de cuerpos de la Administración autonómica, sin que en el texto que se examina se efectúe ninguna justificación objetiva, ni ésta se deduzca del análisis del precepto”*.

- La regulación de la selección del personal funcionario interino y del personal laboral temporal que establecía el anteproyecto se entendía en el dictamen que *“dejaba a la discrecionalidad de la Administración una cuestión que genera inseguridad jurídica, por lo que este derecho y sus condiciones han de estar reguladas en una norma de carácter general, sea ésta una ley o una norma re-*

glamentaria, no siendo jurídicamente factible la remisión que se realiza a las convocatorias, dado que las mismas tienen la naturaleza de actos administrativos, los cuales se han de limitar a ejecutar lo dispuesto en la norma que regule este derecho”.

- En cuanto a las pruebas selectivas, en el dictamen no se opuso ninguna objeción a los plazos máximos que se establecían para la celebración de los procesos selectivos, pero lo que no se consideraba compatible con el ordenamiento jurídico era que *“el plazo de los procesos selectivos se compute desde la celebración de la primera prueba, ya que al tratarse de procedimientos de oficio, de conformidad con lo establecido en el artículo 42.3.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el plazo del proceso selectivo se cuenta desde el día en el que se publica con la respectiva convocatoria el acuerdo de iniciación del procedimiento”.*

- Según ponía de manifiesto el Consejo en su dictamen, la carrera horizontal es una de las grandes novedades del EBEP, que únicamente establece un marco de aplicación, encomendando a las leyes de función pública su desarrollo, si pretenden implantar dicha carrera en las Administraciones públicas correspondientes. La carrera horizontal, al formar parte del núcleo esencial del estatuto de los funcionarios, supone que debe ser la ley la que fije los elementos esenciales de la misma, sin perjuicio de que se admita la colaboración del reglamento, pero como dijo el Tribunal Constitucional en su Sentencia 99/1987, de 11 de junio, es en la ley donde se deben determinar los elementos esenciales que la conformen.

La regulación que se efectuaba en el anteproyecto de la carrera horizontal dejaba un amplio margen de actuación al reglamento en aspectos esenciales de la misma, como eran la fijación de los tramos o grados que ha de tener la carrera horizontal en los diversos grupos o, en su caso, subgrupos, o en los cuerpos y escalas, estableciendo únicamente un marco referencial en el sentido de que los tramos de carrera no pueden ser inferiores a tres ni superiores a cinco. El Consejo consideró que *“la no concreción de los tramos se puede justificar en que este artículo es de aplicación a todas las Administraciones públicas, entre ellas a las entidades locales de Castilla-La Mancha, lo que implica la conveniencia de dejar un cierto margen de actuación para que, en uso de su autonomía, puedan fijar los tramos correspondientes a cada Administración, si bien ello puede incidir negativamente en los sistemas de movilidad interadministrativa. No obstante lo anterior, en el anteproyecto se podría haber fijado el número de tramos que resultara de aplicación a la Administración autonómica, lo que supondría un*

mayor ajuste de su actuación a la doctrina constitucional, sin necesidad de su remisión al reglamento”.

También se indicó en el dictamen que *“la fijación de un tiempo de permanencia que sea de aplicación a las Administraciones públicas a las que vincula la ley, resulta esencial para poder ordenar de forma coherente la carrera horizontal en el ámbito autonómico y constituye uno de los elementos integrantes del “estatuto” de los funcionarios al que se refiere el artículo 103.3 de la Constitución, por lo que no cabe efectuar una remisión en blanco al reglamento para la fijación de la antigüedad que ha de tenerse en cada tramo para poder solicitar el ascenso al siguiente”.*

Por último, el órgano consultivo señaló que *“en las leyes de desarrollo del EBEP se debe fijar la remuneración de cada uno de ellos, aspecto que se incumple en el anteproyecto de Ley que se examina, ya que no determina la correspondiente retribución ni remite a la Leyes de Presupuestos para que así se efectúe”.*

