



Parlamento y Constitución

Anuario

SUMARIO

I. ESTUDIOS

- Pablo Lucas Murillo de la Cueva, "La forma y la permanencia del Estado (Observaciones sobre la organización territorial del poder político)."
- José Joaquín Fernández Alles, "Territorio y Parlamento en el constitucionalismo Iberoamericano del siglo XIX: España, Chile y Argentina".
- José Luis García Guerrero, "Algunas reflexiones sobre la influencia de la Constitución española en la dominicana en materia de garantías normativas".
- Esterfania Esparza Reyes, Algunos aspectos fundamentales de Derecho Comparado sobre el derecho a la vida del nasciturus. El caso chileno: recordatorio y paralelo ad portas de una nueva sentencia del Tribunal Constitucional español."
- Javier Guillem Carrau, "Las funciones del Parlamento Europeo: los retos y las dificultades, su nuevo protagonismo en la construcción europea."

II. ARTÍCULOS Y NOTAS

- Francisco José Eguiguren Praeli, "El fortalecimiento de la democracia y del presidencialismo en la experiencia reciente de los países sudamericanos."
- Francisco Ruiz González, "Austeridad versus Representatividad en la Ley Electoral de Castilla-La Mancha."
- Eloy Espinosa-Saldáñan Barrera, "¿Tiene límites la labor del Juez(A) constitucional en un contexto como el actual?"
- Jorge O. Bercholc, "Reforma judicial y democratización de la justicia en la Argentina. La compleja articulación de la democracia y la república."
- Simón Ostadil, "La designación de los Magistrados constitucionales como garantía de su legitimidad."
- M^a Nieves Pacheco Jiménez, "Responsabilidad médica derivada de negligencia en el diagnóstico prenatal: acciones wrongful birth y wrongful life. Repercusión de la proyectada ley de protección de la vida del concebido."
- Marta Molero Martín-Salas, Mujer y discapacidad: "doble barrera" en el ámbito laboral."

III. RESEÑAS

- Feliciano Barrios Pintado, "Las Constituciones de España. Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España. (Comentario al libro de J.M. Vera Santos)."
- José María Vallejo García-Hevia, "Prensa y poder político en las Cortes de Cádiz. El proceso de aprobación de los primeros Decretos sobre la libertad de imprenta en España durante el período de 1810-1813. (Comentario al libro de J. López de Lerma)".

IV. CRÓNICAS

- Enrique Belda Pérez-Pedrero, "2012. El año del Bicentenario de la Constitución de Cádiz. La labor investigadora y divulgativa de los profesores de Derecho Constitucional en Castilla-La Mancha."
- Tomás Vidal Marín, "De nuevo las subvenciones y ayudas agrícolas ante el Tribunal Constitucional: Comentario a la STC 99/2012, de 8 de mayo."
- María Martín Sánchez, "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (2012-2013)."
- M^a del Pilar Molero Martín-Salas, "Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha (2012-2013)."
- Joaquina Guerrero Sanz, "Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria (2011-2012-2013)."
- M^a. Elena Rebato Peño, "Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario de la Universidad de Castilla-La Mancha (2012-2013)."

Año 2012-2013

Nº 15

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

Anuario



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.

NOTA DE REDACCIÓN

El Anuario "Parlamento y Constitución" no se hace responsable ni comparte necesariamente las opiniones expresadas por los diferentes autores, los cuales las formulan bajo su exclusiva responsabilidad.

PARLAMENTO Y CONSTITUCIÓN. ANUARIO

— Año 2012-2013 Nº 15 —

COLABORAN EN ESTE NÚMERO

Feliciano Barrios Pintado

Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Enrique Belda Pérez-Pedrero

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

Jorge O. Bercholle

Profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Francisco José Egiguren Praeli

Embajador de Perú en España.

Estefanía Esparza Reyes

Doctora en Derecho Constitucional Universidad de Castilla-La Mancha, Abogada UCT, Chile.

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

Magistrado del TC de Perú. Catedrático en las Universidades Pontificia Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, de Piura e Inca Garcilaso de la Vega. Profesor Principal y ex Director General de la Academia de la Magistratura (Escuela Judicial peruana).

José Joaquín Fernández Alles

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz.

José Luis García Guerrero

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

Joaquina Guerrero Sanz

Letrada del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

Javier Guillem Carrau

Letrado de las Cortes Valencianas.

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.

Marta Molero Martín-Salas

Economista del Cuerpo Superior de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. DEA en Derecho.

Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Catedrático de Derecho Constitucional. Magistrado del Tribunal Supremo.

Simon Osladil

Estudiante de Derecho de la Universidad de Passau.

M.ª Nieves Pacheco Jiménez

Profesora Contratada Doctora (acreditada) de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha.

M.ª Elena Rebato Peño

Profesora Titular de Derecho Constitucional.

Francisco Ruiz González

Catedrático de la Universidad de Castilla-La Mancha.

José María Vallejo García-Hevia

Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Tomás Vidal Marín

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

ÍNDICE

	<i>Págs.</i>
I. ESTUDIOS	
Pablo Lucas Murillo de la Cueva, <i>La forma y la permanencia del Estado (Observaciones sobre la organización territorial del poder político).</i>	11
José Joaquín Fernández Alles, <i>Territorio y Parlamento en el constitucionalismo Iberoamericano del siglo XIX: España, Chile y Argentina.</i>	37
José Luis García Guerrero, <i>Algunas reflexiones sobre la influencia de la Constitución española en la dominicana en materia de garantías normativas.</i>	71
Estefanía Esparza Reyes, <i>Algunos aspectos fundamentales de Derecho Comparado sobre el derecho a la vida del nasciturus. El caso chileno: recordatorio y paralelo ad portas de una nueva sentencia del Tribunal Constitucional español.</i>	115
Javier Guillem Carrau, <i>Las funciones del Parlamento Europeo: los retos y las dificultades, su nuevo protagonismo en la construcción europea.</i>	155
II. ARTÍCULOS Y NOTAS	
Francisco José Eguiguren Praeli, <i>El fortalecimiento de la democracia y del presidencialismo en la experiencia reciente de los países sudamericanos.</i>	183
Francisco Ruiz González, <i>Austeridad versus Representatividad en la Ley Electoral de Castilla-La Mancha.</i>	201
Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, <i>¿Tiene límites la labor del Juez(A) constitucional en un contexto como el actual?</i>	225
Jorge O. Bercholc, <i>Reforma judicial y democratización de la justicia en la Argentina. La compleja articulación de la democracia y la república.</i>	235
Simon Osladil, <i>La designación de los Magistrados constitucionales como garantía de su legitimidad.</i>	251
Mª Nieves Pacheco Jiménez, <i>Responsabilidad médica derivada de negligencia en el diagnóstico prenatal: acciones wrongful birth y wrongful life. Repercusión de la proyectada ley de protección de la vida del concebido.</i>	287
Marta Molero Martín-Salas, <i>Mujer y discapacidad: "doble barrera" en el ámbito laboral.</i>	309

III. RECENSIONES

Feliciano Barrios Pintado, <i>Las Constituciones de España. Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España. (Comentario al libro de J.M. Vera Santos)</i> .	345
José María Vallejo García-Hevía, <i>Prensa y poder político en las Cortes de Cádiz. El proceso de aprobación de los primeros Decretos sobre la libertad de imprenta en España durante el período de 1810-1813. (Comentario al libro de J. López de Lerma)</i>	351

IV. CRÓNICAS

Enrique Belda Pérez-Pedrero, 2012. <i>El año del Bicentenario de la Constitución de Cádiz. La labor investigadora y divulgativa de los profesores de Derecho Constitucional en Castilla-La Mancha</i> .	367
Tomás Vidal Marín, <i>De nuevo las subvenciones y ayudas agrícolas ante el Tribunal Constitucional: Comentario a la STC 99/2012, de 8 de mayo</i> .	389
Maria Martín Sánchez, <i>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (2012-2013)</i> .	399
Mª del Pilar Molero Martín-Salas, <i>Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha (2012-2013)</i> .	425
Joaquina Guerrero Sanz, <i>Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria (2011-2012-2013)</i> .	453
Mª. Elena Rebato Peño, <i>Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario de la Universidad de Castilla-La Mancha (2012-2013)</i> .	503

I. ESTUDIOS

SUMARIO

- **Pablo Lucas Murillo de la Cueva**, "La forma y la permanencia del Estado (Observaciones sobre la organización territorial del poder político)".
- **José Joaquín Fernández Alles**, "Territorio y Parlamento en el constitucionalismo Iberoamericano del siglo XIX: España, Chile y Argentina".
- **José Luis García Guerrero**, "Algunas reflexiones sobre la influencia de la Constitución española en la dominicana en materia de garantías normativas".
- **Estefanía Esparza Reyes**, "Algunos aspectos fundamentales de Derecho Comparado sobre el derecho a la vida del nasciturus. El caso chileno: recordatorio y paralelo ad portas de una nueva sentencia del Tribunal Constitucional español".
- **Javier Guillem Carrau**, "Las funciones del Parlamento Europeo: los retos y las dificultades, su nuevo protagonismo en la construcción europea".

LA FORMA Y LA PERMANENCIA DEL ESTADO (*)
(OBSERVACIONES SOBRE LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL PODER POLÍTICO)

Pablo Lucas Murillo de la Cueva
Magistrado del Tribunal Supremo
Catedrático de Derecho Constitucional

SUMARIO

- 1. Cataluña y el debate territorial.*
- 2. El Estado Autonómico y la crisis.*
- 3. La naturaleza política del problema y de su solución.*
- 4. Sobre las insuficiencias del sistema.*
- 5. En torno a posibles alternativas.*
- 6. La opción federal.*
- 7. La forma y la permanencia del Estado.*

(*) Las páginas que siguen proceden de la contribución del autor a los Estudios en homenaje a Giuseppe de Vergottini, de próxima publicación.

1. Cataluña y el debate territorial.

Desde hace varios años el debate territorial gira en torno a Cataluña y ha ido adquiriendo una intensidad creciente. En especial, tras las elecciones a su Parlamento del 25 de octubre de 2012 y los acontecimientos que les han seguido.

El presidente de la Generalidad de Cataluña, Artur Mas i Gavarró, que gobernaba con la mayoría relativa de su formación política *Convergència i Unió* --nacionalista y moderada-- y apoyos puntuales de otras fuerzas políticas situadas a su izquierda y a su derecha, nacionalistas o no, disolvió anticipadamente la cámara cuando faltaban más de dos años de legislatura y pidió a los electores catalanes una amplia mayoría para llevar adelante el llamado derecho a decidir. Es decir, el derecho de los catalanes a pronunciarse sobre la forma política que correspondería a la identidad nacional de Cataluña y a la soberanía que le es propia. Forma que, ya anunció el presidente Mas, debe ser la de un Estado propio dentro de Europa. Ese pronunciamiento también comprendería definir la relación de Cataluña con España¹.

No parece difícil concluir que, si la convocatoria electoral pretendía fortalecer la posición del presidente de la Generalidad y de *Convergència i Unió*, el resultado fue un fracaso pues obtuvo menos votos y menos escaños de los que tenía, de 62 pasó a 50 diputados, con lo que su dependencia de otras fuerzas políticas se ha hecho mucho mayor². Ahora bien, el pacto que alcanzó con *Esquerra Republicana de Catalunya*, partido independentista y, como dice su nombre, de izquierdas, segundo en escaños en el Parlamento catalán, aunque no en votos, pues les superan los socialistas pese a contar con un diputado menos, no sólo ha asegurado la mayoría absoluta a ambas formaciones nacionalistas, sino que ha impulsado la iniciativa de promover una consulta al electorado de Cataluña para que tome esa decisión, la cual ha de ser la independencia para *Esquerra*.

Mientras tanto el Gobierno de la Generalidad está promoviendo actuaciones encaminadas a dotarse de "estructuras de Estado" y ha creado un Consejo Asesor para la Transición Nacional al que ha encomendado la elaboración de informes no sólo para justificar jurídicamente la convocatoria de esa consulta sino, tam-

1 En www20.gencat.cat/portal/site/governacio, en la pestaña *Transició nacional*, se encuentra toda la información relevante: textos legales, jurisprudencia, informes y otros documentos, así como acceso al Foro sobre el derecho a decidir.

2 Los resultados se pueden consultar en www20.gencat.cat/portal/site/governacio.

bién, para indicar las alternativas posibles en función de su resultado³. Asimismo, el presidente Mas, aceptando las exigencias de su socio parlamentario, ha fijado el año 2014 como marco temporal insuperable para llevarla a cabo. Y, de acuerdo con él --y, también, con Iniciativa por Cataluña-Los Verdes y con la Candidatura de Unidad Popular-*Alternativa d'Esquerres*--, ha establecido las dos preguntas que se someterían a los catalanes⁴. La primera, "¿Quiere usted que Cataluña sea un Estado?", a la que se respondería sí o no. Y la segunda, de prosperar la contestación afirmativa a la anterior: ¿Quiere que Cataluña sea un Estado independiente?

En fin, el Parlamento de Cataluña --que, en una legislatura anterior y bajo una mayoría diferente, ya había aprobado la Ley 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum, la cual incluía "las cuestiones políticas de especial trascendencia para la ciudadanía en el ámbito de las competencias de la Generalidad"-- proclamó la soberanía del pueblo de Cataluña y su derecho a decidir el 23 de enero de 2013⁵. Ley y resolución recurridas por el Gobierno ante

3 En www20.gencat.cat/portal/site/governacio, *Transició nacional* están las normas que lo regulan y e información sobre sus actuaciones.

4 El acuerdo se cerró el 18 de diciembre de 2013. También se ha precisado que será el 9 de noviembre de 2014 cuando deba celebrarse la consulta.

5 Esa declaración, que está precedida por un preámbulo y cuyo texto completo puede leerse en el *Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña*, nº 13, de 24 de enero de 2013 y, también, en www.parlament.cat/actualitat/RS_X_sobirania.pdf, es la siguiente:

"DECLARACIÓ DE SOBIRANIA I DEL DRET A DECIDIRDEL POBLE DE CATALUNYA

D'acord amb la voluntat majoritària expressada democràticament pel poble de Catalunya, el Parlament de Catalunya acorda iniciar el procés per a fer efectiu l'exercici del dret a decidir per tal que els ciutadans i les ciutadanes de Catalunya puguin decidir llur futur polític col·lectiu, d'acord amb els principis següents:

Primer. Sobiranía. El poble de Catalunya té, per raons de legitimitat democràtica, caràcter de subjecte polític i jurídic sobirà.

Segon. Legitimitat democràtica. El procés de l'exercici del dret a decidir serà escrupolosament democràtic i garantirà especialment la pluralitat i el respecte de totes les opcions, per mitjà de la deliberació i el diàleg en el si de la societat catalana, amb l'objectiu que el pronunciament que en resulti sigui l'expressió majoritària de la voluntat popular, que serà el garant fonamental del dret a decidir.

Tercer. Transparència. Es facilitaran totes les eines necessàries perquè el conjunt de la població i la societat civil catalana tingui tota la informació i el coneixement adequat per a exercir el dret a decidir i perquè es promogui la seva participació en el procés.

Quart. Diàleg. Es dialogarà i es negociarà amb l'Estat espanyol, amb les institucions europees i amb el conjunt de la comunitat internacional.

Cinquè. Cohesió social. Es garantirà la cohesió social i territorial del país i la voluntad expressada en múltiples ocasions per la societat catalana de mantenir Catalunya com un sol poble.

Sisè. Europeisme. Es defensaran i es promouran els principis fundacionals de la Unió Europea, particularment els drets fonamentals dels ciutadans, la democràcia, el compromís amb l'estat del benestar, la solidaritat entre els diferents pobles d'Europa i l'aposta pel progrés econòmic, social i cultural.

Setè. Legalitat. S'utilitzaran tots els marcs legals existents per a fer efectiu l'enfortiment democràtic i l'exercici del dret a decidir.

el Tribunal Constitucional.

Su sentencia 42/2014 ha declarado inconstitucional y nulo el principio primero de la declaración ("soberanía"). Asimismo, ha dicho que no son inconstitucionales sus referencias al derecho a decidir si se interpretará como expresión de una aspiración política a lograr democráticamente y respetando la constitución. Por otro lado, el Parlamento de Cataluña tramita una Proposición de Ley de Consultas Populares no referendarias y Participación Ciudadana que permitiría preguntar a los ciudadanos por su opinión sobre "una determinada actuación, decisión o política pública mediante votación". El Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña X Legislatura nº366, de 17 de julio de 2014 publica el dictamen de la Comisión de Asuntos Institucionales.

La convocatoria electoral anticipada, dados los términos en que se planteó, y los hechos que desde entonces se han sucedido han añadido dramatismo a la situación pero la verdad es que el problema de la organización territorial y, en particular, la posición de Cataluña en su seno, encauzado por la Constitución y el Estatuto de Autonomía de 1979, ya estaba planteado y venía agudizándose en los años precedentes⁶.

Digo problema porque realmente lo es. Lo ha sido históricamente e históricamente ha querido resolverse: democráticamente, en 1931, o por la fuerza en 1936 por no mencionar episodios anteriores de nuestra trayectoria como país, en particular la experiencia republicana federal del 1873 y su proyecto de Constitución, también, federal.

La Constitución de 1978 afrontó directamente la cuestión y mediante un pacto que formó parte del consenso general que presidió su elaboración y aprobación, sentó las bases para un proceso de descentralización territorial del poder político

Vuitè. Paper principal del Parlament. El Parlament, com a instituciò que representa el poble de Catalunya, té un paper principal en aquest procés i, per tant, s'han d'acordar i concretar els mecanismes i les dinàmiques de treball que garanteixin aquest principi.

Novè. Participació. El Parlament de Catalunya i el Govern de la Generalitat han de fer participants actius de tot aquest procés el món local i el màxim de forces polítiques, d'agents econòmics i socials i d'entitats culturals i cíviques de Catalunya, i han de concretar els mecanismes que garanteixin aquest principi.

El Parlament de Catalunya encoratja tots els ciutadans i ciutadanes a ésser protagonistas actius del procés democràtic d'exercici del dret a decidir del poble de Catalunya".

6 Cataluña como problema es el título del número monográfico dedicado a la cuestión por *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 42/2014. En él se abordan las interpretaciones de la historia, las balanzas fiscales y la financiación y, desde luego, los aspectos jurídicos de la cuestión.

basado en los principios de unidad, autonomía y solidaridad. La Constitución, digo, sentó las bases porque no trazó un mapa, no identificó qué comunidades se constituirían, ni precisó quiénes o qué eran esas nacionalidades y regiones que reconocía en el seno de la nación española y a las que su artículo 2 atribuía el derecho a la autonomía⁷, sino que dejó a la iniciativa municipal y provincial su ejercicio, llevó a los estatutos de autonomía la identificación colectiva de las Comunidades Autónomas en formación, así como la medida concreta de sus competencias. Además, favoreció y facilitó el acceso al autogobierno de Cataluña, el País Vasco y Galicia por razón de haber plebiscitado durante la II República sus respectivos estatutos de autonomía, aunque tras este argumento se hallara el hecho de la existencia, especialmente en Cataluña y en el País Vasco, de partidos políticos nacionalistas con una importante implantación, a los que se quiso integrar en el acuerdo constitucional.

Sabemos los pormenores del trayecto que ha conducido al Estado autonómico y que, en su sustancia, se caracteriza por una intensa descentralización política, garantizada por el texto fundamental y por su intérprete supremo, el Tribunal Constitucional. Y, también, sabemos que hay acuerdo en calificar a esa forma de Estado --que la Constitución no define en sus rasgos concretos-- de materialmente federal. Es decir, partípice de los elementos que caracterizan a los ordenamientos de ese tipo⁸.

A ese resultado se ha llegado tras la rápida creación de las Comunidades Autónomas en una primera fase que termina en 1983 cuando organizan ya todo el territorio⁹, en la que se superó en Andalucía la limitación temporal impuesta por la Constitución al acceso a los máximos niveles competenciales, previsto inicialmente sólo para los territorios que en el pasado plebiscitaron un estatuto de autonomía (Cataluña, País Vasco y Galicia), las llamadas nacionalidades históricas¹⁰.

7 Luciano Vandelli, *L'ordinamento regionale spagnolo*. Giuffrè, Milán, 1982 [Fernando López Ramón y yo lo tradujimos al castellano: *El ordenamiento español de las Comunidades Autónomas*. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1983], estudió con acierto la solución constitucional. Su tratamiento exhaustivo se encuentra en Santiago Muñoz Machado, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas* (2.vols.). Civitas, Madrid, 1980. Hay una segunda edición en 2007.

8 Por ejemplo, los que precisa Giuseppe de Vergottini, *Diritto Costituzionale Comparato*^{8ªed.} Cedam, vol. I, págs. 430 ss.

9 Con los añadidos de los Estatutos de Ceuta y Melilla, aprobados en 1995, respectivamente por las Leyes Orgánicas 1 y 2/1995, de 13 de marzo, pero que no las erigen en Comunidades Autónomas, sino en ciudades autónomas con un régimen especial dada su situación geográfica y política.

10 Sin ser una "nacionalidad histórica", gracias a la movilización extraordinaria del electorado, Andalucía accedió a las máximas cotas competenciales desde el primero momento. Véase sobre ello: Pablo Lucas Murillo de la Cueva (coord.), *La conquista de la autonomía*. Tecnos, Madrid, 2003. Agustín Ruiz Robledo, *El ordenamiento jurídico andaluz*. Civitas, Madrid, 1991.

Posteriormente, cuando ya habían transcurrido más cinco años desde su entrada en vigor, los estatutos de las Comunidades que no pudieron acceder desde el principio al máximo nivel de competencias, fueron reformados a partir de 1992, conforme al artículo 148.2 de la Constitución, con lo que se produjo un proceso de igualación a cuyo término desaparecieron la mayor parte de las diferencias entre Comunidades debidas a la forma en que se constituyeron y se difuminó, especialmente, la singularidad de las que contaban con un sistema político específico protagonizado por partidos y fuerzas políticas nacionalistas hegemónicas (Cataluña y el País Vasco)¹¹. El posterior pacto local de 1999 que quiso reforzar la autonomía municipal completa los elementos del escenario territorial¹².

Ahora bien, en torno a 2000 toman cuerpo dos planteamientos relevantes de signo contrario.

De una parte, se consideró sustancialmente terminado el proceso de transferencias a las Comunidades Autónomas y se suscitó la cuestión de cerrar o terminar el Estado autonómico, precisando con claridad las competencias exclusivas del Estado y dotando a los órganos centrales de mecanismos eficaces de coordinación y unificación. Se trataba de acabar con la que se veía como una excesiva diversificación organizativa y competencial que se tenía como obstáculo a la dirección política y económica del país. Tal posición, que venía siendo defendida en sede académica por diversos autores¹³, fue asumida también por la mayoría que entonces gobernaba --del Partido Popular-- y se manifestó políticamente en el enfrentamiento con los partidos nacionalistas en el poder en el País Vasco y en Cataluña, empeñados en robustecer su autogobierno.

En efecto, y aquí está el otro planteamiento, ya antes de que se produjera ese giro en las posiciones del ejecutivo de Madrid presidido por José María Aznar y sostenido

11 Francisco Tomás y Valiente, *La primera fase de la construcción del Estado de las Autonomías (1978-1983)*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 36 (II)/1993, págs. 45 ss.

12 Sobre el pacto local, véase José Manuel Rodríguez Alvarez, *La reforma del régimen local de 1999*. Bayer, Barcelona, 1999; y Antonio Calonge Velásquez, Teodosio González y Alfredo Allué Buiza, *El Pacto Local de 1999. Medidas para el desarrollo del gobierno local*. Comares, Granada, 2000.

13 Francisco Rubio Llorente, *Sobre la conveniencia de terminar la Constitución (Antes de acometer su reforma)* en *Claves de Razón Práctica*, nº 25/1992. Ahora en su obra *La forma del poder*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, 165-175. De esta cuestión tratan los trabajos de Gumersindo Trujillo, Luis López Guerra, Francesc de Carreras Serra, Javier García Roca, Enrique Álvarez Conde y Teresa Freixes San Juan, en el volumen *Asimetría y cohesión en el Estado autonómico. Jornadas sobre el Estado autonómico: integración y eficacia*. INAP; Madrid, 1997.

ahora por una mayoría absoluta¹⁴, desde el País Vasco, con más fuerza, y desde Cataluña se planteó la demanda de superiores y privativos niveles de autonomía a partir de la existencia en esas Comunidades Autónomas de los que se llamaron "hechos diferenciales"¹⁵, en esencia, lengua y cultura propias, además de la castellana, que daban a sus sociedades una personalidad singular. Esas tensiones se prolongaron durante toda la legislatura 2000-2004 y están en la génesis, de un lado, del llamado *Plan Ibarretxe*¹⁶ y, de otro, del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006.

El primero, que consistía en una *Propuesta de Estatuto Político para la Comunidad de Euskadi basada en la libre asociación con España*¹⁷, aprobado por mayoría por el Parlamento Vasco, fracasará ante el Congreso de los Diputados, que rechazó tramitarlo como modificación del Estatuto de Autonomía¹⁸, además de por ser incompatible con la Constitución en sus aspectos principales, porque era fruto de un acuerdo entre nacionalistas del que se habían quedado al margen el Partido Popular y el Partido Socialista de Euskadi. El segundo --que abrirá una ola de reformas en otras Comunidades Autónomas y conducirá a los llamados estatutos de la segunda generación¹⁹-- se verá seriamente afectado por la sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional.

Hay que decir que el camino que lleva al nuevo Estatuto de Autonomía de Ca-

14 En la legislatura 1996-2000, en la que ninguna fuerza política logró la mayoría absoluta, José María Aznar López logró la investidura del Congreso de los Diputados sumando a los votos de su partido y de Unión del Pueblo Navarro, los de *Convergencia i Unió*, el Partido Nacionalista Vasco y Coalición Canaria.

15 Eliseo Aja, *Estado autonómico: federalismo y hechos diferenciales*^{2^{ed.}} Alianza, Madrid, 2003.

16 Conocido por el primer apellido del entonces *lehendakari* Juan José Ibarretxe Markoartu, que lo propuso con el acuerdo de su partido, el Partido Nacionalista Vasco y de otras fuerzas nacionalistas, incluidas las próximas a los planteamientos de la organización terrorista ETA. Sobre el Plan Ibarretxe y su peripécia, véase la obra colectiva: *Estudios sobre la propuesta política para la convivencia del lehendakari Ibarretxe*. Instituto Vasco de Administración Pública. Oñate, 2003; también los trabajos publicados en *Cuadernos de Alzate. Revista Vasca de la cultura y las ideas*, nº 37/2007 y los incluidos en *Civitas Europa. Revue juridique sur l'evolution de la nation et de l'Etat en Europe. Revista jurídica sobre la evolución de la nación y del Estado en Europa. Legal Journal on the development of nation and State in Europe*, nº 12/2004.

17 Pueden consultarse la inicial propuesta del Gobierno Vasco y el texto aprobado por el Parlamento de Vitoria en www.parlamento.euskadi.net.

18 En la sesión plenaria de 1 de febrero de 2005. Tienen gran interés las intervenciones que se produjeron en ella, recogidas en el *Diario de Sesiones de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados* nº 65, de ese día, págs. 3089 ss.

19 La más importante es la de Andalucía --la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, aprobó su nuevo estatuto-- que, sin ser idéntico al de Cataluña, lo sigue de cerca. Además, han sido objeto de modificaciones recientes los de la Comunidad Valenciana (Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril), Islas Baleares (Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero), Aragón (Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril), Castilla y León (Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre) y Extremadura (Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero).

taluña arranca con la mayoría surgida de las elecciones autonómicas de 2003 y la formación de un gobierno tripartito en sustitución del que había controlado desde 1980 *Convergència i Unió*. Así, a los nacionalistas moderados les sustituirá en la Generalidad de Cataluña hasta las elecciones del 28 de noviembre de 2010 --cuyos resultados permitirán a *Convergència* recuperar el Gobierno con una mayoría relativa presidido por el Sr. Mas i Gavarró-- una coalición de izquierdas formada por el *Partit dels Socialistes de Catalunya*, organización federada al Partido Socialista Obrero Español, *Esquerra Republicana de Catalunya e Iniciativa per Catalunya-Les Verts*, a cuyo frente estará el nuevo presidente, el socialista Pasqual Maragall Mira. Para esa nueva mayoría, la elaboración de un nuevo estatuto se convertirá pronto en su principal bandera en un contexto de confrontación con el Gobierno de Madrid en manos del Partido Popular. La contraposición ideológica entre izquierda y derecha se verá acompañada por la dialéctica centralización-descentralización y, en ese escenario, el entonces dirigente del Partido Socialista Obrero Español, José Luis Rodríguez Zapatero, asumió con entusiasmo, desde la oposición, la operación estatutaria y comprometió su apoyo al texto que aprobara el Parlamento de Cataluña.

El Estatuto de Autonomía de Cataluña vio finalmente la luz.

Aprobado por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio²⁰, fue fruto de amplio acuerdo en el Parlamento de Cataluña, pues se sumó a él *Convergència i Unió*, pero no contó con el del Partido Popular, que sostuvo la inconstitucionalidad de muchos de sus preceptos. De ahí que un grupo de sus diputados lo recurriera ante el Tribunal Constitucional. También fue objeto de otras impugnaciones promovidas, una por el Defensor del Pueblo y las restantes, respecto de extremos puntuales, por Comunidades Autónomas limítrofes o que se consideraron afectadas por algunas de sus previsiones²¹. La citada sentencia 31/2010 acogió formalmente

20 Esta Ley Orgánica se presenta a sí misma como "de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña" pero, en realidad, aprueba un texto absolutamente níveo. Frente a los 57 artículos, siete disposiciones adicionales y ocho transitorias del Estatuto de 1979, el vigente cuenta con 223, además de quince disposiciones adicionales, una transitoria, otra derogatoria y cuatro finales.

21 La STC 46/2010 desestimó el recurso de inconstitucionalidad de la Diputación General de Aragón que combatía las previsiones estatutarias sobre la gestión del Archivo de la Corona de Aragón. La STC 47/2010 desestimó el interpuesto por el Consejo de Gobierno de las Islas Baleares, también a propósito de la gestión de ese archivo. La STC 48/2010 rechazó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consell de la Comunidad Valenciana. La STC 49/2010 desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de Murcia respecto de la competencia en materia de aguas. La STC 138/2010 rechazó el recurso de inconstitucionalidad del Consejo de Gobierno de La Rioja, que cuestionaba las normas sobre competencias en materia de aguas y aspectos del sistema de financiación. Y la STC 137/2010 estimó en parte el recurso de inconstitucionalidad del Defensor del Pueblo pero no aportó novedades significativas respecto de la STC 31/2010.

en parte el recurso de los parlamentarios del Grupo Popular y, si bien es cierto que declaró nulos muy pocos preceptos del Estatuto --solamente un artículo, el 97, en su totalidad y de otros once artículos algunos apartados, incisos o, incluso, alguna palabra--, también es verdad que reinterpretó un gran número de ellos y que lo hizo de tal manera que el Estatuto después de esta sentencia del Tribunal Constitucional es distinto del que fue aprobado por abrumadora mayoría en el Parlamento de Cataluña, ratificado por el Congreso de los Diputados, después de introducir modificaciones de importancia, y refrendado por los catalanes²².

Esta circunstancia explica el amplio rechazo que produjo en Cataluña el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, no sólo por lo que supone de limitación o recorte de aspectos considerados esenciales para la demanda de autogobierno que se quiso satisfacer mediante el nuevo Estatuto sino, sobre todo, porque la sentencia, además de declarar inconstitucionales algunos extremos y señalar en muchos otros que el Estatuto no es inconstitucional siempre que se interprete en un determinado sentido o no se entienda de una concreta manera, se detiene en declarar que carecen de toda virtualidad jurídica interpretativa las referencias del preámbulo a Cataluña como nación y a la realidad nacional de Cataluña. Declaración a la que llega después de insistir, en unos términos en exceso enfáticos, en que constitucionalmente no hay más nación que la española. Esa negación de la nación catalana ha sido uno de los aspectos más aprovechados para movilizar una opinión pública ya sensibilizada y para plantear un conflicto de identidades que, por sus implicaciones sentimentales, tiene una gran fuerza de atracción y para el que no son necesarios especiales argumentos sino solamente la exaltación de la emotividad.

Seguramente, en el itinerario que lleva a esta sentencia del Tribunal Constitucional, dictada cuatro años después de interpuesto el recurso de inconstitucionalidad, en un proceso cuajado de recusaciones, de las que una prosperó²³,

22 De entre los numerosos estudios que se han ocupado de esta sentencia, destacan los publicados en el nº 43/2011 de la *Revista Catalana de Dret Public*, monográfico titulado "*Justícia constitucional i estats compostos: reflexions a partir de la sentència del Tribunal Constitucional sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya*", y en *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*", nº 15/2010, monográfico sobre *El Tribunal Constitucional y el Estatut*.

23 El magistrado Pablo Pérez Tremps., catedrático de Derecho Constitucional, fue recusado por los recurrentes porque años antes de pertenecer al Tribunal Constitucional había elaborado para un organismo de la Generalidad de Cataluña, el *Institut d'Estudis Autonomics*, un dictamen sobre las relaciones de la Generalidad de Cataluña con la Unión Europea y sobre la acción exterior de la Generalidad de Cataluña. Dictamen que, junto a los de otros juristas, sirvió para que el *Institut* remitiera al Parlamento de Cataluña propuestas normativas, luego incluidas en el Estatuto. El Pleno del Tribunal Constitucional por auto 26/2007, al que acompañan siete votos particulares, cinco discrepantes y dos concurrentes, aceptó la recusación del magistrado Pérez Tremps en el recurso de inconstitucionalidad de los parlamentarios del Grupo Popular.

y seguido con intensidad por los medios de comunicación, se encuentran errores de absolutamente todos los actores políticos e institucionales que han intervenido directa o indirectamente en el proceso iniciado por la operación estatutaria. Por eso, no parece posible individualizar las responsabilidades ya que, aun aceptando que las haya de mayor y de menor grado, ha sido la concurrencia de todas la que nos ha llevado a la situación presente.

Expresada en pocas palabras, puede describirse diciendo que, tras la sentencia 31/2010, el Estatuto de Autonomía de Cataluña que, ciertamente tenía muchos contenidos que iban más allá de lo que la Constitución consiente, ha sido privado de buena parte de su sustancia. Pero el perjuicio principal es de carácter político y tiene que ver con los factores antes mencionados.

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional ha impulsado, desde luego, la creciente desafección sentida por muchos catalanes hacia España en los últimos años. Desafección atizada demagógicamente desde los sectores nacionalistas. Primero, mientras se sustanciaba el recurso de inconstitucionalidad, presentándolo como un ataque a Cataluña, empeño facilitado por algunas manifestaciones que de modo irreflexivo hicieron desde el resto de España. Además, a la defensa del Estatuto o, mejor, al agravio sentido por su devaluación, se ha unido la protesta contra el vigente sistema de financiación autonómica al que se atribuye el efecto de privar a los catalanes de los recursos necesarios para atender los servicios que precisan en tiempos de crisis económica y transferir lo que se les quita a Comunidades Autónomas menos activas e industriosas²⁴. Argumento éste último, apoyado en datos en parte ciertos, sumamente útil, además, para trasladar a "Madrid", la responsabilidad por los efectos negativos que trae consigo la crisis financiera de la Generalidad de Cataluña, a la que no han sido ajenos sus gobernantes.

Unidos ambos motivos a la tradicional queja por la insatisfacción de las demandas nacionalistas de instituciones políticas que expresen adecuadamente la personalidad nacional de Cataluña y de afirmación de la lengua y de la cultura

24 Solamente poseen --y, porque lo permite la disposición adicional primera de la Constitución-- un régimen de financiación singular el País Vasco y Navarra. En esas dos Comunidades, no es la Administración estatal la que recauda los tributos del Estado, sino sus instituciones privativas, las cuales, anualmente satisfacen al Estado el cupo o cantidad correspondiente a los servicios por él prestados. Una Ley de las Cortes Generales establece el método para calcularlo, el cual es objeto de revisiones periódicas. En las Cortes Constituyentes, los nacionalistas catalanes no reivindicaron un sistema de financiación de esta naturaleza y participaron del consenso general que lo limitaba a vascos y navarros. El régimen económico y fiscal de Canarias, al que da fundamento la disposición adicional tercera de la Constitución, no guarda relación con los anteriores.

propias, no ha sido difícil proyectarlos todos a la hora de presentar la sentencia como la muestra definitiva de que el ordenamiento constitucional español no ofrece ya el encaje que Cataluña necesita.

Naturalmente, no se trata de una constatación jurídica sino de su instrumentalización política, explotada con suma habilidad y facilitada, como se ha dicho, por la negación de la personalidad nacional de Cataluña en que se detiene la sentencia a propósito de un texto, el preámbulo del Estatuto, que carece de efectos jurídicos propios, y que tampoco iba mucho más allá de lo que ya había afirmado en proposiciones no de Ley el Parlamento de Cataluña desde 1990.

Paralelamente, el destrozo del enfrentamiento habido a propósito del Estatuto de Autonomía de Cataluña incluye, a manera de daños colaterales, los relacionados con el hecho de que el vigente Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007 --por nadie impugnado aunque se tramitó casi en paralelo al de Cataluña y se inspiró en él-- contiene disposiciones semejantes a las de éste que han sido declaradas nulas o reinterpretadas por el Tribunal Constitucional. Así, tenemos la singular circunstancia de que perviven formalmente en Andalucía, normas que han sido declaradas inconstitucionales en Cataluña.

Hasta hace relativamente poco tiempo, era del País Vasco de donde procedían los principales retos para la forma de Estado. Sin embargo, fracasado el *Plan Ibarretxe*, las elecciones al Parlamento de Vitoria de 2009, a las que no concurrió buena parte de la izquierda *abertzale*²⁵, permitieron a socialistas y a populares lograr un acuerdo que propició la alternancia, tras treinta años de hegemonía del Partido Nacionalista Vasco, y la formación de un gobierno monocolor socialista presidido por Patxi López Álvarez. Aunque las elecciones de 2012 han devuelto la mayoría a los nacionalistas, en el intervalo se ha consumado la derrota de ETA. Las consecuencias políticas de este acontecimiento y la experiencia negativa de la política de confrontación seguida por el Gobierno de Vitoria en manos del Partido Nacionalista Vasco desde finales de los años noventa, en buena medida en la raíz de los resultados de 2009 que le llevaron a la oposición, han orientado en otra dirección las demandas de autogobierno en esta Comunidad.

Así, pues, han sido, finalmente, el embate representado por la apuesta catalana por un Estado propio y la consiguiente reclamación de su derecho a decidir al res-

25 Por haber sido declaradas ilegales por el Tribunal Supremo en juicio confirmado por el Tribunal Constitucional sus candidaturas al considerarlas una prolongación política de la organización terrorista ETA.

pecto en una consulta a convocar por la Generalidad de Cataluña el 9 de noviembre de 2014, los que han terminado replanteando no sólo la forma de organización territorial del poder político construida a partir de la Constitución de 1978, sino la propia permanencia del Estado, de España como realidad política tal como se ha configurado históricamente.

2. El Estado autonómico y la crisis.

Las gravísimas dificultades económicas en las que nos hallamos inmersos desde hace varios años han agudizado todos los problemas políticos y sociales existentes y creado otros nuevos. Sin embargo, los desajustes territoriales no son consecuencia de la crisis general que estamos atravesando. Son anteriores. Por otra parte, no es cierto que la crisis sea consecuencia en España del Estado autonómico o que se vea notablemente agravada por su causa. Su superación no exige, pues, volver atrás para centralizar nuevamente el poder político.

La Constitución vinculó la autonomía territorial a los demás elementos identificadores del ordenamiento jurídico que fundamenta. El nexo, la conexión que traba entre ellos es esencial de tal manera que, a la postre, el Estado de Derecho, la democracia representativa y el Estado social son indisociables del Estado autonómico y éste lo es de ellos.

Por eso, el desarrollo de la Constitución territorial²⁶ ha corrido en paralelo al desarrollo del Estado de Derecho. Así, la distribución territorial del poder, que se llevó a cabo con notable rapidez, acompañó a la que, horizontalmente se produjo entre el legislativo, el ejecutivo y el judicial y a la pronta creación del Tribunal Constitucional y del Consejo General del Poder Judicial. Ese reparto vertical ha supuesto, ciertamente, nuevos mecanismos de limitación del poder de los gobernantes. No es necesario recordar ahora la virtualidad que tienen a tales efectos las técnicas de descentralización política, ni la conveniencia de aprovecharlas en un país que salía de un prolongado régimen de dominación personal.

La construcción del Estado autonómico también ha ido de la mano de la construcción del Estado social. Las Comunidades Autónomas han pasado a ser sus elementos fundamentales ya que son las competentes para prestar servicios pú-

26 Sobre ella, véase Pedro Cruz Villalón, *La curiosidad del jurista persa y otros escritos sobre la Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, págs. 395 ss.

blicos tan esenciales como la educación y la sanidad así como la asistencia social. De ahí que les sea imputable un muy elevado gasto público, el que exigen un sistema educativo que garantiza la enseñanza básica gratuita y un sistema nacional de salud que ha venido prestando asistencia sanitaria universal. Y otro tanto cabe decir desde la perspectiva de la democracia representativa, pues la creación de las Comunidades Autónomas ha abierto nuevos espacios de representación y de participación política.

El Estado autonómico forma, pues, un solo cuerpo con el Estado social y democrático de Derecho en que se ha constituido España. Ignorarlo es ignorar la esencia de la Constitución ya que sin descentralización territorial se rompe el pacto constituyente, se rompe el contrato social que ha presidido más de treinta años de progreso político, económico, social y cultural. El tiempo que media entre un país más pobre y el que ahora tenemos o, si se quiere, el tiempo en que se ha producido la modernización de España. El Estado autonómico no ha sido obstáculo a ese éxito sino que ha contribuido a lograrlo, forma, incluso, parte de él.

Sucede, no obstante, que a pesar de lo que se acaba de indicar, la profundidad de la crisis económica, está arrastrando a las instituciones públicas y potencia la búsqueda de soluciones de signo contrario a la que se está ensayando en Cataluña, las que proponen lo que se está llamando la recentralización del Estado. Ambas ofrecen la ventaja de identificar un responsable de todos los males y, desde esa simplificación, proponen medidas igualmente simples para atajarlos sin tener que reflexionar sobre la propia parte de responsabilidad ni asumir la complejidad subyacente. Así, según la posición que se ocupe o es el Estado, "Madrid", o el despilfarro autonómico el culpable y, por tanto, la solución es bien sencilla: cortar con "Madrid" o reducir drásticamente, si es que no se puede suprimir, el autogobierno territorial.