- Por lo que se refiere a la movilidad por causa de violencia de género establecida en el anteproyecto, el Consejo estimó que *“en el artículo 82 del EBEP se confiere, a las mujeres víctimas de violencia de género que se vean obligadas a abandonar el puesto de trabajo para hacer efectiva su protección, el derecho “al traslado a otro puesto de trabajo de su propio cuerpo, escala o categoría profesional, de análogas características”. Sin embargo, el derecho que se reconoce a estas funcionarias en el artículo 79.1 lo es a “un puesto de trabajo propio de su cuerpo o escala en distinta unidad administrativa, en la misma o distinta localidad”. En este último precepto no se exige que el puesto sea de “análogas características”, lo que supone una merma respecto del derecho reconocido en la norma básica. Es cierto que en el apartado 5 se garantiza la percepción, al menos, de la retribución que tenía el puesto de origen, pero la expresión “análogas características” es más amplia y no se refiere exclusivamente al aspecto retributivo”.*

- En la disposición adicional decimocuarta del proyecto normativo se relacionaban los procedimientos, en materia de personal, en que el transcurso del plazo para resolver y notificar tenía efectos desestimatorios de la solicitud. El dictamen indicaba que debía tenerse en cuenta que, por imperativo del actual artículo 43.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en el texto legal se debían expresar las *“razones imperiosas de interés general”* en que se fundamentase esta decisión.

- Respecto al desarrollo de la carrera profesional horizontal en la Administra-

ción de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha establecida en la disposición final décima del anteproyecto, el Consejo observó que *“el legislador básico estatal ha establecido un sistema de carrera profesional diferente para el personal estatutario, para el personal docente y para el resto de funcionarios. La aplicación de la carrera profesional de éstos últimos se rige por lo dispuesto en el Capítulo II del Título III del EBEP, por las normas de desarrollo que se establezcan en la Ley de función pública de desarrollo, esto es, en el anteproyecto que se dictamina, y por las normas reglamentarias que se dicten para el desarrollo de esta última Ley. Por lo tanto, el desarrollo reglamentario al que se refiere esta disposición final ha de hacerse en el marco de lo establecido en los artículos 16 y 17 del EBEP y en el 64 de la Ley de empleo público de Castilla-La Mancha, no siendo legalmente factible que la Ley contenga una habilitación en blanco al Consejo de Gobierno para que a un sector de funcionarios incluido en su ámbito de aplicación se les aplique un sistema de carrera horizontal diferente a la prevista en las normas legales que le han de servir de marco, esto es, el EBEP y el presente anteproyecto de Ley, pues ello supone tanto como habilitar al Consejo de Gobierno para que incumpla lo dispuesto en estas normas legales”*.

En el texto de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, finalmente aprobada por las Cortes de Castilla-La Mancha se tuvieron en cuenta todas las observaciones esenciales efectuadas por el Consejo Consultivo en su dictamen, a excepción de la referida al artículo 47. 2. b) del texto sometido a consulta. El citado precepto señalaba que el sistema de concurso podía utilizarse como sistema de selección cuando se tratase del acceso por promoción interna a los cuerpos de personal funcionario previstos en el artículo 65.4, así como del acceso por promoción interna al Cuerpo Profesional de Tecnologías de la Información y de las Telecomunicaciones desde el Cuerpo Administrativo de Tecnologías de la Información y de las Telecomunicaciones, y al Cuerpo de Letrados desde el Cuerpo Superior Jurídico.