Nadie discute que hoy en día toda la urgencia está en superar una situación económica crítica por la imperiosa necesidad, a la que concurren razones de justicia y de paz social, de reactivar la actividad empresarial, reducir sustancialmente el desempleo y mitigar las consecuencias sociales que conlleva. Y es de desear un pronto éxito en esos esfuerzos. De alcanzarse, se produciría seguramente otra consecuencia saludable para lo que ahora consideramos: un clima de mayor sosiego en el que afrontar en mejores condiciones los delicados problemas de la estructura del Estado que están planteados. No parece, sin embargo, que el ritmo de lo uno y lo otro pueda acompañarse.

3. La naturaleza política del problema y de su solución.

Una vez comprobado que el resultado electoral del 25 de octubre de 2012 no ha concedido más tiempo para arreglar el problema planteado en Cataluña, sino todo lo contrario desde el momento en que el pacto entre *Convergència i Unió* y *Esquerra Republicana de Catalunya* ha relanzado, ahora con el impulso de los republicanos, el proceso a favor del derecho de decidir, es necesario afrontarlo directamente sin perder un instante. No basta con los recursos ante el Tribunal Constitucional. Desde luego, puede, como ya ha hecho, declarar inconstitucionales textos legales, cautelarmente suspender de la resolución del Parlamento de Cataluña que declara la soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña,²⁷ declarar inconstitucional parte de su contenido, tal como hecho la sentencia 42/2014 o que la Generalidad de Cataluña no tiene competencia para convocar una consulta referendaria, según hizo ya la sentencia 103/2008 con la Ley vasca que daba cauce formal al Plan Ibarretxe²⁸. Ahora bien, estos remedios

27 Recurrida por el Gobierno, la providencia de 7 de mayo de 2013 la tuvo por suspendida, pues este efecto se produce *ope Constitutionis* cuando el Gobierno invoca el artículo 161.2 del texto fundamental y el auto de 11 de julio de 2013 la ha mantenido.

28 La mera convocatoria de un referéndum o consulta para que los catalanes se pronuncien sobre su futuro en los términos pretendidos, es claro que no queda a la disposición de la Generalidad de Cataluña. En efecto, el artículo 149.1.32^a de la Constitución incluye entre las competencias exclusivas del Estado "la autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum" y, antes, su artículo 92 reserva al presidente del Gobierno de España, previa autorización del Congreso de los Diputados, la propuesta al Rey de la convocatoria de un referéndum consultivo de todos los ciudadanos sobre las decisiones políticas de especial trascendencia. Este mecanismo, utilizado dos veces hasta ahora --en 1984, a propuesta del presidente Felipe González sobre la permanencia de España en la OTAN y en 2005, a propuesta del presidente José Luis Rodríguez Zapatero, sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa-- con anterioridad no permite a la Generalidad de Cataluña llevar a cabo, si no hay acuerdo con el Gobierno central, la consulta en condiciones de legalidad.

La sentencia del Tribunal Constitucional 103/2008 ha confirmado el régimen jurídico vigente en la materia y la necesidad de que exista entendimiento entre la Comunidad Autónoma y el Estado para que pueda prosperar una iniciativa como la pretendida por mayoría gobernante en Cataluña. En efecto, en esa ocasión se declaró inconstitucional la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, "de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política".

Importa destacar que el Tribunal Constitución dijo al respecto que "A la luz del marco normativo expuesto resulta que la concreta convocatoria del cuerpo electoral que realiza la Ley del Parlamento Vasco 9/2008 se lleva a cabo sin apoyo en un título competencial expreso. Por otra parte, tal convocatoria, que sustituye la autorización del Estado por la dispensada inmediata y exclusivamente por el Parlamento autonómico, tampoco puede basarse en inexistentes títulos implícitos. En efecto, tal convocatoria no puede ampararse en genéricas potestades implícitas vinculadas al principio democrático, al entrar éstas en colisión con competencias expresamente atribuidas a otro ente, como ocurre en el presente caso con la que al Estado atribuye el art. 149.1.32^a. Por otra parte tampoco puede amparar la convocatoria el art. 9.2 e) EAPV y su referencia a la obligación de los poderes públicos vascos de facilitar "la participación de todos los ciudadanos en la

u otros semejantes no sirven para atajar el principal problema, que es esencialmente político: la existencia de un amplio y, según parecen indicar muchos datos, creciente clima de insatisfacción entre los catalanes sobre la relación actual de Cataluña con el resto de España.

No debe pasarse por alto, además, que, al fin y al cabo, de no tener otra alternativa, el presidente de la Generalidad de Cataluña siempre podrá plantear esa consulta mediante la convocatoria de elecciones al Parlamento de Cataluña, convirtiéndolas así en una suerte de plebiscito. Tampoco debe ignorarse que los sentimientos sobre la identidad colectiva no son susceptibles de tratamiento jurídico. El problema político planteado requiere, ante todo, una respuesta política inmediata --aunque deba ir seguida de alternativas jurídicamente fundadas-- para evitar que siga ahondándose y se llegue a un punto sin retorno que puede manifestarse de diversas formas, una de las cuales es la que ha señalado Santiago Muñoz Machado²⁹: la inaplicación general de la Constitución y de las leyes del Estado y la desatención total de cualquier decisión de cualquier clase que afecte a las opciones políticas de los gobernantes catalanes.

La solución, por otra parte, no puede ser particular ya que guarda relación con la estructura del actual ordenamiento territorial. El catalán es ahora, en efecto, la parte más visible e importante de un problema general, de España en su conjunto, del Estado autonómico tal como lo conocemos.

Las tensiones en la organización territorial del Estado, recordémoslo, preexistían al reto catalán y, también, a la crisis porque el Estado descentralizado, de tipo federal que hemos construido a partir de los preceptos de la Constitución llenando, con los estatutos de autonomía, las leyes y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los huecos que dejó el texto de 1978³⁰ es sumamente complejo.

vida política, económica, cultural y social del País Vasco", puesto que, como ya dijimos en la STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5, dicho precepto "no atribuye una específica competencia a los poderes públicos vascos, sino que se limita a subrayar una obligación que deben observar todos los poderes públicos, centrales y autonómicos, en el ejercicio de las atribuciones que a cada uno de ellos reconoce el ordenamiento jurídico". Y la competencia controvertida en este procedimiento es, por cuanto se lleva dicho, exclusiva del Estado".

29 Santiago Muñoz Machado, "La cuarta vía", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 42/2014, monográfico sobre Cataluña como problema, págs. 4 y ss.

30 La incompleta regulación por la Constitución o, si se prefiere, la desconstitucionalización de aspectos importantes de la forma de Estado ha sido constantemente recordada. Es habitual en la doctrina española citar a este respecto el trabajo de Pedro Cruz Villalón, *La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa*, publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº monográfico 4, 1981, ahora en, *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, cit. págs. 381 ss.

Implica distintos niveles de gobierno, distintos niveles de decisión, suscita conflictos por la distribución de competencias y requiere puntos de equilibrio en las relaciones que crea entre esos diferentes ámbitos de poder. Conflictos que no siempre se pueden resolver judicialmente y equilibrios que van cambiando con el tiempo. En definitiva, la forma de Estado comporta un dinamismo que, a su vez, exige reajustes constantes, con o sin reclamaciones nacionalistas. Lo pone de manifiesto la historia propia y ajena que muestra las transformaciones experimentadas, por ejemplo, por el federalismo en los Estados Unidos o por el régimen federal previsto en la Ley Fundamental de Bonn. Reajustes que, según los casos, pueden alcanzarse mediante leyes, convenciones o la interpretación judicial pero que en otros hacen imprescindibles reformas de la Constitución.

Hoy en España, decía, hay quienes consideran que se ha ido demasiado lejos en la descentralización y que, al mismo tiempo, las Administraciones Públicas han adquirido unas dimensiones excesivas, en buena parte por haber extendido su actuación a ámbitos en los que no deberían estar presentes. La lógica de un Estado más pequeño, paralela a la exaltación de las virtudes de la sociedad civil, se ha combinado con la austeridad que preside la dirección de la política nacional como medio para reducir el déficit y, así, reactivar la economía. Y esto se traduce, por lo que a la forma de Estado se refiere, en la crítica renovada al mimetismo estatalizante seguido por las Comunidades Autónomas en su organización y en propuestas dirigidas a reducirla, del mismo modo que se propone reducir el tamaño de la Administración General del Estado y el número de municipios, mientras que sobre las Diputaciones Provinciales se han avanzado propuestas que van desde su supresión --la del órgano, no la de la provincia-- hasta la ampliación de sus cometidos.

Salvo que se pretenda hacer tabla rasa de nuestra actual organización territorial, los resultados que por esos caminos se podrían conseguir no serán particularmente importantes. En la magnitud de la crisis, el ahorro logrado con la supresión de algunos órganos autonómicos no tendrá prácticamente relevancia. Más allá de su valor simbólico tampoco producirán consecuencias apreciables las iniciativas dirigidas a reducir el número de diputados de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o el de concejales y diputados provinciales, como también se está planteando. En cambio, esas reducciones pueden suponer dificultades a la hora de asegurar la proporcionalidad de la representación política articulada en las cámaras autonómicas y en las corporaciones locales.

Ciertamente, no hay que desconocer que siempre estará justificada una racionalización de las estructuras organizativas estatales, autonómicas y locales. Sin

embargo, no parece que sea éste el camino de las soluciones y, desde luego, por él no se llega a ninguna válida para el reto planteado en Cataluña. Es preciso, por tanto, adoptar un enfoque diferente.

4. Sobre las insuficiencias del sistema.

Para encontrar el adecuado hemos de volver sobre los defectos se achacan al sistema³¹.

De entre los que se le vienen imputando los más importantes son los que tienen que ver con la afirmada desconstitucionalización de la forma territorial, con el juego dejado al principio dispositivo y con la falta de instrumentos para que el Estado asegure la unidad del mercado e imponga el cumplimiento de sus normas y decisiones frente a las Comunidades Autónomas cuando no las observen. A ello se añade el consiguiente reproche de la insuficiencia de medios para hacer efectiva la igualdad de los españoles en sus condiciones de vida sea cual sea la Comunidad Autónoma en la que residan. Estas críticas principales se diversifican luego con las referidas a la indeterminación del alcance de muchas competencias y, en general, a la relativización que se ha producido en la práctica de las que la Constitución llama competencias exclusivas del Estado, las cuales, se dice, han dejado de serlo. Por eso, se pide su redefinición y, también, que se incrementen los instrumentos de control en manos del Estado sobre la actuación autonómica, pues no se considera suficiente el ejercicio por el Tribunal Constitucional ni la amenaza del recurso al artículo 155 de la Constitución³².

Me parece que, siendo cierta la existencia de huecos e indefiniciones en el tratamiento constitucional de las Comunidades Autónomas y de su relación con el Estado y que existen disfunciones que deben ser superadas, el panorama no es tan negativo desde la perspectiva estatal como puede resultar de algunas descripcio-

31 La crítica más dura y reciente es la de Santiago Muñoz Machado, *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*. Crítica. Barcelona, 2012. págs. 23 ss. En forma más breve expone sus ideas en *Crisis y reconstitución de la estructura territorial del Estado*. Iustel, Madrid, 2013.

32 Que autoriza al Gobierno, con la aprobación de la mayoría absoluta del Senado, previo requerimiento al presidente de la Comunidad Autónoma que incumpla las obligaciones que le imponen la Constitución o las leyes o atente gravemente contra el interés general de España y en el caso de que no sea atendido, a adoptar las medidas que sean necesarias para obligarle al cumplimiento forzoso de esas obligaciones o para la protección del mencionado interés general. Este artículo 155 faculta al Gobierno expresamente para dictar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas a fin de de ejecutar las medidas que adopte.

nes. La Constitución brinda a las Cortes Generales, al Gobierno y a los Tribunales de Justicia, diversos instrumentos para hacer valer la unidad del conjunto cuando sea necesario.

En efecto, según su artículo 149.1, la legislación autonómica debe dictarse dentro de las condiciones básicas, bases o normas básicas establecidas por el Estado y puede decirse que, en general, el texto fundamental apodera a las Cortes Generales y al Gobierno para hacer efectiva la unidad del ordenamiento a la que responde esa limitación constitucional de la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas. Sigue, no obstante, que el legislador no siempre ha sido eficiente al fijar esas bases. No es, ciertamente, sencillo hacerlo pero la dificultad de una tarea no debe llevar abandonarla ni a cumplirla de manera incompleta.

Por otro lado, años antes de la reforma constitucional de 2011 que modificó el artículo 135 de la Constitución para obligar al equilibrio presupuestario y limitar el déficit³³, ya disponía el Estado de medios para intervenir en ese campo desde que se los proporcionaron la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria³⁴ y la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la anterior, la constitucionalidad de las cuales ha sido declarada por la sentencia del Tribunal Constitucional del Tribunal Constitucional 134/2011. Esos textos legales, de carácter básico, que traían causa de decisiones de la Unión Europea, facultaban al Gobierno para imponer criterios de estabilidad presupuestaria y de limitación del gasto público vinculantes también para las Comunidades Autónomas. El Tribunal Constitucional, en la sentencia citada, rechazando los argumentos del recurrente, el Parlamento de Cataluña, para el que las previsiones legales vulneraban la autonomía política y financiera de la Comunidad Autónoma, afirmó la competencia en la materia del Estado a partir de ese artículo 149.1.13^a y de otros títulos presentes en la Constitución.

Asimismo, los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa controlan a la Administración autonómica, tal como dispone el artículo 153 c) de la Constitución, y en el ejercicio de ese control, pueden examinar, de hecho lo hacen, si las actuaciones de las Administraciones territoriales se inscriben dentro

33 Sobre esta reforma, véase el monográfico de la revista *Teoría y realidad constitucional* nº 29/2012.

34 Posteriormente modificada por la Ley 15/2006, de 26 de mayo, y luego sustituida por el Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, que aprobó su texto refundido, el cual, a su vez, lo ha sido por la vigente Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, elaborada ya conforme al nuevo artículo 135 de la Constitución.

del ámbito competencial que les atribuyen sus respectivos estatutos de autonomía. Es otro medio idóneo para reconducir el sistema a unidad en la medida imprescindible. El problema respecto de ese control judicial es el tiempo que puede tardar su ejercicio por falta de los medios necesarios.

De seguir repasando las distintas facetas de la actividad pública, se iría comprobando que tampoco en ellas el Estado está indefenso.

Es bien significativo que cuando en España se habla de poder se mire al Palacio de la Moncloa, sede de la Presidencia del Gobierno, a la Carrera de San Jerónimo, donde está el Congreso de los Diputados, a la Plaza de la Marina Española, lugar en que se halla el Senado, a la calle de Domenico Scarlatti en que tiene su sede el Tribunal Constitucional y a la Plaza de la Villa de París, presidida por el Tribunal Supremo, o a la contigua calle del Marqués de la Ensenada en la que se encuentra el Consejo General del Poder Judicial. Esa percepción ciudadana no está equivocada y refleja la supremacía, no absoluta, pero sí efectiva de los poderes estatales.

Precisamente, por ello, hay demandas de autogobierno.

5. En torno a posibles alternativas.

¿Qué hacer entonces?

No me parecen viables revisiones que impliquen un regreso al pasado. Por las razones expuestas sobre la virtualidad democrática y prestacional de la descentralización territorial del poder político y sobre su faceta garantista y por las que guardan relación con la aceptación, el reconocimiento, de las legítimas aspiraciones de quienes defienden su identidad diferenciada y sus manifestaciones. El desmantelamiento del sistema es difícilmente compatible con los principios que fundamentan el orden constitucional.

He pensado siempre que nuestra Constitución --que es rígida o, si se quiere, hiperrígida-- precisamente por el espíritu abierto, inclusivo, con el que se elaboró, por la indeterminación de la que se le acusa, deja espacio suficiente para nuevos desarrollos, para que las instituciones que ha creado se vayan adaptando a los cambios de los tiempos sin necesidad de acudir a los procedimientos previstos para su reforma. Esta impresión me ha parecido válida en especial para cuanto afecta al Estado autonómico. Y se defiende hoy con empeño por muchos. Bajo la

Constitución, con leyes y convenciones, y con la aportación de la interpretación que de aquélla ofrece el Tribunal Constitucional se puede equilibrar el sistema. A este planteamiento subyace la idea de que mantener el texto fundamental es un bien en sí mismo, vista la historia contemporánea de España.

Por otra parte, en la legislatura 2004-2008, el entonces presidente del Gobierno José Luis Rodríguez Zapatero propuso una reforma limitada a cuatro puntos: suprimir la preferencia del hombre sobre la mujer en la sucesión a la Corona, incluir la pertenencia de España a la Unión Europea, incluir, también, la mención a las Comunidades Autónomas constituidas y transformar el Senado en verdadera cámara territorial. Pese a que ninguno de los cuatro era particularmente conflictivo, aunque sobre el último no había demasiada claridad de ideas, la confrontación política que caracterizó esos años impidió todo acuerdo pese a que se hicieron esfuerzos estimables³⁵.

Este precedente ilustra sobre las complicaciones que implica la reforma constitucional. Al igual que las revela la trayectoria precedente. Desde 1978 y hasta 2011 la Constitución solamente se había modificado una vez, en 1992, para introducir en su artículo 13.2 dos palabras --"y pasivo"-- con el objeto de que los ciudadanos de la Unión Europea, residentes en España, no sólo pudieran votar en las elecciones locales, sino también ser elegidos. Reforma que se hizo sin dificultad ninguna por no provocar controversia y, sobre todo, por ser necesaria para la ratificación por España del Tratado de la Unión Europea hecho en Maastricht.

Después de lo sucedido en el verano de 2011 ya no estoy seguro de que basten las soluciones infraconstitucionales.

Modificar en pocas semanas la Constitución, según parece por imposiciones exteriores, aunque provinieran de la Unión Europea, rompió el aura de intangibilidad que había adquirido y afectó a la percepción de su supremacía. Sobre todo, porque se hizo sin una clara explicación de su necesidad y, en particular, de que no hubiera otra manera de lograr los objetivos pretendidos pese a contar con el Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el

35 Como los plasmados en el *Informe del Consejo de Estado sobre las modificaciones de la Constitución Española* (febrero de 2006), que no se detiene en los extremos indicados sino que va más allá. Puede consultarse en www.consejo-estado.es. Sobre esa propuesta de reforma constitucional, véase la obra que recoge las XXV Jornadas de Estudio de la Abogacía del Estado, *La reforma constitucional*. Ministerio de Justicia, Madrid, 2005. Además, José Manuel Vera Santos y Francisco Javier Díaz Revorio, *La reforma estatutaria y constitucional. La Ley*, Madrid, 2009.

texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria y la complementaria Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre. Rota la magia, esa especie de encanto, tal vez deba cambiarse la perspectiva y así considerar en adelante que reformando la Constitución podrá preservarse mejor su esencia. En este sentido, se debe recordar que otras Constituciones se han reformado numerosas veces. El ejemplo habitual es la de Alemania. Y, también que en la nuestra hay ausencias --no recoge la realidad de la ordenación territorial, por ejemplo-- y restos que ya no son útiles: los preceptos relativos a la formación de las Comunidades Autónomas y otros del Título VIII y las disposiciones adicionales y transitorias³⁶ que se aplicaron en su día y hoy no son más que un testimonio de los pasos dados en su cumplimiento.

Por tanto, puede pensarse en su realización. Claro que para proceder a ella es preciso contar con ideas claras sobre su alcance y, en concreto, sobre cuáles de los extremos declarados directa o indirectamente inconstitucionales en el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 pueden ser recuperados mediante la inclusión en la Constitución de cláusulas que permitan a la Comunidad Autónoma asumir competencias.

La reivindicación de un Estado propio no me parece un obstáculo importante. Como muestra la experiencia comparada, el nombre no hace a la cosa. Así, un término como el de provincia puede tener significados totalmente distintos en unos ordenamientos y en otros: entre local dotado de autonomía y circunscripción territorial para la actuación de la Administración periférica del Estado en España y miembro de una federación en Canadá y en Argentina, por ejemplo. Siendo el régimen jurídico lo decisivo, sobre las denominaciones puede haber la flexibilidad necesaria. En especial cuando enlazan directamente con los sentimientos, cuya relevancia política³⁷ no se debe ignorar en una coyuntura como la presente.

Lo decisivo, insisto, son los contenidos. Las competencias, las potestades son las que determinan la respectiva posición constitucional³⁸. Y es en la sustancia en la que hay que coincidir.

36 Pedro Cruz Villalón, "La cesta de la reforma", *El País*, de 7 de octubre de 2004, propuso "limpiar" la Constitución de estos residuos.

37 Sobre la dimensión sentimental de la Constitución, véase Pablo Lucas Verdú, *El sentimiento constitucional*. Reus, Madrid, 1985.

38 Sobre la insuficiencia de las palabras, de los términos, para comprender las formas de Estado y, en particular, la federal, advierte Giuseppe de Vergottini, también en su libro *Le transizioni costituzionali*. Bologna, 1998, págs. 39 ss.

6. La opción federal.

El Partido Socialista Obrero Español ha hecho público recientemente un documento sobre la que presenta como reforma federal de la Constitución³⁹.

Esa iniciativa, articulada en diez puntos, comprende aspectos que se propusieron años atrás, como la incorporación a la Constitución "del actual mapa autonómico con sus actuales denominaciones" (1^a). También pretende una nueva distribución competencial consistente en que la Constitución recoja solamente las competencias exclusivas del Estado en una única lista, dejando que sean los estatutos los que asuman las de sus Comunidades Autónomas. De este modo y con la supresión del artículo 150.2 del texto fundamental⁴⁰, entiende que el reparto competencial quedará "clarificado y cerrado" (2^a). Defiende, además, el "reconocimiento y la constitucionalización de aquellos hechos diferenciales y singularidades simbólicas que forman parte de nuestra pluralidad histórica, cultural y política" (3^a). La recurrente reforma del Senado para convertirlo en una verdadera cámara de representación territorial mediante el cambio de su composición y sus funciones --limitando su intervención en el proceso legislativo y primando su poder en las leyes de contenido autonómico-- es otra de las ideas que ya había mantenido y figuraba en la propuesta hecha en la legislatura 2004-2008 (4^a). También considera que han de incorporarse a esta cámara de las Cortes Generales instituciones que son consecuencia de "una cooperación federalista en el ejercicio de las competencias autonómicas". Se refiere a la Conferencia de Presidentes de las Comunidades Autónomas, a las Conferencias Sectoriales y al Consejo de Política Fiscal y Financiera (5^a).

Un nuevo sistema de financiación autonómica que constitucionalice los principios en los que descansa, las competencias normativas y de gestión de las Comunidades Autónomas, el listado de los impuestos que se les ceden, total o parcialmente y su modelo de reparto es la siguiente propuesta (6^a). Constitucionalizar el principio de participación de las Comunidades Autónomas "en la gobernanza del Estado" y la incorporación "a la gobernanza de España de los principios e

39 Se halla en www.psoe.es/source-media/000000555500/000000555807.pdf. El documento que la recoge lleva este título: "LA POLÍTICA AUTONÓMICA DEL PSOE. Una Reforma Federal de nuestra Constitución frente al Neocentralismo y la Autodeterminación".

40 Este artículo 150.2 dice así: "El Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante Ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. La Ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado".

instrumentos federales de lealtad y colaboración" es otro objetivo a realizar (7^a). Al igual que la "reducción del entramado administrativo autonómico y local, así como el estudio y aplicación de fórmulas de cooperación entre Administraciones, para evitar duplicidades y concentrar recursos y unidades administrativas", así como la descentralización de "los órganos institucionales en correspondencia con una cultura federal" (8^a). En un plano sustantivo, quiere "asegurar la igualdad de los españoles en sus prestaciones básicas y facilitar el acceso de todos los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos o en el acceso a las prestaciones, independiente del lugar de residencia y en el conjunto del territorio, especialmente en el ámbito de las actividades económicas" (9^a). Y, por último, propone reformar el control de constitucionalidad de las reformas estatutarias para que tenga lugar preceptivamente antes de la celebración del referéndum de ratificación de las mismas, cuando éste sea obligado (10^a).

De estas propuestas, me parece que las verdaderamente significativas son la de rediseñar el sistema de distribución de competencias y la de llevar a la Constitución los elementos esenciales del nuevo sistema de financiación autonómica. No será fácil coincidir sobre esos puntos pero es imprescindible. No en vano, el propósito de defender las competencias de la Generalidad de Cataluña está en el origen de la minuciosa enumeración que de ellas hizo el Estatuto de Autonomía de 2006. Y, en la insatisfacción del vigente sistema de financiación autonómica reside buena parte del descontento catalán. Si, además, se tiene presente que no se trata de cuestiones bilaterales porque afectan a todas las Comunidades Autónomas, se hace más patente la dificultad mencionada.

También, claro está, es importante reformar el Senado en su composición y funciones. Sobre este punto se ha escrito y debatido tanto desde el mismo momento en que se aprobó la Constitución sin que se haya dado lugar más que unas tímidas previsiones organizativas y funcionales en las normas reglamentarias del Senado y a un debate sobre el Estado autonómico cuya celebración no suele mantener la inicialmente prevista periodicidad anual, que es comprensible el scepticismo sobre la viabilidad de cualquier cambio sustancial. Es cierto, en todo caso, que la necesidad de dar otro sentido a esta cámara es un lugar común en la doctrina y en el debate político y que en el comienzo de cada legislatura hasta el propio Senado se compromete a estudiar la manera de hacerlo.

Las restantes ideas no creo que entrañen dificultades particulares. Recoger el mapa autonómico no es más que dar estado formal a lo que es una realidad constitucional. Bastaría con incluir en el artículo 137 de la Constitución las que se han formado. El reconocimiento de los hechos diferenciales de la historia, los

sentimientos, la lengua, la cultura o la situación geográfica ya está en la Constitución. Por tanto, incidir en ellos no debe ser problemático siempre que se evite la confrontación sobre las palabras. La Conferencia de Presidentes de Comunidades Autónomas se reúne, cuando lo hace, en el Senado y tampoco debe haber obstáculos para fijar con él vínculos de esa naturaleza para las Conferencias Sectoriales y para el Consejo de Política Fiscal y Financiera.

Otro tanto me parece que sucede con las propuestas 7^a, 8^a y 9^a. No hacen más que explicitar pautas que ya resultan del texto constitucional y que, en mayor o menor medida, se vienen aplicando en el plano legislativo y administrativo. Y la 10^a, que reclama el restablecimiento del recurso previo de inconstitucionalidad, es sumamente razonable, visto lo sucedido con el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Hay que recordar que la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, lo preveía para los proyectos de estatuto de autonomía y de ley orgánica y que fue suprimido por la Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio, por la utilización que de él hizo la oposición parlamentaria, que recurría sistemáticamente los proyectos de ley orgánica para retrasar de ese modo su entrada en vigor cuando no eran declaradas inconstitucionales.

Creo que este documento, muy general y poco preciso y, salvo en los aspectos mencionados de las competencias y de la financiación, no demasiado innovador, calificación esta última que no tiene ningún sentido peyorativo porque no creo que necesitemos cambios radicales ni que sean la materia ni el momento propicios para experimentos, posee la utilidad de avanzar ideas en las que se puede profundizar. Y con el concurso de otras propuestas puede servir para identificar los puntos de coincidencia en los que cimentar los acuerdos imprescindibles.

7. La forma y la permanencia del Estado.

El problema territorial no es el único que tiene planteado nuestro ordenamiento constitucional aunque sí presenta rasgos peculiares frente a otros que no son privativos de España pero que coinciden con él, en el marco de la general crisis económica que los agudiza todos.

Como sucede en el resto de Europa y en otros lugares del mundo, asistimos a la pérdida de capacidad representativa de los partidos políticos, pese a que se sigan identificando con los principales cientos de miles, millones, de ciudadanos. Pérdida que debilita al sistema democrático en su totalidad: a las asambleas legislativas, a la clase política y al Gobierno en la medida en que emana de ellas. Por

otra parte, las principales instituciones creadas por la Constitución están sufriendo, por causas diversas, un intenso desgaste: la Corona, el Tribunal Constitucional, el Consejo General del Poder Judicial, se han visto o se ven sometidos a un importante deterioro. A ello se suman la insatisfacción que produce una Administración de Justicia incapaz de resolver ágilmente las demandas de quienes acuden a ella en busca de tutela judicial y, últimamente, el rechazo a la disminución o supresión de las prestaciones propias del Estado social.

En este contexto, la más que aparente incapacidad de las instituciones para remontar la situación, la debilidad de la dirección política, la ausencia de alternativas perceptibles y la dependencia que todo ello provoca de decisiones ajenas agravan sobremanera las dificultades. Sin ninguna duda, la confluencia de estos elementos negativos, el ambiente de crisis generalizada que se ha extendido, no facilita el hallazgo de salidas aceptables para todos en el plano territorial. A pesar de ello, es imprescindible buscarlas y posible encontrarlas⁴¹.

Más de cinco siglos de convivencia bajo unas mismas fronteras han creado una red de interdependencias dentro de España que se superpone a las divisiones políticas territoriales y viene produciendo suficientes vínculos de solidaridad para mantener la cohesión del conjunto. Se trata de aprovecharlos antes de que sea tarde, mientras prevalezcan, como aun sucede, los intereses compartidos frente a los factores de enfrentamiento.

El método más eficaz para ello es el que se empleó cuando se hizo la Constitución: el acuerdo, el pacto. A este respecto, conviene recordar que entonces, en la transición, al consenso precedió el reconocimiento del adversario, la comprensión de su posición y de sus necesidades. Desde esos reconocimiento y comprensión recíprocos el acuerdo fue posible. No veo razones por las que no pueda serlo ahora, casi cuarenta años después. Al fin y al cabo, no tenemos que construir desde sus fundamentos un ordenamiento constitucional, ni diseñar por entero su forma territorial. Se trata de cambiarla en la medida necesaria para adaptarla a la realidad política que el paso del tiempo y la variación de las circunstancias ha configurado.

Nada importa más ahora en España que superar los efectos devastadores de la crisis económica y encontrar la manera de articular el nuevo equilibrio que exigen las circunstancias. El primer objetivo no depende exclusivamente de nuestras

41 A ese objetivo llaman Javier García Roca y José Esteve Pardo en su artículo "Algo estamos haciendo mal" en el diario *El País*, de 20 de febrero de 2014.

fuerzas pues en su consecución incidirán decisivamente variables vinculadas al desenvolvimiento de la economía europea e internacional. En cambio, el segundo queda enteramente al alcance de quienes concurren, en la mayoría y en la oposición, en el Estado y en las Comunidades Autónomas, especialmente en Cataluña, a la dirección de la política territorial.

El éxito que sean capaces de obtener, seguramente, servirá de catalizador para recuperar el Estado social y democrático de Derecho de las otras deficiencias que le aquejan, aunque sólo sea porque neutralice una fuente de conflicto estructural. Por el contrario, la falta de solución pronta, la ausencia de pacto para poner al día la Constitución territorial, no sólo repercutirá negativamente sobre los demás focos problemáticos, sino que puede abocarnos en breve plazo a un fenómeno de secesión que, por ahora, puede evitarse.

La permanencia del Estado pasa hoy por revisar su forma territorial.

TERRITORIO Y PARLAMENTO EN EL CONSTITUCIONALISMO IBEROAMERICANO DEL SIGLO XIX: ESPAÑA, CHILE Y ARGENTINA

José Joaquín Fernández Alles

Profesor Titular de Universidad

Universidad de Cádiz

joaquin.alles@uca.es

SUMARIO

- I. *El territorio constitucional de la nación.*
- II. *El debate constituyente sobre el artículo primero de la Constitución de 1812: territorios o voluntades.*
- III. *El territorio en la teoría del estado del siglo XIX: los fundamentos de Cádiz en Chile y Argentina.*
- IV. *La delimitación constitucional del territorio.*
- V. *La configuración constitucional del territorio como circunscripción electoral.*
- VI. *El territorio como división administrativa: reserva de ley y leyes especiales para América.*
- VII. *El territorio como demarcación judicial y criterio delimitador de la competencia de jueces y tribunales.*
- VIII. *Conclusiones*

I. El territorio constitucional de la nación.

El constitucionalismo doceañista suscita un doble tipo de exigencias: en primer lugar, las derivadas de la organización de los viejos poderes conforme a los nuevos principios constitucionales y las exigencias de la proclamación de la soberanía nacional; y, en segundo lugar, las reclamadas por la declaración de derechos y libertades para todos los individuos. En la regulación constitucional e iberoamericana de 1812, "la Nación es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios" (art. 1 de la Constitución), lo cual resulta ser compatible con permite la esclavitud y con las subsistentes diferencias en el régimen jurídico aplicable a los españoles, a los indígenas y a los esclavos "habidos y reputados por originarios del Africa" (art. 22). Esta configuración constitucional, que sirve a Bentham para referirse al texto salido de las Cortes de Cádiz como de Constitución imposible, se une a contenidos que han merecido tan diferente valoración jurídica como la regulación del sistema electoral, el régimen de Instrucción Pública, el método de protección constitucional (las infracciones contra la Constitución) o la proclamación de la soberanía nacional.

Pues bien, todas estas cuestiones que se suscitan en el contexto histórico de nuestro primer parlamentarismo y a partir de los fundamentos de la teoría del Estado doceañista, tienen aún pendiente de estudio un contenido escasamente analizado por la historiografía constitucional: la regulación del territorio como territorio constitucional de la nación bajo los principios legitimadores y organizativos de la organización estatal que se constitucionalizó en Cádiz. No en vano, fue en 1811 cuando el territorio pasó a ser elemento constitucional del Estado, esto es, un elemento esencial de una comunidad política regulada por el Derecho y asentada en un territorio o espacio concreto sobre el que ejerce su poder público soberano. Conforme a este principio, este poder soberano del Estado se ejerce sobre todos quienes se encuentran en un determinado territorio con independencia de las vinculaciones personales entre los titulares del poder y los ciudadanos. La sujeción al poder del Estado no dependerá ya de cualidades personales o de títulos feudales puesto que el poder estatal se ejerce ya automáticamente sobre todo quien se sitúa dentro de un determinado ámbito territorial. La territorialidad transforma la naturaleza jurídica del poder, que queda despersonalizado. En virtud del Decreto LXXXII de 6 de agosto de 1811, sobre incorporación de los señoríos jurisdiccionales a la nación, las Cortes de Cádiz determinan que los señoríos territoriales "quedarán como propiedades particulares: abolición de los privilegios exclusivos, privativos y prohibitivos: modo de reintegrar a los que obtengan estas prerrogativas por título oneroso, o por recompensa de grandes

servicios: nadie puede llamarse señor de vasallos, ni ejercer jurisdicción¹. Este proceso reformador será continuado por el Real Decreto de 11 de septiembre de 1820, la Ley de 11 de octubre de 1820, el Decreto Mendizábal de 19 de febrero de 1836 y la Ley Madoz de 1 de mayo de 1855.

Pues bien, esta nueva consideración jurídica del territorio, resultado de los debates parlamentarios celebrados desde el día 4 de junio al día 1 de julio de 1811 en las Cortes Generales y Extraordinarias, no solo supone la simple y relevante abolición de los señoríos sino que además significa la conversión del territorio señorial en un simple título de propiedad privada, así como el inicio de un proceso de vinculación de los territorios a la nación: "Desde ahora quedan incorporados á la Nación todos los señoríos jurisdiccionales de cualquiera clase y condición que sean" (artículo 1). Nace así el territorio nacional como elemento constitucional del Estado. En virtud de los artículos 4 y 5 del mencionado Decreto de 6 de agosto de 1811, quedan "abolidos los dictados de vasallo y vasallage y sus prestaciones", así reales como personales, mientras que "los señoríos territoriales y solariegos quedan desde ahora en la clase de los demás derechos de propiedad particular, sino son de aquellos que por su naturaleza deben incorporarse á la nación, ó de los en que no se hayan cumplido las condiciones con que se concedieron, lo que resultará de los títulos de adquisición"². En los artículos 5 y 6 del Decreto, se establece que los señoríos territoriales quedan bajo el derecho de propiedad particular salvo aquellos que por su naturaleza debían incorporarse a la nación o los que no habían cumplido las condiciones en que se concedieron. Igualmente, los contratos, pactos o convenios que se habían hecho en razón de aprovechamiento, arriendos de terrenos, censos u otros de esta especie celebrados entre los llamados señores y vasallos pasan a ser considerados como contratos de particular a particular. Prueba de esta nueva concepción del territorio encontramos pasajes parlamentarios como el de la Sesión Secreta de 21 de agosto de 1811, cuando la Comisión de Hacienda informó "sobre diversas proposiciones solicitadas por el diputado canario Pedro José Gordillo en la sesión del 23 de abril para mejoras en las islas Canarias relativas á que los habitantes de las Canarias pudiesen establecer salinas sin permiso del Gobierno, y a la aplicación de algunas pensiones con que estaba gravada la

1 El Decreto LXXXII de 6 de agosto de 1811, firmado por Juan José Guereña, presidente. Ramón Utgés y Manuel Antonio García Herreros, secretarios. Cádiz, 6 de agosto de 1811.

2 F. Tomás y Valiente, *El marco político de la desamortización en España*, Ariel. Barcelona, 1977; "El proceso de desamortización de la tierra en España", *Agricultura y Sociedad*, 7, 1978, pp. 11-33; "Génesis de la Constitución de 1812: I, De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 65, pp. 13-17 y 125-126.

mitra de la Gran Canaria, o algunas cantidades sobre el señorío de Aquines que disfrutaba, para que recayesen en beneficio común, y se pudiese proporcionar agua de riego para fecundizar los terrenos áridos llamados del Sur". La conclusión no puede ser más elocuente: "La Comisión no accede a tales peticiones, pues considera que Canarias es una provincia más del territorio español"³.

A los efectos de la teoría del Estado, se trata de un proceso de vinculación del poder soberano al territorio constitucional concebido como territorio nacional, esto es, un territorio constitucionalizado y reservado a la ley, cuyo titular es el nuevo titular esencial de la soberanía: la nación⁴, a quien pertenece "exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales". Como su consecuencia, desde los inicios de nuestra historia constitucional el estatuto jurídico del anterior soberano, el Rey, resultará limitado en lo relativo a sus potestades del territorio, que quedarán fuera de la libre disposición del monarca por mandato constitucional. Conforme al artículo 172 de la Constitución de 1812, una de las restricciones de la autoridad del rey es la siguiente: "No puede el Rey enajenar, ceder o permutar provincia, ciudad, villa o lugar, ni parte alguna, por pequeña que sea, del territorio español". Lo cual es también efecto directo de lo preceptuado en el artículo 2, según el cual a Nación española es libre e independiente, y no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona.

Este régimen limitador de la disposición del territorio por el rey continuará a lo largo de nuestra historia constitucional decimonónica y a tal fin el artículo 48.1º de la Constitución Española de 1837 establecerá la necesidad de una ley especial de autorización para que el Rey enajenara, cediera o permutara cualquiera parte del territorio español. En el mismo sentido, según el artículo 46.1º de la Constitución de 1845 y 74.1º de la Constitución de 1869, el Rey necesita estar autorizado por una ley especial para enajenar, ceder o permutar cualquier parte del territorio español. Por su parte, en virtud del artículo 55 de la Constitución de 1876, además de estos supuestos, el Rey necesita estar autorizado por una ley especial para incorporar cualquiera otro territorio al territorio español.

³ *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, 23 de abril de 1811. Tomo III, p. 911-920.

⁴ J. Varela Suanzes-Carpegna, *La teoría del estado en los orígenes del constitucionalismo hispano. (Las Cortes de Cádiz)*, Centro de estudios Constitucionales. Madrid, 1983, pp. 419-427; "Nación, representación y organización territorial del Estado en las Cortes de Cádiz", *Criterio Jurídico*, 11, 2011, pp. 11-49.

II. El debate constituyente sobre el artículo primero de la Constitución de 1812: territorios o voluntades.

En Cádiz, los debates parlamentarios sobre la consideración constitucional del territorio se residencian en la Comisión Constitucional y viven sus momentos más intensos en la cuestión de la representación -¿representación de la Nación o representación de los territorios?-; en la delimitación de las circunscripciones electorales, así como en la determinación de los principios -¿igualdad o igualdad?- que la rigen en la Península y en América. La mera composición de todas las Comisiones refleja la nueva realidad territorial, pero particularmente la Comisión de Ultramar, al estar formada por representantes de casi todos los territorios de América y Asia: José Álvarez de Toledo, diputado suplente por Santo Domingo; Joaquín Fernández de Leyva, diputado suplente por la capitánía general de Chile; Dionisio Inca Yupangui, diputado suplente por el virreinato del Perú; Francisco López Lisperguer, diputado suplente por el virreinato de Buenos Aires; Manuel de Llano y Nájera, diputado suplente por la capitánía general de Guatemala; José Mejía Lequerica, diputado suplente por el virreinato de Santa Fe, Venezuela; Esteban de Palacios y Blanco, diputado suplente por Caracas; Juan Clemente Núñez del Castillo, marqués de San Felipe y de Santiago, por Cuba; Ramón Power y Giralt, diputado por Puerto Rico; y José Manuel Couto y Avalle Bravo, diputado suplente por la capitánía general de Filipinas⁵.

Aunque en la Sesión de 16 de enero de 1811 se plantearon los principales problemas de representación y de representatividad, esta cuestión ya había aparecido en el proceso de constitución de las Cortes Generales y Extraordinarias⁶, a cuyo fin la Junta Central había ordenado que se eligieran representantes por los virreinatos de Nueva España, Perú, Nueva Granada y Río de la Plata, así como de las capitánías generales de Cuba, Puerto Rico, Guatemala, Chile, Venezuela y Filipinas, a través de sus cabildos⁷. Se trata de dilucidar si en las Cortes monocamerales se representa a la Nación o los territorios y, a tal efecto, el 25 de agosto de 1811 se debate en la Comisión Constitucional el artículo 1 sobre "la Nación española"

5 A. Annino von Dusek, "Imperio, Constitución y diversidad en la América hispana", *Ayer*, 70, 2008, pp. 23-56; y "La americanización de la Pepa", *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, 10, 2011, pp. 121-12.

6 *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias. Número 112, 16 de enero de 1811*, p. 377.

7 M. Chust, *La cuestión de la nación americana en las Cortes de Cádiz*, Valencia, UNED-UNAM, 1998; y "La notoria trascendencia del constitucionalismo doceañista en las Américas", *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, 26, 2012, pp. 47-58; I. Fernández Sarasola, "La Constitución española de 1812 y su proyección europea e iberoamericana", *Fundamentos*, 2, 2000, pp. 359-457.

concebida como la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios (Título I. De la Nación española y de los españoles. Capítulo I. De la Nación española).