En este sentido el Consejo Consultivo señalaba que *“A este supuesto no le resulta de aplicación la previsión contenida en el artículo 61 del EBEP, que se refiere a los sistemas de acceso libre, sino el artículo 18 del mismo texto legal, en el que se regula la promoción interna de los funcionarios de carrera. Según el apartado 1 de este último precepto, “La promoción interna se realizará mediante procesos selectivos que garanticen el cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad así como los contemplados en el artículo 55.2 de este Estatuto”. El término “procesos selectivos” utilizado por el legislador básico estatal está referido a pruebas selectivas, no a sistemas selectivos y así se desprende claramente de la utilización de este término en el apartado 2*

del propio artículo 18, cuando dice que “Los funcionarios deberán poseer los requisitos exigidos para el ingreso, tener una antigüedad de, al menos, dos años de servicio activo en el inferior Subgrupo, o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo y superar las correspondientes pruebas selectivas”, en el artículo 51 del anteproyecto de Ley que define las “Pruebas selectivas” y en el artículo 61.3 del EBEP en el que se dice que “Los procesos selectivos que incluyan, además de las preceptivas pruebas de capacitación, la valoración de méritos [...]”; lo que supone que, al menos, tiene que existir alguna prueba selectiva”.

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 2010:

- Dictamen número 70/2010, de 12 de mayo, solicitado por la Consejería de Economía y Hacienda, sobre el anteproyecto de Ley de medidas excepcionales de apoyo al sector empresarial de Castilla-La Mancha.

- Dictamen número 191/2010, de 22 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 para 2011.

- Dictamen número 192/2010, de 29 de septiembre, solicitado por la Consejería de Economía y Hacienda, sobre el anteproyecto de Ley de Reordenación del Sector Público de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

- Dictamen número 203/2010, de 29 de septiembre, solicitado por la Consejería de Ordenación del Territorio y Vivienda, sobre el anteproyecto de Ley de Garantías en el Acceso a la Vivienda en Castilla-La Mancha.

- Dictamen número 234/2010, de 20 de octubre, solicitado por la Consejería de Economía y Hacienda, sobre el anteproyecto de Ley por el que se aprueba la escala autonómica del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

- Dictamen número 240/2010, de 3 de noviembre, solicitado por la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, sobre el anteproyecto de Ley de Creación del Colegio Oficial de Terapeutas Ocupacionales de Castilla-La Mancha.

- Dictamen número 246/2010, de 10 de noviembre, solicitado por la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente, sobre el anteproyecto de Ley de declaración del Parque Natural del Valle de Alcudia y Sierra Madrona.

- Dictamen número 247/2010, de 10 de noviembre, solicitado por la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente, sobre el anteproyecto de Ley de declaración del Parque Natural de la Sierra Norte de Guadalajara.

**RESEÑA DE ACTIVIDADES DE DERECHO
CONSTITUCIONAL, AUTONÓMICO Y PARLAMENTARIO.
(I ENERO DE 2011 A I DE ENERO DE 2012)**

Dra. M^a Elena Rebato Peño
Profesora Titular de Derecho Constitucional de la UCLM.

SUMARIO

1. *Actividades sobre derechos fundamentales.*
 - 1.1 *XVI. Jornadas de Derecho Constitucional: “El Derecho de Sufragio”. Ciudad Real, 17 y 18 de noviembre de 2011.*
2. *Actividades relacionadas con el sistema autonómico.*
 - 2.1 *XV. Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla-La Mancha: “Las funciones de los Parlamentos Autonómicos”. Cuenca, 16 y 17 de marzo de 2011.*
 - 2.2 *XXI. Seminario de Estudios Autonómicos: “El Estado de las Autonomías debate”. Toledo, 24 y 25 de marzo de 2011.*
3. *Actividades en materia de Justicia Constitucional.*
 - 3.1 *XII. Jornadas de Justicia Constitucional: “Justicia Constitucional y Sistema Electoral”. Toledo, 17 y 18 de noviembre de 2011.*
4. *Actividades relacionadas con el Constitucionalismo Histórico.*
 - 4.1 *Congreso Internacional: “La Constitución de 1812 y su difusión en Iberoamérica”. Cádiz, 24 y 25 de noviembre de 2011.*

1. Actividades sobre derechos fundamentales.

1.2 XVI. Jornadas de Derecho Constitucional: el derecho de sufragio. (17 y 18 de noviembre de 2011).

El Área de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UCLM, ha querido centrar su atención en esta decimoquinta edición de sus ya tradicionales jornadas sobre Derechos, en el derecho de sufragio. El director de las mismas, el Dr. Tomás Vidal, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la UCLM, señaló desde el comienzo la oportunidad del tema, dado que se encontraban únicamente a tres días de la celebración de las elecciones generales del 20 de Noviembre.