Las lógicas discrepancias entre los constituyentes (José Pablo Valiente ha votado en contra, justificándose en la premura del debate) no impedirá al chileno Joaquín Fernández de Leiva afirmar que el proyecto de Constitución que se presenta es el resultado del acuerdo de la mayoría de la Comisión. Al abrirse la discusión, a Francisco Javier Borrull le parece demasiado general la definición "y no se contrae al asunto de que se trata...", alegando que el artículo podría concebirse en los términos siguientes: "La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios bajo de un mismo gobierno, y nuestras leyes fundamentales". Evaristo Pérez de Castro aclararía: "...se habla de todos los españoles de ambos hemisferios. Cuáles sean estos se explica luego, y cuál sea el territorio español se expresa también en otro artículo"⁸. José Miguel Gudiari y Alcocer, Francisco de Sales Rodríguez de la Bárcena, Pedro de Inguanzo se muestran críticos con la redacción y Agustín Argüelles debe intervenir: "Si los señores preopinantes hubieran expuesto sus opiniones con más claridad, no habría sido necesario explicarse con tanta difusión. Creo que su idea era si se debió adoptar el método analítico ó el sintético. Cualquiera que lea con cuidado esta definición, verá que la dificultad que tienen estos señores está salvada en los artículos siguientes, y al mismo tiempo cuál ha sido el espíritu y carácter que ha querido dar á este punto la comisión".

A favor del artículo se muestra el diputado José Espiga, quien afirma "la definición, como he dicho, no puede ser más exacta; pero para que se dé una verdadera inteligencia á esta palabra «reunión», es preciso observar que no se trata de reunión de territorios, como se ha insinuado, sino de voluntades, porque esta es la que manifiesta aquella voluntad general que puede formar la Constitución del Estado"⁹.

8 Agustín Argüelles se muestra inquieto con el cariz que toma el debate, ocupado en cuestiones semánticas que en poco o nada ayudan al contenido del texto: "La comisión no se desatendió de la escrupulosidad con que debía proceder en el lenguaje, y no le costó pocas fatigas; pero solo puedo decir al señor preopinante que tampoco desconoció que el lenguaje es metafórico, porque es casi imposible una exactitud tan grande, cuando el objeto principal son las ideas. La dificultad de observar esa precisión académica solo se conoce en el acto de aplicar las palabras á los pensamientos...". Diario de Sesiones. 25 de agosto de 1811, cit., p. 1687.

9 Joaquín Lorenzo Villanueva considera que habría que añadir: "bajo de unas mismas leyes, ó bajo de una legislación" porque no hay verdadera sociedad donde no hay leyes con que se unan y por donde se gobiernen sus miembros. Además, á la palabra "reunión" sustituiría yo "conjunto", que denota más claramente el número ó la multitud de españoles... Antonio Llaneras considera que la definición es muy

Antonio Oliveros apunta un aspecto fundamental del debate: el carácter previo de la Nación española: "Esta Nación, Señor, no se está constituyendo, está ya constituida; y lo que hace es explicar su Constitución, perfeccionarla y poner tan claras sus leyes fundamentales, que jamás se olviden, y siempre se observen. Esto es lo que ha procurado la Comisión de Constitución, y está ya aprobado en la introducción á ella; por todo lo cual aparece que la definición propuesta es clara, y que no debe pedirse que todo se diga en un artículo, como no se pide en ninguna otra cosa, sea de jurisprudencia ó teología¹⁰.

La Nación, en síntesis, no es una reunión de territorios sino de españoles, esto es, de voluntades asentadas en un territorio constitucional, que ejercen el poder en virtud del sistema parlamentario de representación nacional. Justamente a partir de esta premisa jurídico-constitucional, que transforma radicalmente la teoría del Estado en su concepción y sus elementos, será como la Constitución de Cádiz delimita el territorio constitucional en el artículo 10: un amplísimo espacio geográfico de más de 14 millones de kms², distribuido en cuatro continentes y en los dos hemisferios¹¹, que el artículo 11 completa con una precisa reserva de ley: se hará "una división más conveniente del territorio español por una ley constitucional, luego que las circunstancias políticas de la Nación lo permitan". Así regulado y delimitado constitucionalmente, el territorio nacional asumirá cuatro funciones fundamentales bajo el régimen jurídico del texto doceañista:

- a) La delimitación de las fronteras nacionales y del objeto del poder y del Derecho del Estado.
- b) La regulación del territorio como circunscripción electoral: parroquia, partido y provincia.
- c) La división administrativa para la ejecución de las competencias estatales conforme a los principios de descentralización y desconcentración.

mejorable: ...parécmeme muy inexacta la definición ó explicación que de la Nación española se presenta en este primer artículo. Pero ya no lo extraño después de haber oído lo que acaba de decir el Sr. Espiga, uno de los individuos de la comisión; esto es, que esta definición no puede ser con la exactitud que corresponde por ser de la Nación española aun no constituida, sino que se está constituyendo, que no tiene Constitución, que está sin Rey; absurdo ciertamente es el decir esto de la Nación española. La Nación española está constituida, tiene y ha tenido siempre su Constitución ó sus leyes fundamentales... *Diario de Sesiones*. 29 de agosto de 1811, pp. 1717-1726.

10 Se vota el artículo 1.º y queda aprobado. *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, 25 de agosto de 1811. Tomo III, p. 1691.

11 M. Chust Calero, "La revolución bihemisférica de la Constitución de 1812", *Teoría y Derecho*, 10, 2011, pp. 113-120; J.M. Portillo Valdés, "La constitución en el atlántico hispano, 1808-1824", *Fundamentos*, 6, 2010, pp. 123-125.

- d) La demarcación judicial y criterio delimitador de la competencia de Jueces y Tribunales.

Pero antes de analizar estas cuatro funciones en los apartados IV a VII de este artículo, convendrá conocer los fundamentos teóricos doceañistas en torno al territorio, su influencia en Chile y Argentina, así como su posterior evolución durante el siglo XIX.

III. El territorio en la teoría del estado del siglo XIX: los fundamentos de Cádiz en Chile y Argentina

1. El territorio en los fundamentos teóricos doceañistas.

En Europa, desde finales del siglo XV y hasta finales del siglo XVIII, durante lo que se ha venido a denominar Edad Moderna, el sistema de poder político se había organizado bajo la progresiva concentración del poder del Rey, legítimo titular de la soberanía. Un poder que en el siglo XVIII llegaría a ser absoluto, pero que, en sus inicios, se había organizado con la previa la aceptación del principio de desigualdad, de la diversidad jurídica de territorios y "cuerpos intermedios"¹². Sin embargo, llegó un momento en que, por razones económicas y políticas, los principios legitimadores y organizativos del Antiguo Régimen se habían hecho insostenibles. A finales del siglo XVIII y principios del XIX, la diversidad y dispersión jurídica quedan reemplazadas por la Constitución y el movimiento codificador, de manera que, al menos en el plano jurídico-formal, nace el imperio de la ley, que alcanza el grado de suprema, y que a todos subordina, lo que hace posible la defensa del ideal de la igualdad formal.

En ese contexto reformador, se produce el cambio de mayor trascendencia derivado de la llegada del constitucionalismo gaditano de la mano del liberalismo económico y político defendido por la burguesía: la sustitución del titular de la soberanía, hasta entonces en poder del Rey absoluto, que pasa a la Nación (art. 3 de la Constitución de 1812), o a la Nación con el Rey en otros textos posteriores según los postulados denominados doctrinarios: la soberanía reside ya en la Nación, que es la reunión de los españoles de ambos hemisferios. Se iniciará

¹² F. Tomás y Valiente, "Génesis de la Constitución de 1812. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución", *cit.*, pp. 12-15.

entonces el debate esencial del tiempo decimonónico: la discusión nacional, o mejor aún, las discusiones nacionales: con la nación como titular de la soberanía, se propicia sin remedio la reivindicación de tantos poderes soberanos como sentimientos nacionales, que se traducen en otros tantos procesos de independencia de las provincias de Ultramar, todo ello al amparo de "lo nacional" pues los diputados de Cádiz no representan a las provincias sino a la nación.

A partir de estas premisas, con el surgimiento del constitucionalismo y su evolución durante el siglo XIX, el territorio se convierte en la base espacial donde se aplica el Derecho y donde se ejerce el poder por la Nación, titular originario de la soberanía que ha sustituido al Rey en el núcleo de la legitimación política. Aunque la teoría del Estado quedará transformada radicalmente en 1812, de los cuatro elementos clásicos del Estado será el territorio el que menores problemas políticos planteó a los constituyentes iberoamericanos durante el siglo XIX y el que menor interés ha suscitado posteriormente a la historiografía constitucional.

La explicación de esta aparente neutralidad política del territorio se debe a que, frente a los demás elementos, la determinación del espacio físico del Estado aparentemente no provoca debates o cuestiones relacionados con los grandes retos del constitucionalismo: el régimen jurídico de la nación (españoles de ambos hemisferios, teoría de las castas), los derechos y libertades, la titularidad del poder soberano (traslación del poder originario desde el rey a la nación), la proclamación de la soberanía nacional y de la separación de poderes, la articulación parlamentaria de la representación de la nación a través del derecho sufragio pasivo censitario o la sistematización jurídica de las leyes en los nuevos códigos. Sin embargo, el territorio se presenta como un elemento merecedor de mayor atención, básicamente por su consideración de circunscripción electoral, su condición de criterio delimitador de la organización territorial o de las demarcaciones judiciales, y también por el debate del primer parlamentarismo iberoamericano en torno a la representación de los territorios como alternativa a la representación nacional.

2. La consideración constitucional del territorio en los sistemas parlamentarios español, chileno y argentino del siglo XIX.

En el constitucionalismo iberoamericano, conforme a la concepción del Estado como comunidad política soberana de base territorial, el territorio estuvo llamado a ser el criterio de delimitación geográfica de las dimensiones externa e interna de la soberanía, que pertenece a la Nación. Así, en Chile, bajo la ins-

piración de la Constitución de Cádiz, la Constitución de 8 de agosto de 1828 dispondrá en su artículo 1 que la Nación chilena es la reunión política de todos los chilenos naturales y legales, que "es libre e independiente de todo poder extranjero", y que en ella reside esencialmente la Soberanía y el ejercicio de ésta en los poderes supremos con arreglo a las leyes, no pudiendo ser el patrimonio de ninguna persona o familia (artículo 1), como ya había proclamado el artículo 2 del texto doceañista.

En cuanto a la dimensión externa de la soberanía, según dispuso en Chile el artículo 3 del Reglamento Constitucional Provisorio de 1812, su Rey es Fernando VII, que "aceptará nuestra Constitución en el modo mismo que la de la Península", a su nombre gobernará la Junta Superior Gubernativa establecida en la capital, estando a su cargo el régimen interior y las relaciones exteriores, bajo el principio de soberanía territorial del artículo 5: "Ningún decreto, providencia u orden, que emane de cualquier autoridad o tribunales de fuera del territorio de Chile, tendrá efecto alguno; y los que intentaren darles valor, serán castigados como reos del Estado". Teniendo en cuenta esta función de delimitación del poder, el territorio debía ser descrito en el articulado de las Constituciones, sin perjuicio de su utilización como circunscripción electoral y su consideración de elemento de la organización territorial de municipios y provincias.

Distinta y heterogénea consideración alcanzó la utilización del territorio como principio de la representación política. Aunque en las Cortes de Cádiz y, en general, en el primer parlamentarismo iberoamericano resonaron indistintamente los ecos del federalismo norteamericano -especialmente por los denominados diputados americanistas-, favorables a la representación territorial en una las dos cámaras del sistema bicameral, lo cierto es en 1812 triunfó el monocameralismo de base nacional: como vimos, las Cortes Generales y Extraordinarias que se abren el 24 de septiembre de 1810 representarán a la Nación, no a los territorios¹³. Y así fue también en Santiago de Chile, donde el 4 de julio de 1811 se celebraría la sesión de instalación del primer Congreso nacional, de carácter unicameral y con cuarenta y un diputados¹⁴, mientras que el artículo 7 del citado Reglamento Constitucional

¹³ En las Cortes de Cádiz se presentaron 86 diputados ultramarinos: 29 suplentes elegidos en Cádiz; 36 propietarios por los Ayuntamientos (dos de ellos fueron suplentes después elegidos por su ciudad) y 23 diputados constitucionales, con un máximo de unos 50 representantes ultramarinos juntos. L. Burguera Ameave; C. Vidal Prado, "Sistema electoral en la Constitución de Cádiz de 1812", *Revista de Derecho Político*, 83, 2012, pp. 43-64.

¹⁴ En 1822 Chile establece el sistema bicameral organizado con el Senado y la Cámara de Diputados, con plena vigencia con la Constitución de 1828.

Provisorio de 1812 dispondrá que "un Senado compuesto de siete individuos, de los cuales el uno será Presidente, turnándose por cuatrimestres, y otro Secretario". En ambos casos, sin posible cabida para la representación territorial.

Con parecido tenor, la Constitución Política del Estado de Chile de 29 de diciembre de 1823 establecería en su artículo 35 que, junto a la Cámara Nacional -la reunión de consultores nacionales en una asamblea momentánea, según el artículo 60- habrá un cuerpo permanente con el título de Senado Conservador y Legislador, compuesto de nueve individuos elegidos constitucionalmente por el término de seis años, que pueden reelegirse indefinidamente (artículo 36).

En principio, distinto régimen jurídico advertimos en el Proyecto de Constitución de Argentina de 27 de enero de 1813, que se refería a la vinculación del pueblo de los distintos territorios: los Representantes de los Pueblos de las Provincias Unidas del Río de la Plata "proclaman solemnemente antes de establecer condiciones del nuevo pacto que ha de ligar a los Pueblos que representan" mientras que, en virtud de su artículo 5, cada Provincia Confederada dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las cuales serán revisadas por el Congreso antes de su promulgación. No obstante, si nos atenemos a un entendimiento sistemático de la Constitución, comprobamos el limitado carácter territorial de la representación en el Senado: según el artículo 1 del Capítulo 1 del texto de 1813, Del Estado, las Provincias Unidas del Río de la Plata se constituyen en Estado libre e independiente, mientras que el artículo 2 proclama sin ambages que la Soberanía del Estado "reside esencialmente en el Pueblo; y el ejercicio de ella en sus inmediatos Delegados", puesto que "el Pueblo es la reunión de todos los hombres" (artículo 3)¹⁵.

En el mismo sentido, la Constitución de la Confederación Argentina de 1 de mayo de 1853, con una impronta muy influida por el texto constitucional norteamericano, proclamaría una forma representativa republicana federal estableciendo en su Preámbulo: "Nos los representantes del pueblo de la Confederación Argentina,

15 En virtud del artículo 71 de la Constitución argentina de 1813, los vocales del Cuerpo Legislativo [...] ingreso al desempeño de sus funciones jurarán en manos de sus Presidentes a presencia de sus Secretarios, y en cada una de sus respectivas Salas reunidas que no propondrán ni consentirán en proyecto alguno de Ley, Decreto o resolución, que en su concepto, pueda ofender los intereses, o disminuir los derechos del Pueblo Americano, declarados en esta Constitución y que prometerá ardientemente todo lo que pueda conducir la conservación, libertad y felicidad del Estado de las Provincias Unidas del [...] juramento en manos del más anciano de los Miembros de las respectivas Salas.

reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional". Por su parte, el artículo 35 de la Constitución de 1856 dispondrá que las denominaciones adoptadas sucesivamente "desde 1810 hasta el presente, a saber": Provincias Unidas del Río de la Plata; República Argentina, Confederación Argentina, serán en adelante nombres oficiales indistintamente para la designación del Gobierno y territorio de las provincias, empleándose las palabras "Nación Argentina" en la formación y sanción de las leyes.

En cuanto a la representación parlamentaria directa o indirectamente territorial, a diferencia de sus coetáneos de España y Chile, claramente monocamerales, el régimen parlamentario argentino daría lugar a una representación bicameral con un Cuerpo Legislativo dividido en dos Salas: la Sala del Senado y la Sala de los representantes de las Provincias. El artículo 3 de la Constitución de las Provincias Unidas de Sudamérica de 1819 establecería también que "el Poder Legislativo se expedirá por un Congreso Nacional, compuesto de dos Cámaras, una de Representantes, y otra de Senadores..."¹⁶. Por su parte, según la Constitución Argentina de 1826, el Poder Legislativo "se expedirá por un Congreso compuesto de dos Cámaras, una de representantes y otra de senadores" (artículo 9). También en virtud del artículo 36 de la Constitución argentina de 1853, regulador de las autoridades de la confederación, se prevé un Congreso compuesto de dos Cámaras, una de Diputados de la Confederación y otra de Senadores de las Provincias y de la Capital, será investido del Poder Legislativo de la Confederación¹⁷. Por su parte, la Constitución argentina de 1856 incluiría la siguiente disposición en el artículo 36: "Un Congreso compuesto de dos Cámaras, una de Diputados de la Confederación y otra de Senadores de las Provincias y de la Capital, será investido del Poder Legislativo de la Confederación".

16 Según el art. 14 de la Constitución de 1819, los Senadores de las Provincias se elegirán en la forma siguiente: Cada Municipalidad nombrará un capitular y un propietario, que tengan un fondo de diez mil pesos al menos, para electores, Reunidos éstos en un punto en el centro de la Provincia, que designará el Poder Ejecutivo, elegirán tres sujetos de la clase civil, de los que uno al menos sea de fuera de la Provincia. Esta terna se pasará al Senado (la primera vez al Congreso) con testimonio íntegro del acta de elección. El Senado, recibidas todas las ternas y publicadas por la prensa, hará el escrutinio; y los que tuvieren el mayor número de sufragios, computados por las Provincias, serán Senadores. Si no resultase pluralidad, la primera vez el Congreso, y en los sucesivos el Senado, hará la elección entre los propuestos.

17 Disponía el artículo 37 que la Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las Provincias, y de la Capital, que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado y a simple pluralidad de sufragios. Por su parte, establecía el artículo 46 que el Senado se compondrá de dos Senadores por cada Provincia elegidos por sus Legislaturas a pluralidad de sufragios: y dos de la Capital, elegidos en forma prescripta para la elección del Presidente de la Confederación. Cada Senador tendrá un voto.

IV. La delimitación constitucional del territorio.

1. La configuración constitucional del territorio.

Uno de los rasgos característicos del constitucionalismo iberoamericano decimonónico es la detallada delimitación del territorio, bien directamente como objeto principal de regulación constitucional¹⁸, bien indirectamente en el régimen jurídico del sistema electoral. No en vano, conforme a los citados fundamentos teóricos del Estado, el territorio cumple una función de establecimiento de los límites dentro de los cuales se impone en exclusiva el poder soberano del Estado y se aplica el Derecho. A tal fin, el Título II de la Constitución de Cádiz asume como rúbrica Del territorio de las Españas, su religión y gobierno, y de los ciudadanos españoles, donde se determina el ámbito de aplicación del poder soberano y del Derecho del Estado¹⁹.

En cuanto a la delimitación directa en el texto constitucional, su manifestación más conocida de la primera la encontramos en el Capítulo Primero del Título II Del territorio de las Españas, cuyo artículo 10 dispone que el territorio español se organiza en la Península, en la América septentrional, en la América meridional y en Asia: comprende en la Península con sus posesiones e islas adyacentes, Aragón, Asturias, Castilla la Vieja, Castilla la Nueva, Cataluña, Córdoba, Extremadura, Galicia, Granada, Jaén, León, Molina, Murcia, Navarra, Provincias Vascongadas, Sevilla y Valencia, las islas Baleares y las Canarias con las demás posesiones de África. En la América septentrional, Nueva España, con la Nueva Galicia y Península de Yucatán, Guatemala, provincias internas de Oriente, provincias internas de Occidente, isla de Cuba con las dos Floridas, la parte española de la isla de Santo Domingo, y la isla de Puerto Rico con las demás adyacentes a éstas y al continente en uno y otro mar. En la América meridional, la Nueva Granada, Venezuela, el Perú, Chile, provincias del Río de la Plata, y todas las islas adyacentes en el mar Pacífico y en el Atlántico. En el Asia, las islas Filipinas, y las que dependen de su gobierno.

18 Según el artículo 8 de la Constitución de 1931, sobre la organización nacional, el Estado español, dentro de los límites irreductibles de su territorio actual, estará integrado por Municipios mancomunados en provincias y por las regiones que se constituyan en régimen de autonomía. Los territorios de soberanía del norte de África se organizarán en régimen autónomo en relación directa con el Poder central.

19 J. Varela Suanzes-Carpegna, "El origen y las atribuciones de la soberanía", en *La Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico. Las Cortes de Cádiz*, cit., 1983, p. 6.

En el caso argentino, según el artículo 4 del Proyecto de Constitución de 27 de enero de 1813 (Capítulo 2. Del territorio del Estado), el Territorio del Estado "comprende las Provincias de Buenos Aires, Paraguay, Córdoba, Salta, Potosí, Charcas, Cochabamba, La Paz, Cuyo y Banda Oriental. Conforme al artículo de la Constitución de las Provincias Unidas de Sudamérica de 1819.

Por su parte, en el supuesto chileno, la Constitución de 8 de agosto 1818 preceptuaría en el Capítulo IV acerca De los Gobernadores de Provincias y sus Tenientes, que el Estado de Chile se halla dividido por ahora en tres provincias: la capital, Concepción y Coquimbo (artículo 1), mientras que la Constitución Política del Estado de Chile de 30 de octubre de 1822, cuyo Título I tiene la rúbrica De la Nación Chilena y de los chilenos, dispone el artículo 3 que el territorio de Chile conoce por límites naturales: al sur, el Cabo de Hornos; al norte, el despoblado de Atacama; al oriente, los Andes; al occidente, el mar Pacífico; y le pertenecen las islas del Archipiélago de Chiloé, las de la Mocha, las de Juan Fernández, la de Santa María y demás adyacentes. Posteriormente, las Leyes Federales de 1826 dividieron el territorio nacional en ocho provincias: Coquimbo (basada en la antigua provincia de Coquimbo), Aconcagua, Santiago, Colchagua (resultado de la división de la antigua provincia de Santiago), Maule, Concepción, Valdivia y Chiloé (estas cuatro resultaron de la división de la antigua provincia de Concepción).

De ese mismo año, la Constitución Argentina de 1826 estableció en su artículo 11 que los diputados para la primera legislatura se nombrarán en la proporción siguiente: por la capital, cinco; por el territorio desmembrado de la capital, cuatro; por la provincia de Córdoba, seis; por la de Catamarca, tres; por la de Corrientes, tres; por la de Entre Ríos, dos; por la de Montevideo, cuatro; por la de Mendoza, dos; por la de Misiones, uno; por la de La Rioja, dos; por la de Salta y Jujuy, tres; por la de Santiago del Estero, cuatro; por la de San Juan, dos; por la de San Luis, dos; por la de Santa Fe, uno; por la de Tucumán, tres, y por la de Tarija, dos. Por su lado, la Constitución Política de la Republica de Chile de 8 de agosto de 1828 determinaría en el Capítulo sobre la Nación que "su territorio comprende de Norte a Sur, desde el desierto de Atacama hasta el Cabo de Hornos, y de Oriente a Occidente, desde las Cordilleras de los Andes hasta el mar Pacífico, con las islas de Juan Fernández y demás adyacentes. Se divide en ocho provincias, que son: Coquimbo, Aconcagua, Santiago, Colchagua, Maule, Concepción, Valdivia y Chiloé (artículo 2). Igualmente, la Constitución de 23 de mayo de 1833, considerada reforma de la Constitución política de Chile promulgada en 1828, dedica el Capítulo I al territorio, cuyo artículo 1 establecerá que el territorio de Chile "se extiende desde el Desierto de Atacama hasta el Cabo de Hornos, y desde las Cordilleras de los Andes hasta el Mar Pacífico, comprendiendo el Archipiélago de Chiloé, todas las Islas adyacentes, y las de Juan Fernández".

Además, el territorio fue objeto de regulación a los efectos de su posible modificación, bien voluntaria, bien en el contexto de episodios bélicos. En el primer caso, en virtud del artículo 13 de la Constitución argentina de 1856, podrán admitirse nuevas Provincias en la Confederación, pero no podrá erigirse una Provincia en el territorio de otra u otras, ni de varias formarse una sola, sin el consentimiento de la Legislatura de las Provincias interesadas y del Congreso. En segundo lugar, la consideración constitucional del territorio tuvo también en cuenta las circunstancias en que se produjo la redacción del texto doceañista, en cuyo articulado se prevén incluso las reglas de funcionamiento en el caso de ocupación temporal por el art. 109: "si la guerra o la ocupación de alguna parte del territorio de la Monarquía por el enemigo impidieren que se presenten a tiempo todos o algunos de los Diputados de una o más provincias, serán suplidos los que falten por los anteriores Diputados de las respectivas provincias, sorteando entre sí hasta completar el número que les corresponda".

Finalmente, la naturaleza constitucional del territorio tendrá tres consecuencias jurídicas más en el ámbito de la ciudadanía, de los miembros del Poder Judicial y del estatuto del Jefe del Estado: en primer lugar, se regula como uno de los criterios delimitadores de la residencia y nacionalidad de los ciudadanos: la ciudadanía se pierde, entre otros motivos, por haber residido cinco años consecutivos fuera del territorio español sin comisión o licencia del Gobierno (artículo 24.2). En segundo lugar, el territorio formará parte del estatuto jurídico de los miembros del Poder Judicial: para ser nombrado magistrado o juez se requiere haber nacido en el territorio español, y ser mayor de veinticinco años (artículo 251). Y en tercer lugar, el territorio se utiliza también como elemento del estatuto jurídico del Rey en el artículo 172.2, donde se preceptúa que "no puede el Rey ausentarse del Reino sin consentimiento de las Cortes, y si lo hiciere, se entiende que ha abdicado la Corona".

2. La configuración legislativa del territorio

La delimitación constitucional del territorio queda complementada habitualmente con la reserva de ley. El artículo 11 del texto gaditano completará la delimitación constitucional con la reserva de ley para que sean las Cortes quienes organicen el territorio: "Se hará una división más conveniente del territorio español por una ley constitucional, luego que las circunstancias políticas de la Nación lo permitan". El citado Decreto CLXIV de 23 de mayo de 1812, sobre el establecimiento de las Diputaciones provinciales en la Península y Ultramar, dispuso que, con el objeto de facilitar la ejecución del artículo 325 de la Constitución, las Cortes decretan que

hasta que se proceda a la división del territorio español prevista en el artículo 11, habrá treinta y ocho Diputaciones provinciales (que se convirtieron en 29 intendencias y 13 consulados durante el sexenio absolutista). Tras una división en 52 provincias durante el trienio liberal de 1822²⁰, que no entraría en vigor, Javier de Burgos realizará una nueva división provincial de cuarenta y nueve provincias en virtud del Real Decreto de 30 de noviembre de 1833, basada en el proyecto de 1822 pero sin las provincias de Calatayud, Villafranca del Bierzo y Játiva. El Real Decreto de 21 abril de 1834 habría de dividir las provincias en 463 partidos judiciales.

En el caso argentino, según el artículo 31 de la Constitución de 1819, al Congreso corresponde privativamente formar las leyes que deben regir en el territorio de la Unión, "demarcar el territorio del Estado, y fijar los límites de la Provincias" (artículo 40). Además, según el artículo 74, el Director del Estado es Jefe Supremo de todas las fuerzas de mar y tierra, pudiendo celebrar y concluir tratados con las naciones extranjeras: salvo el caso de enajenación ó desmembración de alguna parte del territorio, en que deberá exigirse el consentimiento de dos tercios de la Cámara de Representantes (artículo 83). Asimismo, según la Constitución Política del Estado de Chile de 30 de octubre de 1822, sobre las facultades del Congreso, corresponde a éste demarcar el territorio del Estado, los límites de los departamentos, situar las poblaciones y titularlas (artículo 47.28º). Y con mayor detalle, en virtud del artículo 67.14 de la Constitución argentina de 1856, corresponde al Congreso arreglar definitivamente los límites del territorio de la Confederación, fijar los de las Provincias, crear otras nuevas, y determinar por una legislación especial la organización, administración y gobierno que deben tener los territorios nacionales, que queden fuera de los límites que le asignen a las Provincias.

V. La configuración constitucional del territorio como circunscripción electoral.

En la Constitución de 1812, la configuración constitucional del territorio queda regulada en el Capítulo I del Título III con la rúbrica Del modo de formarse las

20 Andalucía: Jaén, Córdoba, Sevilla, Huelva, Cádiz, Málaga, Granada y Almería; Aragón: Calatayud, Huesca, Zaragoza y Teruel; Asturias: Oviedo; Baleares: Baleares; Canarias: Canarias; Castilla la Nueva: Guadalajara, Toledo, Cuenca, Madrid y Ciudad Real; Castilla la Vieja: Ávila, Palencia, Burgos, Soria, Segovia, Valladolid, Logroño y Santander; León: León, Salamanca, Zamora y Villafranca del Bierzo; Cataluña: Barcelona, Tarragona, Lérida y Gerona; Extremadura: Cáceres y Badajoz; Galicia: La Coruña, Lugo, Orense y Vigo; Murcia: Chinchilla y Murcia; Navarra: Pamplona; Valencia: Castellón, Valencia, Alicante y Játiva; y Vascongadas: Bilbao, San Sebastián y Vitoria.

Cortes bajo el principio de representación nacional y no territorial -"Las Cortes son la reunión de todos los Diputados que representan la Nación, nombrados por los ciudadanos en la forma que se dirá - (artículo 27 de la Constitución de 1812). Aunque el texto constitucional alude al amplio territorio como espacio dividido en ambos hemisferios, esta mención es irrelevante a efectos de la representación nacional, puesto que según el artículo 28 la base para la representación nacional es la misma en ambos hemisferios.

Como elemento del sistema electoral, la circunscripción ejemplifica la vinculación del territorio con el poder soberano a través del principio representativo, que se concreta en el modelo de representación nacional en una sola cámara legislativa frente a la representación territorial²¹. Según el artículo 35 de la Constitución de 1812, las Juntas Electorales de Parroquia se compondrán de todos los ciudadanos vecindados y residentes en el territorio de la parroquia respectiva, entre los que se comprenden los eclesiásticos seculares. A la Junta Electoral de Parroquia se une la división que representa la Junta Electoral de Partido y la Junta Electoral de Provincia, lo que permitirá el nombramiento de electores, compromisarios y diputados como representantes de la nación soberana, incluidos los territorios ultramarinos²².

La circunscripción provincial se complementa con la atribución de un diputado por cada 70.000 almas de la población "y si resultase en alguna el exceso de más de 35.000 almas, se elegirá un Diputado más, como si el número llegase a 70.000, y si el sobrante no excediere de 35.000, no se contará con él". En el caso de que hubiese alguna provincia cuya población no llegue a 70.000 almas, pero que no baje de 35.000, elegirá por sí un Diputado; y si bajare de este número, se unirá a la inmediata para completar el de 70.000 requerido. La Isla de Santo Domingo nombrará un Diputado, cualquiera que sea su población (artículo 33).

Para la elección de los Diputados de Cortes se celebran juntas electorales de parroquia (Capítulo III), donde los vecinos eligen compromisarios -quienes nombran un elector parroquial por cada 200 vecinos -, juntas electorales de partido

21 M. M. Lorente Sariñena, *La nación y las Españas: Representación y territorio en el constitucionalismo gaditano*. Universidad Autónoma de Madrid, Servicio de Publicaciones, 2010, pp. 11 y ss, 271 y ss; J. M. Portillo Valdés, "Cuerpo de nación, pueblo soberano: la representación política en la crisis de la monarquía hispana", *Ayer*, 61, 2006, pp. 47-76.

22 En total tomaron asiento 86 diputados ultramarinos en las Cortes de Cádiz: 29 suplentes elegidos en Cádiz; 36 propietarios por los Ayuntamientos (dos de ellos fueron suplentes después elegidos por su ciudad), 23 diputados constitucionales. No todos estuvieron presentes de forma simultánea y hubo un máximo de unos 50 representantes ultramarinos juntos.

-compuestas de los electores parroquiales para nombrar el elector o electores que han de concurrir a la capital de la provincia para elegir los Diputados de Cortes - y juntas electorales de provincia, compuestos de los electores de todos los partidos a fin de nombrar los Diputados que le correspondan para asistir a las Cortes como representantes de la Nación²³.

En el caso chileno, ejemplo de la inclusión de la circunscripción en el régimen constitucional electoral lo hallamos en el Reglamento Constitucional Provisorio de 1812, cuyo artículo 10 dispone que "a la creación del Senado se procederá en el día por suscripción, como para la elección de los vocales del gobierno" y el Senado será representativo, correspondiendo dos a cada una de las provincias de Concepción y Coquimbo y tres a la de Santiago.

Por su parte, según el artículo 11 de la Constitución Argentina de 1826, para la primera legislatura los diputados se nombrarán en la proporción siguiente: por la capital, cinco; por el territorio desmembrado de la capital, cuatro; por la provincia de Córdoba, seis; por la de Catamarca, tres; por la de Corrientes, tres; por la de Entre Ríos, dos; por la de Montevideo, cuatro; por la de Mendoza, dos; por la de Misiones, uno; por la de La Rioja, dos; por la de Salta y Jujuy, tres; por la de Santiago del Estero, cuatro; por la de San Juan, dos; por la de San Luis, dos; por la de Santa Fe, uno; por la de Tucumán, tres, y por la de Tarija, dos.

Más adelante en el tiempo, en la Confederación Argentina de 1 de mayo de 1853, su artículo 35 establece una vinculación del territorio con el nombre del Estado: las denominaciones adoptadas sucesivamente desde 1810 hasta el presente Provincias Unidas del Río de la Plata; República Argentina, Confederación Argentina serán en adelante nombres oficiales indistintamente para la designación del Gobierno y territorio de las provincias, empleándose las palabras "Nación Argentina" en la formación y sanción de las leyes²⁴. En cuanto a la delimitación te-

23 En el problema de la representación de América, como diputado suplente en dichas Cortes, el chileno Joaquín Fernández de Leiva, ante la incertidumbre existente frente a las pocas definiciones dadas por el Rey ante el invasor, defendió la necesidad una pronta nueva Constitución que garantizara el ejercicio de la soberanía: "Cuando se presente entre nosotros verá VM como llena de aplausos a este Congreso por haber sostenido sus derechos y los de la Nación; pues sólo un Rey es respetable cuando reina sobre un pueblo libre. Propongo a VM que se establezcan los principios fundamentales de la Constitución. Esta es una medida que evita las arbitrariedades de los Reyes cuando está formada por principios liberales, y no suceda que los ecos de nuestra libertad se queden en los límites de este corto recinto sin que pasen a las provincias. Hágase una Constitución buena y que ponga trabas a las voluntariedades del Rey, y entonces el más cruel de los hombres no podrá hacernos infelices". *Diario de Sesiones. 30 de diciembre de 1811.* Tomo II, p. 204.

24 Según el artículo 13, podrán admitirse nuevas Provincias en la Confederación, pero no podrá

rritorial, en virtud del artículo 38, los Diputados para la primera Legislatura de la Cámara de Diputados se nombrarán en la proporción siguiente: por la Capital, seis (6); por la Provincia de Buenos Aires, seis (6); por la de Córdoba, seis (6); por la de Catamarca, tres (3); por la de Corrientes, cuatro (4); por la de Entre Ríos, dos (2); por la de Jujuy, dos (2); por la de Mendoza, tres (3); por la de La Rioja, dos (2); por la de Salta, tres(3); por la de Santiago, cuatro(4); por la de San Juan, dos(2); por la de Santa Fe, dos (2); por la de San Luis, dos (2), y por la de Tucumán, tres (3).

Por último, la Constitución argentina de 1856 proclamaría en su artículo 38 que los Diputados para la primera Legislatura "se nombrarán en la proporción siguiente": por la Capital, seis (6); por la Provincia de Buenos Aires, seis (6); por la de Córdoba, seis (6); por la de Catamarca, tres (3); por la de Corrientes, cuatro (4); por la de Entre Ríos, dos (2); por la de Jujuy, dos (2); por la de Mendoza, tres (3); por la de La Rioja, dos (2); por la de Salta, tres(3); por la de Santiago, cuatro(4); por la de San Juan, dos(2); por la de Santa Fe, dos (2); por la de San Luis, dos (2), y por la de Tucumán, tres (3).

VI. El territorio como división administrativa: reserva de ley y leyes especiales para América.

En el Título VI de la Constitución de 1812, sobre el Gobierno interior de las provincias y de los pueblos, se establece una organización territorial articulada en Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales: en el Capítulo I, dispone el artículo 309 que "para el gobierno interior de los pueblos habrá Ayuntamientos compuestos de alcalde o alcaldes, los regidores y el procurador síndico, y presididos por el jefe político donde lo hubiere, y en su defecto por el alcalde o el primer nombrado entre éstos, si hubiere dos. Por su parte, el Capítulo II, sobre el gobierno político de las provincias y de las Diputaciones provinciales, establece en el artículo 324 que el gobierno político de las provincias residirá en el jefe superior, nombrado por el Rey en cada una de ellas, para lo cual en cada provincia habrá una Diputación llamada provincial, para promover su prosperidad, presidida por el jefe superior (artículo 325) y compuesta del presidente, el intendente y de siete individuos (artículo 326)²⁵.

erigirse una Provincia en el territorio de otra u otras, ni de varias formarse una sola, sin el consentimiento de la Legislatura de las Provincias interesadas y del Congreso.

25 J. García Fernández, "El municipio y la provincia en la Constitución de 1812", *Revista de Derecho Político*, 83, 2012, pp. 468-472; A. Nieto, *Los primeros pasos del Estado constitucional*, 1^a edición, Barcelona, Ariel Derecho, 1996, pp. 243-246.

Bajo el principio de entendimiento dualístico que, según Varela-Suanzes, divide la titularidad de la soberanía y su ejercicio, la distribución vertical de los poderes políticos y administrativos permite que, en el régimen constitucional de 1812, las Provincias y los Ayuntamientos ejecuten, cada Administración en su nivel, competencias reconocidas constitucionalmente²⁶. Se trata de una organización territorial del Estado que Gallego Anabitarte califica de descentralización de las provincias y de centralización desconcentrada de los ayuntamientos a través de la regulación contenida en las Instrucciones de 1813 y 1823, normas que desarrollaron la obra constitucional gaditana²⁷.

Los artículos 321 y 335 delimitarán las competencias municipales y provinciales que se ejercen sobre el territorio. En relación a los ayuntamientos, dispone el art. 321 del texto gaditano: Estará a cargo de los Ayuntamientos las competencias sobre las siguientes materias: policía de salubridad y comodidad; auxiliar al alcalde en todo lo que pertenezca a la seguridad de las personas y bienes de los vecinos, y a la conservación del orden público; la administración e inversión de los caudales de propios y arbitrios, conforme a las leyes y reglamentos, con el cargo de nombrar depositario bajo responsabilidad de los que le nombran; hacer el repartimiento y recaudación de las contribuciones, y remitirlas a la Tesorería respectiva; cuidar de todas las escuelas de primeras letras y de los demás establecimientos de educación que se paguen de los fondos del común; cuidar de los hospitalares, hospicios, casas de expósitos y demás establecimientos de beneficencia, bajo las reglas que se prescriban; cuidar de la construcción y reparación de los caminos, calzadas, puentes y cárceles, de los montes y plantíos del común, y de todas las obras públicas de necesidad, utilidad y ornato; formar las Ordenanzas municipales del pueblo y presentarlas a las Cortes para su aprobación por medio de la Diputación provincial, que las acompañará con su informe; y promover la agricultura, la industria y el comercio, según la localidad y circunstancias de los pueblos, y cuanto les sea útil y beneficioso.

Por su parte, el artículo 335 preceptúa que "tocará" a las Diputaciones: intervenir y aprobar el repartimiento hecho a los pueblos de las contribuciones que hubieren cabido a la provincia; velar sobre la buena inversión de los fondos públicos de los pueblos y examinar sus cuentas, para su aprobación, cuidando de que en todo se observen las leyes y reglamentos; cuidar de que se establez-

26 Cfr. J. Varela Suanzes-Carpega, *La teoría del estado en los orígenes del constitucionalismo hispano*, cit., pp. 421 y ss.

27 A. Gallego Anabitarte, "España 1812; Cádiz, Estado Unitario, en perspectiva histórica", en M. Artola (dir.), "Las Cortes de Cádiz", *Revista Ayer*, núm. 1, 1991, p. 125-166.

can Ayuntamientos donde corresponda los haya, conforme a lo prevenido en el art. 310, si se ofrecieren obras nuevas de utilidad común de la provincia, o la reparación de las antiguas, proponer al Gobierno los arbitrios que crean más convenientes para su ejecución, a fin de obtener el correspondiente permiso de las Cortes. En Ultramar, si la urgencia de las obras públicas no permitiese esperar la resolución de las Cortes, podrá la Diputación, con expreso asenso del Jefe de la provincia, usar, desde luego, de los arbitrios, dando inmediatamente cuenta al Gobierno para la aprobación de las Cortes; promover la educación de la juventud conforme a los planos aprobados, y fomentar la agricultura la industria y el comercio, protegiendo a los inventores de nuevos descubrimientos en cualquiera de estos ramos; dar parte al Gobierno de los abusos que noten en la administración de las rentas públicas; formar el censo y la estadística de las provincias; cuidar de que los establecimientos piadosos y de beneficencia llenen su respectivo objeto, proponiendo al Gobierno las reglas que estimen conducentes para la reforma de los abusos que observaren.; dar parte a las Cortes de las infracciones de la Constitución que se noten en la provincia; y por último, las Diputaciones de las provincias de Ultramar velarán sobre la economía, orden y progresos de las misiones para la conversión de los indios infieles, cuyos encargados les darán razón de sus operaciones en este ramo, para que se eviten abusos.

Para el correcto funcionamiento de este sistema competencial bifronte, el Decreto CLXIV de 23 de mayo de 1812, sobre el establecimiento de las Diputaciones provinciales en la Península y Ultramar, dispuso que, con el objeto de facilitar la ejecución del artículo 325 de la Constitución, y de que pueda verificarse "el útil establecimiento de las Diputaciones provinciales", las Cortes decretan que hasta que se apruebe la división del territorio español prevista en el artículo 11, "habrá Diputaciones provincia les en la Península é islas adyacentes, en Aragón, Asturias, Avila, Búrgos, Cataluña, Córdoba, Cuenca , Extremadura, Galicia, Granada, Guadalajara con Molina, Jaén, León, Madrid, Mancha, Murcia, Navarra, Palencia, en cada una de las provincias Vascongadas, en Salamanca, Segovia, Sevilla, Soria, Toledo, Valencia, Valladolid , Zamora, islas Baleares é islas Canarias. Quedan pues concretados territorios provinciales que la Constitución no especificaba: Avila, Búrgos, Cuenca, Guadalajara, Madrid, Mancha, Palencia. "Y en Ultramar las habrá en cada una de las provincias que expresamente se nombran en el artículo 10 de la Constitución, y "además por ahora": en la América Meridional, en el Perú la del Cuzco, en Buenos-Aires la de Charcas, y en la Nueva-Granada la de Quito; y en la América Septentrional, en Nueva-España la de San Luis Potosí, á que se agregue Guanajuato; en Guatemala otra, que se fijará en León de Nicaragua con la provincia de Costa-Rica, y en la isla de Cuba otra en Santiago de Cuba.