La apertura institucional de las Jornadas, que se desarrollarán durante los días 17 y 18 de noviembre, corrió a cargo del decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real, el Catedrático de Filosofía del Derecho, Juan Ramón de Páramo Arguelles, quien destacó la importancia de que el alumnado se concientia de la importancia de un derecho vertebral en el Estado Democrático como es el derecho de sufragio. A continuación se dio paso a la primera de las ponencias sobre el *“Alcance del Derecho de Sufragio”*, impartida por el Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos, D. José Manuel Vera Santos. Completaron las intervenciones del primer día las conferencias impartidas por los doctores Octavio Salazar Benítez, Profesor Titular de D. Constitucional de la Universidad de Córdoba y D. Fco. Javier Díaz Revorio, Catedrático de D. Constitucional de la UCLM, sobre *“Representatividad versus Gobernabilidad”* y *“La reforma del Censo Electoral”* respectivamente.

El segundo día de las Jornadas contó con la intervención de dos Magistrados del Tribunal Supremo y Catedráticos de Derecho Constitucional, D. Eduardo Espín Templado y D. Luis M^a Díez-Picazo Giménez que disertaron sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derecho electoral y sobre las restricciones al derecho de sufragio.

Las jornadas se cerraron con la ponencia de D. Pablo Santolaya Machetti, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Alcalá de Henares, sobre la titularidad del derecho de sufragio por parte de los extranjeros en los distintos tipos de elecciones.

Las sesiones de mañana y tarde de las Jornadas se complementaron con la celebración de Mesas Redondas y la presentación de comunicaciones a las mismas.

2. Actividades relacionadas con el Sistema Autonómico.

2.1 XV. Jornadas sobre el Derecho Autonómico de Castilla- La Mancha: las funciones de los Parlamentos Autonómicos. (16 y 17 de marzo).

La decimoquinta edición de las Jornadas sobre el Derecho Autonómico de Castilla- La Mancha volvió a celebrarse tal y como es habitual, en la Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, teniendo como objeto en esta ocasión las funciones de los Parlamentos Autonómicos.

Las mencionadas Jornadas, dirigidas por los doctores D. Fco. Javier Díaz Revorio y D^a M^a Elena Rebato Peño, Catedrático y Profesora Titular de Derecho Constitucional respectivamente, están dirigidas a estudiantes, licenciados y diplomados en Derecho, Administración y Dirección de Empresas y Relaciones Laborales; así como a funcionarios de la Administración Pública. Gracias a la colaboración de las Cortes de Castilla- La Mancha que año tras año subvenciona las mismas, estas Jornadas se van consolidando como una especie de seminario permanente sobre cuestiones autonómicas en el seno de la Universidad de Castilla- La Mancha.

La sesión inaugural corrió a cargo del Catedrático de D. Constitucional de la UCLM y Magistrado del Tribunal Supremo, D. Eduardo Espín Templado, con una ponencia de carácter general sobre los Parlamentos en el ámbito autonómico y que sirvió para ubicar en la temática de las Jornadas a los asistentes a las mismas.

A lo largo de las sesiones de ambos días se fueron poco a poco analizando las distintas funciones de los Parlamentos Autonómicos, siendo varias las ponencias que abordaron la función más tradicional y característica de los Parlamentos, como es la función legislativa; si bien cada una de ellas se centró en un aspecto específico de la misma. D. Manuel Aragón Reyes, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid y Magistrado del Tribunal Constitucional realizó una exposición general sobre la función legislativa de los Parlamentos autonómicos; mientras que D^a Piedad García- Escudero Márquez, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense y Letrada de las Cortes Generales hizo referencia a la calidad de la ley, a la técnica legisla-

tiva y al control constitucional sobre la misma. D. Francisco Calvo Cirujano, Letrado Mayor de las Cortes de Castilla- La Mancha se centró en las peculiaridades del procedimiento legislativo de las Cortes de Castilla- La Mancha.

También fueron objeto de sendas ponencias, la función de control y exigencia de responsabilidad política, a cargo de D. Fco. Javier Díaz Revorio, Catedrático de D. Constitucional de la UCLM y director de las Jornadas; y las funciones presupuestaria y tributaria de las Asambleas Parlamentarias Autonómicas, por D. Tomás Vidal Marín, Profesor Titular de Derecho Constitucional de Toledo.

Todas las sesiones fueron complementadas con comunicaciones realizadas por profesores del área de D. Constitucional, que dieron paso a un posterior debate.

2.2. XXI. Seminario de Estudios Autonómicos: “el Estado de las Autonomías a debate” (24 y 25 de marzo de 2011).

Continuando la línea iniciada en el pasado año, la vigésimo primera edición del Seminario de Estudios Autonómicos se celebró en el Paraninfo del Palacio del Cardenal Lorenzana durante los días 24 y 25 de marzo, y se retransmitió por videoconferencia para los campus de Talavera, Albacete, Cuenca y Ciudad Real.

Con gran éxito de asistentes como viene siendo habitual, el director del Seminario, D. Luis Ortega Álvarez, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM y Magistrado del Tribunal Constitucional y los coordinadores del mismo, los Dres. Isaac Martín Delgado y Carmen Plaza, organizaron un seminario que en esta ocasión profundizaría en el estudio del estado actual del sistema autonómico en general, después de la oleada de reformas estatutarias vividas hasta hace unos años y de la jurisprudencia constitucional más actual sobre los Estatutos de Autonomía y las competencias asumidas por estos nuevos Estatutos.

A lo largo de dos días se intercalaron ponencias de ámbito y temática general, como los impartidas por los Doctores, D^a Eva Nieto Garrido, Letrada del Tribunal Constitucional y Profesora Titular de Derecho Administrativo de la UCLM, sobre la posición del Estatuto de Autonomía en el sistema de fuentes o D. Juan J. Solozábal Echevarría, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid, sobre las Comunidades Autónomas y el Estado plurinacional; con otras de objeto más específico, como las relativas a los derechos autonómicos y sus instituciones de garantía, a cargo del Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Fco. Javier Díaz Revorio; a la siempre polémica

cuestión de la cooficialidad lingüística, ponencia impartida por D. Jesús Prieto de Pedro, Catedrático de Derecho Administrativo de la UNED; a las cláusulas estatutarias respecto del modelo de financiación autonómica, a cargo de D. Miguel A. Collado Yurrita, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario y Rector de la UCLM; o a la integración autonómica del régimen local, por D. José Tudela Aranda, Letrado de las Cortes de Aragón y Secretario General de la Fundación Manuel Giménez Abad.

No faltaron tampoco las ponencias y mesas redondas en las que se hacía referencia a las consecuencias y efectos que sobre el sistema autonómico en general y sobre el Estatuto de Autonomía y su contenido en particular, había tenido los efectos interpretativos de la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Cataluña.

3. Actividades en materia de Justicia Constitucional.

3.1 XII. Jornadas de Justicia Constitucional “Justicia Constitucional y Sistema Electoral” (Toledo, 17 y 18 de noviembre de 2011).

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo acogió una vez más una nueva edición de las jornadas de justicia constitucional, que en esta ocasión se dedicaron al análisis de la Justicia Constitucional y el sistema electoral.

De este modo, las Jornadas dirigidas por D. Fco. Javier Díaz Revorio, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM y coordinadas por D^a M^a Elena Rebato Peño, Profesora Titular de Derecho Constitucional de esta universidad, abordaron temas como la jurisprudencia constitucional en materia electoral, el procedimiento electoral o los recursos de amparo electorales.

Se da así una cobertura perfecta a todas las cuestiones candentes del sistema electoral desde la óptica constitucional y desde los principales pronunciamientos del Tribunal Constitucional en esta materia.