Un año más tarde, el Decreto CCLXIX de 23 de junio de 1813 aprobaría "la Instrucción para el gobierno político-administrativos de las provincias", materializada en una organización administrativa provincial en la que, como dice Alejandro Nieto, concurren dos factores: la base territorial que ha de soportarla y el establecimiento de una estructura político-administrativa de dirección y gestión²⁸. A tal efecto, el texto constitucional de 1812 establece un centro originario de poder -un Estado representado en única cámara por diputados de todas las provincias, incluidas las americanas - y dos centros de poder derivado: las Diputaciones y Ayuntamientos. Particular interés presenta el régimen de las Provincias, pues adquieren competencias políticas y hasta cuasi-constitucionales. Y no obstante tampoco debemos olvidar que, ciertamente, el "gobierno político de las provincias residirá en el Jefe superior, nombrado por el Rey" (art. 324 de la Constitución de 1812). Existirán dos ejes bien separados: el representativo (Jefes-Diputaciones-Ayuntamiento) y el gubernativo (Gobierno-Jefe Político-Alcalde): a los órganos representativos colegiados competirá lo económico y administrativo, y a los órganos democráticos, lo político-gubernativo-ejecutivo²⁹.

Bajo la influencia de estos principios y preceptos doceañistas y de los cambios operados en la península al albur de la dialéctica reformismo constitucional-restauración absolutista, la Constitución Política del Estado de Chile de 30 de octubre de 1822 se apartaría nominalmente de la tradición francesa de intendentes, preceptuando en el Título VI, sobre el Gobierno de los pueblos, que "quedaban abolidas las Intendencias, y el territorio se dividirá en departamentos, y éstos en distritos" (artículo 142); además, el departamento tendría un Juez Mayor con el nombre de Delegado Directorial, con mando en lo político y militar dentro de las demarcaciones (artículos 143 y 144). Pronto quedará materializada también la influencia norteamericana con la calificación federal de Chile establecida en las Leyes Federales de 1826, sin una Constitución formalmente aprobada pero considerada como tal. En efecto, aunque el 11 de julio de ese año se había aprobado un proyecto de ley que constituyó a la República de Chile "por el sistema

28 Cfr. A. Nieto, *Los primeros pasos del Estado constitucional*, cit., p. 245, y *Estudios históricos de Administración y Derecho Administrativo*, 1986, pp. 14 ss y 56 y ss., y 371-372.

29 La conclusión sobre la esencia del debate constituyente en este punto se resume en palabras de Martínez Sospedra: "las dos posiciones estaban claras: frente a cuerpos administrativos dependientes del Gobierno, cuerpos políticos representantes de la población y destinados a ser órganos de autogobierno". El importantísimo artículo 333, que fijaba en detalles las funciones de las Diputaciones, apenas levantó polémica alguna al dar satisfacción parcial a los americanos. Cfr. M. Martínez Sospedra, *La Constitución de 1812 y el primer liberalismo español*. Valencia, Catedra Fadrique Furio Ceriol. 1978, pp. 281 y 282. Nos remitimos también a nuestro trabajo, "La integración de grandes territorios en la teoría constitucional doceñista", *Historia Constitucional*, 14, 2013.

federal, cuya Constitución se presentará a los pueblos para su aceptación", la federalización se adoptó en virtud de las leyes de 26, 27 y 29 de julio y de 30 de agosto, cuyas disposiciones incluían la elección popular de gobernadores, cabildos y párrocos e implementaban Asambleas provinciales con carácter legislativo. No llegó, sin embargo, a tener consagración constitucional: el Congreso, al tramitar el proyecto de Constitución no llegó a decidirse acerca de la forma unitaria o federal, suspendiendo sus sesiones en mayo de 1827, a lo que siguió la suspensión de las citadas leyes en agosto de ese año.

La organización del territorio constitucional adoptaría el sistema de intendencias en la Constitución Política de la República de Chile 1828, cuyo texto dedicaría su Capítulo X al gobierno y administración interior de las provincias: "se ejercerá en cada una por la Asamblea Provincial y por el Intendente" (artículo 108). La particularidad más relevante de esta regulación reside en el estatuto jurídico de las Asambleas Provinciales, compuestas de miembros elegidos directamente por el pueblo, en el modo que prescribirá la ley general de elecciones (artículo 109). Según el artículo 114.3º y 4º, se atribuye a las Asambleas Provinciales nombrar Senadores y proponer en terna los nombramientos de Intendentes, viceintendentes y jueces letRADos de primera instancia, así como establecer Municipalidades en aquellos lugares donde las crean convenientes. Además, así como los intendentes y vice-intendentes eran nombrados por el Poder Ejecutivo, en cada ciudad o villa "que tenga Municipalidad habrá un Gobernador local", que la preside y cuyo nombramiento "se hará a pluralidad absoluta de sufragios por la Municipalidad. Su duración será por dos años" (artículo 119).

Con una organización territorial más compleja en términos administrativos (provincia, departamento, subdelegaciones y distritos) e institucionales (intendente, gobernador, subdelegado e inspector), sin duda como consecuencia de las nuevas actividades administrativas de fomento, la reforma de la Constitución de 23 de mayo de 1833 incluirá un artículo sobre el gobierno y administración interior, según el cual el territorio de la República se divide en provincias, las provincias en departamentos, los departamentos en subdelegaciones y las subdelegaciones en distritos (artículo 115), mientras que "habrá una Municipalidad en todas las capitales de departamento, y en las demás poblaciones en que el Presidente de la República, oyendo a su Consejo de Estado, tuviere por conveniente establecerla (artículo 122). La organización institucional queda regulada de la siguiente forma: a) Intendente.- El gobierno superior de cada Provincia en todos los ramos de la administración residirá en un Intendente (artículo 116), quien lo ejercerá con arreglo a las leyes y a las órdenes o instrucciones del Presidente de la República, de quien es agente natural o inmediato; b) Gobernador.- El gobierno

de cada departamento reside en un Gobernador subordinado al Intendente de la provincia, nombrado por el Presidente de la República a propuesta del respectivo Intendente, y susceptible de ser removido por éste con aprobación del Presidente" (artículo 118). Además, el Intendente de la provincia es también gobernador del departamento en cuya capital resida; c) Subdelegado.-Las subdelegaciones son regidas por un Subdelegado subordinado al Gobernador del departamento, nombrado por él; y d) Inspector.- Los distritos son regidos por un Inspector bajo las órdenes del Subdelegado que éste nombra y remueve dando cuenta al Gobernador.

Volviendo a España, el Título XI De las Diputaciones Provinciales y de los Ayuntamientos de la Constitución Española de 1837, dispondrá en el artículo 69 que en "cada provincia habrá una Diputación provincial, compuesta del número de individuos que determine la ley, nombrados por los mismos electores que los Diputados a Cortes. Para el gobierno interior de los pueblos habrá Ayuntamientos, nombrados por los vecinos, a quienes la ley conceda este derecho (artículo 70). La misma regulación y en el mismo ordinal para el Título encontramos en la Constitución Española de 1845 (artículos 72 a 74): en cada provincia habrá una Diputación provincial, elegida en la forma que determine la ley y "compuesta del número de individuos que ésta señale" (artículo 72), mientras que en virtud de su artículo 73, habrá en los pueblos Alcaldes y Ayuntamientos: los Ayuntamientos serán nombrados por los vecinos a quienes la ley confiera este derecho.

Los avances de la doctrina administrativista aparecen en el artículo 37 de la Constitución de 1869, según el cual la gestión de los intereses peculiares de los pueblos y de las provincias corresponde respectivamente a los Ayuntamientos y Diputaciones provinciales, con arreglo a las leyes. Esta configuración legal de la organización territorial por expresa reserva de la Constitución había sido prevista ya en el artículo 71 de la Constitución de 1837 y 74 de la Constitución de 1845: la ley determinará la organización y funciones de las Diputaciones provinciales y de los Ayuntamientos. El texto de 1845 se completa con el inciso "y la intervención que hayan de tener en ambas Corporaciones los delegados del Gobierno", mientras que el artículo 99 de la Constitución de 1869 (Título VIII De las Diputaciones Provinciales y Ayuntamientos) incorporará una serie de principios jurídicos de gran alcance, reguladores que complementan la reserva de ley de la organización y atribuciones de las Diputaciones provinciales y Ayuntamientos: 1º. Gobierno y dirección de los intereses peculiares de la provincia o del pueblo por las respectivas Corporaciones; 2º. Publicidad por las sesiones de unas y otras dentro de los límites señalados por la ley; 3º. Publicación de los presupuestos, cuentas y acuerdos importantes de las mismas; 4º. Intervención del Rey, y en su caso de las Cortes, para impedir que las Diputaciones provinciales y los Ayunta-

mientos se extralimiten de sus atribuciones en perjuicio de los intereses generales y permanentes; y 5º. Determinación de sus facultades en materia de impuestos a fin de que los provinciales y municipales no se hallen nunca en oposición con el sistema tributario del Estado. Siguiendo estos principios constitucionales pero más limitado en su contenido, la Constitución de 1876, bajo la misma rúbrica, De las Diputaciones Provinciales y de los Ayuntamientos, dispondrá en los artículos 82 a 84 que en cada provincia habrá una Diputación provincial, elegida en la forma que determine la ley y compuesta del número de individuos que ésta señale, ajustándose a los mismos principios que la Constitución de 1869, excepto el de publicidad por las sesiones de unas y otras dentro de los límites señalados por la ley, que resultó eliminado.

Por último, debemos realizar una mención a las leyes especiales que el constitucionalismo decimonónico español dedicaría a la organización territorial de Ultramar tras la Constitución de 1812, cuyo artículo 335 prevé que, en Ultramar, si la urgencia de las obras públicas no permitiese esperar la resolución de las Cortes, podrá la Diputación, con expreso asenso del Jefe de la provincia, usar, desde luego, de los arbitrios, dando inmediatamente cuenta al Gobierno para la aprobación de las Cortes; además de la competencia de estas diputaciones ultramarinas para velar sobre la economía, orden y progresos de "las misiones para la conversión de los indios infieles, cuyos encargados les darán razón de sus operaciones en este ramo, para que se eviten abusos".

Continuando esta senda constitucional ultramarina, el artículo adicional 2º de la Constitución de 1837 y el artículo adicional (artículo 80) de la Constitución de 1845 establecieron que "las provincias de Ultramar serán gobernadas por leyes especiales". Incluso un título propio, el Título X De las Provincias de Ultramar, contiene la Constitución de 1869, cuyo artículo 108 establece que las Cortes Constituyentes reformarán el sistema actual de gobierno de las provincias de Ultramar, cuando hayan tomado asiento los Diputados de Cuba o Puerto Rico, para hacer extensivos a las mismas, con las modificaciones que se creyeren necesarias, los derechos consignados en la Constitución. Por su parte, el artículo 109, dispone que el régimen por que se gobiernan las provincias españolas situadas en el Archipiélago filipino será reformado por una ley.

Finalmente, el Título XIII de la Constitución de 1876, con la rúbrica Del Gobierno de las Provincias de Ultramar, contempla en su artículo 89 que las provincias de Ultramar serán gobernadas por leyes especiales, pero el Gobierno queda autorizado para aplicar a las mismas, con las modificaciones que juzgue convenientes y dando cuenta a las Cortes, las leyes promulgadas o que se promulguen

para la Península. Con reserva de ley y posible régimen asimétrico, para Cuba y Puerto Rico se prevé: "serán representadas en las Cortes del Reino en la forma que determine una ley especial", que podrá ser diversa para cada una de las dos provincias. Según el Artículo Transitorio, el Gobierno determinará cuándo y en qué forma serán elegidos los representantes a las Cortes de la isla de Cuba.

VII. El territorio como demarcación judicial y criterio delimitador de la competencia de jueces y tribunales.

El territorio cumplió asimismo una función delimitadora de las demarcaciones judiciales, aunque su regulación constitucional solo se contempló en el texto gaditano, a diferencia de las demás constituciones, que omiten toda referencia a la materia o incluyen una genérica reserva de ley, como el artículo 78 de la Constitución de 1876, según el cual las leyes determinarán los Tribunales y Juzgados que ha de haber, la organización de cada uno, sus facultades, el modo de ejercerlas y las calidades que han de tener sus individuos.

En primer texto de nuestro constitucionalismo se trata de una división provisional que el artículo 272 de la Constitución de 1812 somete a reserva de ley: cuando llegue el caso de hacerse la conveniente división del territorio español, indicada en el artículo 11, se determinará con respecto a ella el número de Audiencias que han de establecerse y se les señalará territorio. Junto a esta reserva, la arquitectura judicial doceñista constitucionaliza el territorio como principio delimitador en el Título V De los Tribunales y de la Administración de Justicia en lo Civil y en lo Criminal: en virtud del art. 261, "toca a este Supremo Tribunal" dirimir todas las competencias de las Audiencias entre sí en todo el territorio español y las de las Audiencias con los Tribunales especiales que existan en la Península e islas adyacentes, mientras que en Ultramar se dirimirán estas últimas según lo determinaren las leyes.

Además, Conforme al artículo 262, todas las causas civiles y criminales se feneerán dentro del territorio de cada Audiencia, correspondiendo a las Audiencias conocer de todas las causas civiles de los Juzgados inferiores de su demarcación en segunda y tercera instancia, y lo mismo de las criminales, según lo determinen las leyes; así como de las causas de suspensión y separación de los jueces inferiores de su territorio, en el modo que prevengan las leyes, dando cuenta al Rey (artículo 263). También "pertenece" a las Audiencias conocer de las competencias entre todos los jueces subalternos de su territorio (art. 265), los recursos de fuerza que se introduzcan, de los Tribunales y autoridades eclesiásticas de su territorio

y recibir de todos los jueces subalternos de su territorio avisos puntuales de las causas que se formen por delitos (artículo 267). Por último, todos los jueces de los Tribunales inferiores deberán dar cuenta, a más tardar dentro de tercer día, a su respectiva Audiencia de las causas que se formen por delitos cometidos en su territorio, y después continuarán dando cuenta de su estado en las épocas que la Audiencia les prescriba (artículo 276).

Cabe mencionar asimismo la Constitución de Chile de 1823, cuyos artículos 174 y 175 se refieren a la capital, la provincia y la municipalidad: en la capital son jueces de conciliación cada uno de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, y en las provincias que tengan jueces de letras, los alcaldes de la Municipalidad. También merece una atención los artículos 91 y 93 de la Constitución argentina de 29 de diciembre de 1853, que se refieren al Poder Judicial de la Federación, ejercida por una Corte Suprema de Justicia y por "los demás tribunales inferiores" que el Congreso estableciera en el territorio de la Confederación.

Por último, la Constitución de Argentina de 24 de diciembre de 1826 disponen que "se establecerán Tribunales Superiores de Justicia en las capitales de aquellas provincias que la legislatura juzgue conveniente, atendidas las ventajas de su situación geográfica, población y demás circunstancias" (artículo 137), cuya ámbito competencial incluye conocer en grado de apelación de los recursos que se elevan a ellos de los Juzgados de primera instancia y de los demás negocios que les correspondan por ley, no sólo del territorio de la provincia de su residencia, sino del de las demás que la ley declare dependientes a este respecto (artículo 138).

VIII. Conclusiones.

Tres conclusiones se derivan del análisis del régimen jurídico del territorio inscrito en el constitucionalismo español, chileno y argentino durante el siglo XIX. En primer lugar, con la base jurídica de la Constitución de 1812 y su Título II Del territorio de las Españas..., los textos constitucionales examinados consideran el territorio como un elemento esencial del Estado, merecedor de una detallada enumeración en el texto de los códigos constitucionales, que delimitan así el ámbito de actuación del poder del Estado y de aplicación de las normas. Salvados los casos minoritarios en que se incluye una expresa reserva de ley, las Constituciones dedican importantes preceptos -normalmente ubicados en el inicio de su articulado o en los preceptos sobre las circunscripciones electorales -, a dotar del rigidez constitucional a la regulación del territorio. A partir del artículo 10 de la Constitución de Cádiz, el Proyecto de Constitución argentina de 27 de

enero de 1813 (Capítulo 2. Del territorio del Estado), la Constitución chilena de 8 de agosto de 1818, la Constitución Política del Estado de Chile de 30 de octubre de 1822, la Constitución Argentina de 1826, la Constitución Política de la República de Chile de 8 de agosto de 1828 o la Constitución argentina de 1856 constitucionalizan el espacio físico del Estado, condicionando con ello elementos jurídico tan importantes como la ciudadanía, la residencia, el estatuto jurídico de los miembros del Poder Judicial y el estatuto jurídico del Rey.

En segundo lugar, en la experiencia constitucional de estos tres Estados (España, Chile y Argentina), el territorio se convierte en un elemento esencial del Estado sobre cuyo régimen jurídico se proyecta la transformación de la estructura de poderes desde el Antiguo Régimen hacia el Estado constitucional. Ninguno de los otros tres elementos del Estado, ni el poder soberano, ni la nación ni el Derecho, serían lo que son en el constitucionalismo del siglo XIX sin el régimen jurídico concedido al territorio y los principios que lo rigen. La soberanía reside ya en la Nación, representadas en el Parlamento y definida como la reunión de los españoles de ambos hemisferios, conforme a un concepto que se repetirá en las Constituciones liberal-democráticas (no las doctrinarias) del siglo XIX: una reunión de ciudadanos asentados sobre el territorio previamente constitucionalizado o, si se prefiere, una comunidad política soberana de base territorial, así en el artículo 3 del Reglamento Constitucional Provisorio de 1812 o el artículo 1 de la Constitución chilena de 8 de agosto de 1828. La representación de la nación tiene su reflejo inmediato en el sistema parlamentario decimonónico de los tres Estados. Aunque en las Cortes de Cádiz los "americanistas" hicieron resonar los ecos del federalismo, en 1812 triunfó un monocameralismo que representan a la Nación, no a los territorios, igual que en el primer Congreso Nacional de Chile, de carácter unicameral, o en la Constitución Política del Estado de Chile de 29 de diciembre de 1823.

Distinto modelo presentan los casos argentinos del Proyecto de Constitución de 1813, de la Constitución de la Confederación Argentina de 1853 o de la Constitución de 1856, si bien se trata del mismo proceso de formación estatal de la nación como reunión de personas aunque bajo el método confederal/federal norteamericana: el artículo 2 del texto de 1813 proclama sin ambages que la Soberanía del Estado "reside esencialmente en el Pueblo; y el ejercicio de ella en sus inmediatos Delegados", puesto que "el Pueblo es la reunión de todos los hombres" (artículo 3). En la evolución argentina, el régimen parlamentario daría lugar a una representación bicameral con un Cuerpo Legislativo dividido en dos Salas: la Sala del Senado y la Sala de los representantes de las Provincias, así en la Constitución de las Provincias Unidas de Sudamérica de 1819, la Constitución Argentina de 1826, la Constitución argentina de 1853 o la de 1856.

Y, en tercer lugar, el territorio aparecerá configurado por las cuatro funciones que asume en el constitucionalismo gaditano como modelo que se traslada generalmente al constitucionalismo del siglo XIX en los tres Estados: a) La delimitación de las fronteras nacionales y del objeto del poder y del Derecho del Estado; b) La regulación del territorio como circunscripción electoral (parroquia, partido y provincia) en Cádiz, en el chileno Reglamento Constitucional Provisorio de 1812, en la Constitución Argentina de 1826, en la Constitución de 1853, y en la Constitución de 1856; c) La división administrativa para la ejecución de las competencias estatales conforme a los principios de descentralización y desconcentración con una organización territorial articulada en Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales en el caso de Cádiz, que incluye un sistema competencial de lista en los artículos 321 y 335; el modelo de la Constitución Política del Estado de Chile de 30 de octubre de 1822, que se aparta nominalmente de la tradición francesa de intendentes, la organización del territorio constitucional conforme al sistema de intendencias en la Constitución Política de la República de Chile 1828 o el sistema más complejo en términos administrativos (provincia, departamento, subdelegaciones y distritos) e institucionales (intendente, gobernador, subdelegado e inspector) de la Constitución de 23 de mayo de 1833; y d) La demarcación judicial y criterio delimitador de la competencia de Jueces y Tribunales, que será la única de las cuatro que no encuentre acogimiento regular en el constitucionalismo chileno y argentino.

En síntesis, sobre la base del constitucionalismo doceañista, este régimen jurídico del territorio constitucionalizado durante el siglo XIX, con todos sus retrocesos e interrupciones, se erige en elemento fundamental de la teoría del Estado en la experiencia comparada de España, Chile y Argentina, y marcará la historia parlamentaria y administrativa de los tres Estados, al configurar su sistema parlamentario, su modelo de representación política, el sistema electoral, su organización territorial, los elementos de su capitalidad y su planta judicial.