Tras la inauguración de las Jornadas por las autoridades académicas del campus toledano, el Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Eduardo Espín Templado impartió la primera sesión de las Jornadas sobre la evolución de la jurisprudencia constitucional en materia electoral, encontrando su disertación un complemento perfecto en la ponencia impartida posteriormente por el Magistrado del Tribunal Constitucional

y Catedrático de Derecho Constitucional, D. Pablo Pérez Tremps, que centró su intervención en la jurisprudencia constitucional sobre el sistema electoral.

Las garantías del proceso electoral fueron tratadas en dos ponencias diferentes. La Vocal de la Junta Electoral Central y Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Jaime I, D^a Rosario García Mahamud, abordó la cuestión de la Administración Electoral en general y de la Junta Electoral Central como garantes del proceso electoral. Los amparos electorales frente a la proclamación de candidaturas y de candidatos electos, fueron el núcleo de la ponencia de D. Manuel Aragón Reyes, Magistrado del Tribunal Constitucional y Catedrático de Derecho Constitucional.

El Profesor Titular de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Tomás Vidal Marín, fue el encargado de tratar la regulación de la campaña electoral después de las últimas reformas de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

Toda esta panorámica sobre el sistema electoral quedaría incompleta sin una valoración desde la perspectiva constitucional del sistema electoral castellano-manchego, que en esos momentos se encontraba en vísperas de su reforma. Este será el objeto de la Mesa Redonda que cerraba las Jornadas y que contó con la participación del Excmo. Sr. D. Vicente Tirado Ochoa, Presidente de las Cortes de Castilla- La Mancha; D. Jesús Labrador Encinas, Consejero de Presidencia y Administraciones Públicas de la Junta de Comunidades de Castilla- La Mancha; D. Manuel Mirón Ortega, Letrado Mayor de las Cortes de Castilla- La Mancha; D. Fco. Javier Díaz Revorio, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM y Vocal de la Junta Electoral de Castilla- La Mancha y D. Enrique Belda Pérez - Pedrero, miembro del Consejo Consultivo de Castilla- La Mancha y Profesor Titular de la UCLM. En la Mesa Redonda, moderada por la Profesora Titular de Castilla- La Mancha, D^a M^a Elena Rebato Peño, se realizaron valoraciones críticas sobre la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 19/2011 en la que el Tribunal Constitucional declaraba la proporcionalidad del sistema electoral castellano- manchego. No obstante y tal y como pusieron de manifiesto la mayoría de los ponentes la mencionada sentencia no cierra el paso a otros sistemas electorales posibles que pueden ser incluso más proporcionales, como se pretende, según quienes lo proponen, con la modificación de la Ley Electoral de Castilla- La Mancha.

Al finalizar la intervención de los integrantes de la Mesa Redonda se dio paso a la participación de los alumnos, quienes expusieron sus comunicaciones y propuestas para la reforma de la Ley Electoral de Castilla- La Mancha.

4. Actividades relacionadas con el Constitucionalismo Histórico.

4.1 Congreso Internacional: “La Constitución de 1812 y su difusión en Iberoamérica” (Cádiz, 24 y 25 de noviembre).

Durante los días 24 y 25 de noviembre se celebró en la Facultad de Ciencias del Trabajo de la Universidad de Cádiz el Congreso Internacional: “La Constitución de 1812 y su difusión en Iberoamérica”; dirigido por los Dres. D. Fco. Javier Díaz Revorio Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM y D. José Manuel Vera Santos, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos; y organizado por la Universidad de Castilla-La Mancha, la Universidad de Cádiz y la Universidad Rey Juan Carlos, contando con el aval de la Asociación de Constitucionalistas de España.

Este evento tenía como finalidad principal la exposición colectiva de las investigaciones llevadas a cabo desde abril de 2009 en el seno del proyecto de investigación “*La Constitución de 1812 y su influencia en América: orígenes y desarrollo del constitucionalismo español y latinoamericano*” PIII1109-006-3787, financiado por la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Comunidades de Castilla- La Mancha.

En el mencionado Congreso participaron no solo los miembros del ya reiterado proyecto, los profesores de la Universidad de Castilla-La Mancha: Francisco Javier Díaz Revorio (investigador principal del proyecto desde su inicio hasta abril de 2011 y codirector del Congreso), M^a Elena Rebato Peño (investigadora principal en la actualidad y coordinadora del Congreso), Enrique Belda Pérez-Pedrero, Jesús López de Lerma, Jesús García-Minguillán Molina, María José Majano Caño, María Martín Sánchez, M^a Pilar Molero Martín-Salas, Ana M^a Valero Heredia; los profesores de la Universidad Rey Juan Carlos, José Manuel Vera Santos (codirector del Congreso), Esther González Hernández, Félix Labrador Arroyo, David Ortega Gutiérrez y Orlando Triguero Ortiz ; los profesores de la Universidad de Cádiz, Miguel Revenga Sánchez (presidente del Congreso) y Juan Manuel López Ulla y el profesor de la Universidad de Quintana Roo (México), Juan Ignacio Hernández Mora; sino también colaboradores externos al mismo, como los profesores de la Universidad de Castilla-La Mancha, M^a Luz Martínez Alarcón y Marcos Francisco Massó Garrote; de la Universidad de Cádiz, José Luis García Ruiz (presidente honorario del Congreso), Joaquín Fernández Allés, Emilia Girón Reguera y Ana Rodríguez Gaytán.

Muy especialmente, el equipo investigador pudo contar con la aportación y presencia en el Congreso de algunos de los más prestigiosos estudiosos latinoamericanos de la materia, desde la perspectiva jurídico-constitucional o histórica; el presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires, Néstor Pedro Sagüés y el investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, D. José Luis Soberanes Fernández .

Para dar mayor agilidad al desarrollo del Congreso, éste se organizó a partir de Mesas Redondas que se celebraban a continuación de las ponencias generales de las sesiones de mañana y tarde.

Tras la inauguración del Congreso por D. José L. García Ruiz, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz se dio paso a las ponencias de los Catedráticos de D. Constitucional, D. Miguel Revenga Sánchez, de la Universidad de Cádiz, sobre los “catecismos constitucionales”; D. José M. Vera Santos, de la Universidad Rey Juan Carlos, sobre las influencias de la Constitución francesa de 1791 en la Constitución de 1812 y D. Fco. Javier Díaz Revorio de la Universidad de Castilla- La Mancha, sobre las influencias medievales y contemporáneas en el constitucionalismo latinoamericano.

A continuación se celebró la primera Mesa Redonda, moderada por D. Enrique Bélda Pérez- Pedrero, Profesor Titular de D. Constitucional de la UCLM, sobre las instituciones y poderes en la Constitución de Cádiz.

El viernes 25 de noviembre se repitió el mismo esquema y tras las ponencias de D^a M^a Elena Rebato Peño, Profesora Titular de D. Constitucional de la UCLM, sobre la confesionalidad de la Constitución de 1812 y de D. José L. Soberanes Fernández, Investigador de la UNAM, sobre la Constitución de Cádiz frente a los independentistas mexicanos, se llevó a cabo la segunda Mesa Redonda, sobre los “Principios y Derechos en la Constitución de 1812”, moderada por D^a. María Martín Sánchez, Profesora Contratada Doctora de D. Constitucional de la UCLM.

La sesión de tarde se inició con la conferencia de D. Néstor Pedro Sagüés, Catedrático de D. Constitucional de la Universidad de Buenos Aires, sobre el impacto de la Constitución de Cádiz en el constitucionalismo argentino.

La Mesa Redonda sobre la Constitución de Cádiz en la historia del Constitucionalismo, moderada por D^a M^a Pilar Molero Martín- Salas, Profesora Ayudante Doctora de la UCLM, supuso el broche de oro para este Congreso Internacional.