IX. Bibliografía.

- AMUNÁTEGUI, Miguel Luis de (1888), José Joaquín de Mora. Apuntes biográficos. Santiago. Imprenta Nacional. 351 pp.
- ARGÜELLES, A. DE, Discurso preliminar a la Constitución de 1812 (Introducción de L. Sánchez Agesta), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1981, 133 pp.
- CAFFARENA, P., "Pensamiento y participación política de Joaquín Fernández de Leiva en las Cortes de Cádiz", *Tiempos de América. Revista de Historia, Cultura y Territorio*, 2011, n. 18, pp. 33-46.
- CAMPOS HARRIET, Francisco (1956), Historia Constitucional de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Colección de Estudios Jurídicos y Sociales. Vol. XIV. Santiago, 1956, 605 pp.
- CHUST, M., La cuestión de la nación americana en las Cortes de Cádiz, Valencia, UNED-UNAM, 1998.
 - "La revolución bihemisférica de la Constitución de 1812", *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 10, 2011, pp. 113-120.
 - "La notoria trascendencia del constitucionalismo doceañista en las Américas", *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, 26, 2012, pp. 47-58.
- CLAVERO, B. "Cádiz entre indígenas (Lecturas y lecciones de la Constitución y su cultura en tierra de los mayas)", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 65, 1995, pp. 931-992.
 - "Autotutela de los pueblos", *Revista Catalana D'Historia del Dret. Initium*, 1, 1996, pp. 283-298.
- ESTRADA MICHEL, R. "Regnícolas contra provincialistas. Un nuevo acercamiento a Cádiz con especial referencia al caso de la Nueva España", *Historia Constitucional*, 6, 2005, pp. 125-148, <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/66/54>

- FERNÁNDEZ SARASOLA, I., "La Constitución española de 1812 y su proyección europea e iberoamericana", *Fundamentos*, 2, 2000, pp. 359-457.
- "Sobre el objeto y el método de la Historia Constitucional Española", *Revista General de Derecho Constitucional*, 5, 2008, pp. 3-21.
- "El primer liberalismo", *Historia Contemporánea*, 43, 2011, 547-584.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, C. "La verificación de poderes en la elaboración y vigencia de la Constitución de 1812", *Revista de Derecho Político*, 83, 2012, pp. 65-107.
- GALLEGOS ANABITARTE, A. "España 1812: Cádiz, Estado unitario, en perspectiva histórica", *Revista Ayer*, 1, 1991 (Monográfico *Las Cortes de Cádiz*, dir. M. Artola), pp. 125-166.
- LORENTE SARIÑENA, M.M., M.M., *La nación y las Españas: Representación y territorio en el constitucionalismo gaditana*. Universidad Autónoma de Madrid, Servicio de Publicaciones, 2010, 288 pp.
- "La imagen de América y la cuestión de la ciudadanía hispana", *Historia Contemporánea*, 33, 2006, pp. 537-556.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *La Constitución de 1812 y el primer liberalismo español*. Valencia, Catedra Fadrique Furio Ceriol. 1978, 404 pp.
- "Doscientos años después. La influencia de la Constitución Española de 1.812 en las constituciones latinoamericanas en vigor. Una aproximación", *Revista de Derecho Político*, 84, 2012, pp. 463-465.
- NIETO, A., *Los primeros pasos del Estado constitucional*, 1^a edición, Ariel Derecho, Barcelona, 1996, 608 pp.
- PORTILLO VALDÉS, J.M., "La constitución en el atlántico hispano, 1808-1824", *Fundamentos*, 6, 2010, pp. 123-178.

- RAMOS, D., "Las Cortes de Cádiz y América", REP, 126, 1962, pp. 433-640
 - SALAS, R., *Lecciones de Derecho Público Constitucional para las Escuelas de España*. Madrid, Imprenta Fermín Villalpando, 1821, II vols., 271 y 304 pp.
 - SÁNCHEZ AGESTA, L., *La democracia en Hispanoamérica. Un balance histórico*. Madrid, Rialp, 1987, p. 183.
 - TAJADURA TEJADA, J., "La problemática de los límites del poder de reforma constitucional en la Constitución de Cádiz: límites materiales y limitación temporal", *Historia Constitucional*, 13, 2012, pp. 257-270;
 - TOMÁS Y VALIENTE, F. "Génesis de la Constitución de 1812. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 65, 1995, pp. 13-126.
 - VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., *La Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico. Las Cortes de Cádiz*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, 380 pp.
- "Nación, representación y organización territorial del Estado en las Cortes de Cádiz", *Criterio Jurídico*, 11, 2011, pp. 11-49.

Palabras Claves

Constitucionalismo, Territorio, Representación territorial, América, División de Poderes, Provincias de Ultramar, España, Chile, Argentina.

Key Words

Constitutionalism, Territory, Territorial representation, America, Division of Power, Overseas Provinces, Spain, Chile, Argentina.

Resumen

Este artículo describe y analiza el territorio como elemento de la teoría del Estado en el constitucionalismo iberoamericano del siglo XIX a partir de la experiencia comparada de España, Chile y Argentina. Con los fundamentos de la Constitución de Cádiz, en las constituciones analizadas el territorio se erige en territorio constitucional de la nación, desvinculado de todo poder señorial, normalmente sometido a reserva de ley y dirigido al cumplimiento de cuatro funciones: a) Delimitación de las fronteras nacionales y del objeto del poder y del Derecho del Estado; b) Regulación del territorio -parroquia, partido y provincia - como elemento del sistema electoral (circunscripción) que resulta de la vinculación del territorio con el poder soberano a través del principio representativo; c) División administrativa para la ejecución de las competencias estatales conforme a los principios de descentralización y desconcentración y d) Demarcación judicial y criterio delimitador de la competencia de Jueces y Tribunales.

Abstract

From comparative experience of Spain, Chile and Argentina, this article describes and analyzes the territory as an element in theory of the State during the nineteenth century in iberoamerican constitutionalism. With the theoretical foundations of the Constitution of Cadiz, the territory becomes nation's constitutional territory, not linked to abolished feudal powers, usually subjected to legal reserve and directed to fulfill four functions: a) Definition of national boundaries and object of power and State law, b) Regulation of territory - parish, district and province - as an electoral system (constituency), resulting from linking of the territory with sovereign power through the representative principle; c) Administrative division for the execution of state powers in accordance with the principles of decentralization and deconcentration; and d) Judicial demarcation and criterion delimiter of judicial competition.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA INFLUENCIA DE LA
CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA EN LA DOMINICANA EN MATERIA
DE GARANTÍAS NORMATIVAS.

SOME REFLECTIONS ABOUT THE INFLUENCE OF SPANISH
CONSTITUTION ON THE DOMINICAN CONSTITUTION IN
NORMATIVE GUARANTEES.

Dr. José Luis García Guerrero.
Profesor Titular de Derecho Constitucional.

SUMARIO

- I. Introducción.*
- II. Las materias protegidas por las garantías normativas.*
- III. La eficiacia jurídica inmediata.*
- IV. La reserva de ley impropia. Ley ordinaria y ley orgánica. Sus quórum.*
- V. La indisponibilidad del contenido esencial.*
- VI. El principio de razonabilidad o proporcionalidad.*
- VII. La reforma constitucional agravada como garantía normativa.*

I. Introducción.

Es probable que la Constitución dominicana de 2010 sea una de las más avanzadas de Iberoamérica. Esta Norma fundamental ha recibido una fuerte influencia de la Constitución española de 1978, especialmente constatable en su parte dogmática y más intensamente en su Título II referido a los derechos y libertades fundamentales. No se pretende en este trabajo un estudio exhaustivo de esta afirmación, constatable mediante una simple lectura del articulado de ambos textos, sino más limitadamente examinar el influjo de la Constitución española sobre las garantías normativas recogidas en la Constitución dominicana, aunque hablando rigurosamente se trata más bien de la traslación de categorías jurídicas de Alemania a América a través del texto constitucional español. Al tiempo que se aprovecha el trabajo para destacar cómo en la traslación se han pretendido eliminar alguno de los problemas que las garantías normativas han originado en España, así como analizar ciertas dificultades específicas que surgen con las garantías en el país caribeño. Finalmente, se aprecia en qué medida es trasladable la literatura jurídica y la jurisprudencia europea, especialmente la española, al ordenamiento jurídico dominicano. Con este objeto de conocimiento el trabajo se introduce en el concepto de garantía, en el específico problema dominicano de la delimitación del ámbito material de las garantías normativas, en su eficacia jurídica inmediata, en la reserva de ley y más concretamente en la dificultad autóctona de determinar los espacios reservados a la ley ordinaria y orgánica en esta materia en directa relación con sus quórum, así como en las restricciones que el legislador recibe del contenido esencial y del principio de proporcionalidad. Finalmente se constata cómo no se olvidó el constituyente dominicano de contemplar a la reforma constitucional agravada como una garantía normativa más. En consecuencia, se comenzará por examinar si la Constitución dominicana responde al concepto de garantía y más específicamente si diferencia entre las jurisdiccionales, institucionales y normativas.

Aunque los procesos revolucionarios francés y estadounidense partían básicamente de un mismo concepto de constitución es indudable que su desarrollo más inmediato condujo a una rápida divergencia. En Francia primero y después en toda Europa se consolidó la Constitución política así denominada por limitarse a regular la parte orgánica, esto es, la estructura organizativa del poder¹, y por carecer de fuerza jurídica vinculante frente a ese poder. Se consagró un Estado de Derecho, con la ley como máxima norma expresión de un parlamento que

¹ Se trataba de regular el Estado, no la sociedad, véase ARAGÓN REYES, M. (1995). *Libertades económicas y estado social*, Madrid, Mc Graw-Hill, pp. 2-3, y sus matices a la afirmación.

representaba directamente la soberanía de la nación. Los derechos y libertades fundamentales se proclamaron en una Declaración no provista de valor jurídico y al margen de la constitución.

En cambio en los Estados Unidos de América rápidamente se alcanzó una Constitución normativa donde no sólo se reguló la organización del poder sino también los derechos y las libertades fundamentales, tras las primeras enmiendas constitucionales; además y no por ello menos importante, la norma de normas se dotó de auténtica fuerza jurídica vinculante frente al poder gracias a las cláusulas de reforma constitucional y a la *judicial review* tras la sentencia *Marbury versus Madison*². Se consagró el Estado Constitucional de Derecho, con la constitución como máxima norma jurídica, límite al poder, incluido el parlamento. Surgió así un poder constituyente como límite real y efectivo a los poderes constituidos, límites que sólo podrían ser superados apelando a la soberanía popular a través del poder constituyente constituido, con lo que se salvaguardó al tiempo el principio democrático.

Europa continental abraza este modelo estadounidense de forma generalizada tras la II Guerra Mundial, con las excepciones, llenas de matices, del Reino Unido y de Francia. La Constitución racional normativa no sólo regula la organización del poder, como hacia la Constitución política, y los derechos y libertades fundamentales sino todos los fundamentos de la vida humana y sus variadas relaciones sociales. Se alcanza el Estado Constitucional de Derecho³, fase superadora del Estado de Derecho, y la literatura jurídica empieza a acuñar el término garantía constitucional con el que quiere hacerse referencia a los instrumentos jurídicos que protegen a la propia constitución frente a posibles ataques o violaciones. Instrumentos que no son otros que la reforma constitucional y el control de constitucionalidad. Se trata, como ha señalado Rubio Llorente, de una auténtica revolución⁴, por fin se garantiza lo que acertadamente Kägi denominó la fuerza vinculante bilateral de la norma, que obliga por igual a los ciudadanos y a los poderes públicos⁵. No está exento de problemas este tránsito del Estado

2 Sobre la importancia de la reforma constitucional en Estados Unidos para institucionalizar el poder constituyente originario del pueblo y la supremacía de la constitución como norma jurídica, véase PÉREZ ROYO, J. (1987). La reforma de la Constitución, Madrid, Congreso de los Diputados, pp. 23-24.

3 Sobre la divergencia entre Europa y Estados Unidos y la posterior convergencia véase DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ TREVIJANO, P. (1992). Curso de Derecho Constitucional Español, II, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, pp. 347-348.

4 RUBIO LLORENTE, F. (1993). La forma del poder (Estudios sobre la Constitución), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 507, señala: "La introducción de la jurisdicción constitucional en Europa no ha sido producto de una evolución, sino de una revolución".

5 KÄGI, W. (1945). Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich, Polygraphischer

de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, por citar algunos, señalaré los peligros que el control de constitucionalidad genera al principio democrático⁶ o el carácter excesivamente abierto que los tribunales constitucionales otorgan a veces a los preceptos constitucionales, devaluando su carácter jurídico.

Hasta aquí se ha entendido el término garantías constitucionales como los instrumentos jurídicos que protegen a la propia constitución frente a posibles ataques o violaciones, en este supuesto la constitución es el objeto de la acción de garantizar. No obstante, el concepto garantía constitucional se puede entender en un segundo sentido, concretamente, como la protección que determinada norma jurídica recibe por el hecho de encontrarse incluida en la constitución, ésta no opera como el objeto de la acción de garantizar sino como el sujeto⁷. Este segundo sentido es el que aquí nos interesa, dado que el término garantías normativas no es otra cosa que un tipo de garantías constitucionales pero para entenderlo cabalmente se debe recordar sintéticamente la evolución que han tenido los derechos y libertades fundamentales en su protección.

En un primer momento se consideró que la garantía de los derechos fundamentales quedaba cubierta mediante su proclamación solemne en Declaraciones de derechos, que esto bastaba para asegurarles un importante grado de tutela en la medida en que los derechos y libertades definían y legitimaban a los sistemas políticos; la noción de garantía se identificaba con el propio contenido del derecho. Más adelante, y con la preocupación de consolidar las conquistas revolucionarias, se estimó oportuno ampliar la protección de los derechos mediante su inclusión en las constituciones; se alcanzaba así el grado de tutela que dimana de una garantía constitucional, esto es, la protección que determinada norma jurídica recibe por el hecho de encontrarse contenida en la constitución. Finalmente, se amplió la tutela al establecerse expresamente en la constitución procedimientos e instituciones específicos para la protección de los derechos y libertades fundamentales; hay quien se refiere solamente a estos últimos cuando emplea la expresión garantías de los derechos fundamentales.

Verlag, pp. 49 y ss., dice: "lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional, frente a todo el mundo del autoritarismo, es la fuerza vinculante bilateral de la norma, esto es, la vinculación a la vez de las autoridades y de los ciudadanos, de todas las autoridades y de todos los ciudadanos".

⁶ Véase FERRERES COMELLA, V. (2007). *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2^a edición; y AHUMADA RUIZ, M. (2005). *La jurisdicción constitucional en Europa*, Navarra, Thomson-Civitas.

⁷ Véase DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ TREVIJANO, P., *Curso de Derecho Constitucional Español*, ob. cit., p. 344.

Aquí se va a utilizar el término garantía constitucional de los derechos y libertades para referirse a la protección que reciben por encontrarse recogidos en la constitución y a los diferentes procedimientos e instituciones que han sido establecidos por ésta para tutelarlos específicamente. La doctrina comparada ha considerado que esta protección puede diferenciarse atendiendo a tres tipos de garantías, las jurisdiccionales, las institucionales, y, las que más tardaron en ser aceptadas, las normativas.

Las garantías jurisdiccionales, en línea con el viejo aforismo anglosajón: *Where there is no remedy there is no right*, esto es, sin tutela judicial no hay derecho, están prácticamente en todos los ordenamientos que disfrutan de un concepto racional normativo de constitución. Se establece un amplio abanico de recursos jurisdiccionales ante los tribunales ordinarios, constitucionales e internacionales. Así la Constitución dominicana, tras afirmar su normatividad en el artículo 6 y proclamar en el 7 el Estado de Derecho, reconoce la tutela judicial efectiva (art. 69), el habeas data (art. 70), la acción de habeas corpus (art. 71) o la acción de amparo (art. 72) dentro del Capítulo II del Título II, bajo la rúbrica "De las Garantías a los Derechos Fundamentales".

Las garantías institucionales se recogen en la Constitución dominicana en el Título VIII, cuyo artículo 191 establece que "La función esencial del Defensor del Pueblo es contribuir a salvaguardar los derechos fundamentales de las personas y los intereses colectivos y difusos...". Por su parte, el artículo 169, párrafo I, dispone que "En el ejercicio de sus funciones el Ministerio Público garantizará los derechos fundamentales que asisten a ciudadanos y ciudadanas...". Parece así que podría seguirse la estela española donde el Ministerio Público se ocupa de la protección de los derechos en el campo de la administración de justicia, quedando el resto de ámbitos en manos del Defensor del Pueblo.

Finalmente las garantías normativas tratan de vincular efectivamente al legislador y su importancia es tal que hay quien estima que este elemento es lo que caracteriza a un derecho como fundamental⁸. El objetivo se alcanza otorgándoles eficacia jurídica inmediata; estableciendo reservas de ley impropias para acto seguido imponer límites a las restricciones que el legislador puede imponer a los derechos, lo que se realiza, en primer lugar, declarando un determinado contenido

⁸ CRUZ VILLALÓN, P. (1989). "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, pp. 39-40, afirma que las garantías jurisdiccionales y la capacidad de limitar al legislador en su función de regular el ejercicio de los derechos fundamentales es lo que hace reconocible a los derechos fundamentales como categoría".

esencial como indisponible para el legislador y, en segundo lugar, exigiendo a éste el respeto al principio de proporcionalidad cuando resuelva los conflictos entre derechos o entre éstos y principios, valores o bienes constitucionales; finalmente el objetivo también se consigue dificultado la reforma constitucional de los artículos sobre derechos fundamentales en mayor medida que otros preceptos constitucionales.

La Constitución dominicana recibe nuevamente aquí la influencia de la Constitución española que, a su vez, la había tenido de la Ley Fundamental de Bonn. El artículo 68, dentro del capítulo II, Título II, "De las Garantías de los Derechos Fundamentales", recoge la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales; en el capítulo III del mismo Título II, bajo la rúbrica "De los principios de aplicación e interpretación de los derechos y garantías fundamentales" el artículo 74, en su apartado 2, contempla la reserva de ley impropia en la regulación del ejercicio de los derechos, el respeto a su contenido esencial y el principio de razonabilidad que, como se tendrá ocasión de analizar, es muy probablemente el propio principio de proporcionalidad; el artículo 112 introduce otra reserva de ley impropia, la ley orgánica para las que por su naturaleza regulan los derechos fundamentales, así como para otras materias principales; finalmente el artículo 272, dentro del Título XIV, prevé un endurecimiento de la reforma constitucional cuando ésta verse sobre derechos o sus garantías al exigir su aprobación mediante referéndum.

II. Las materias protegidas por las garantías normativas.

Una vez delimitadas conceptualmente las garantías normativas es necesario ocuparse de las materias que protegen. Si uno atiende a las rúbricas de la Constitución dominicana parecería que la totalidad son aplicables al capítulo I del Título II, que lleva por rúbrica "De los Derechos Fundamentales", por tanto a sus cuatro secciones: "De los derechos civiles y políticos", "De los derechos económicos y sociales", "De los derechos culturales y deportivos" y "De los derechos colectivos y del medio ambiente". También habría que considerar como derechos fundamentales los contenidos en los tratados internacionales ratificados por República Dominicana y, por tanto, aplicarles la totalidad de las garantías normativas, en virtud del artículo 74.3 cuando dispone que "Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado Dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado". Además, habría que añadir que algunas de estas garantías normativas despliegan su eficacia sobre las garantías jurisdic-

cionales de los artículos 69 a 72 por mandato del artículo 74 y de su apartado 2, específicamente, la reserva de ley ordinaria impropia, el contenido esencial y el principio de proporcionalidad, en la medida en que sea posible -surgen algo más que dudas sobre la aplicación de la proporcionalidad a las garantías jurisdiccionales-. Asimismo la especial dificultad de la reforma se extiende, por mandato del artículo 272, no sólo a las garantías jurisdiccionales (arts. 69 a 72) sino también a la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales, es decir, a su eficacia jurídica (art. 68). Por tanto, las diferentes garantías normativas tienen distintos ámbitos materiales de protección en la Constitución dominicana y se cree que ello es consecuencia de que ésta sigue con acierto la influencia alemana, frente a la española, y no concibe dogmáticamente a las garantías de los derechos fundamentales como tales, al ubicar los derechos en el capítulo I y a sus garantías en el capítulo II, esto es, en diferente *sedes materiae*.

En apariencia éstas serían las materias relacionadas con los derechos fundamentales protegidas por las garantías normativas⁹. No obstante, es de temer que la cuestión no sea tan sencilla. ¿Son derechos fundamentales todos los preceptos de las cuatro secciones del capítulo I del Título II? ¿Hay o no derechos fundamentales fuera del capítulo I? La cuestión es extraordinariamente complicada y tendrá ocupada a la literatura jurídica dominicana y a su Tribunal constitucional durante bastante tiempo. A continuación se va a tratar de plantear el problema y de argumentar una solución al mismo.

Por lo que se refiere a los posibles derechos fundamentales situados fuera del Título II destaca el derecho de participación política, que incluye el sufragio activo y pasivo. La Constitución dominicana lo recoge en el artículo 22, cuya *sedes materiae* es el Título I, capítulo V, Sección II "De la ciudadanía". *Prima facie* no se piensa que con esta ubicación el poder constituyente manifieste claramente su voluntad de conceptuarlo como simple derecho constitucional con la consecuencia de que quede excluido como derecho fundamental. No resulta lógico que el poder constituyente se inspire, más fuertemente que ninguna otra constitución iberoamericana, en el tronco del constitucionalismo europeo y, al tiempo, excluya como derecho fundamental a un clásico dentro del constitucionalismo racional normativo no sólo europeo sino mundial. La respuesta puede encontrarse en su *sedes materiae*, la ciudadanía. Se trataría de vincular estrictamente este derecho fundamental a la nacionalidad dominicana, a los mayores de 18 años y a los que

⁹ En la reserva de ley orgánica y en la especial rigidez se incluyen otros ámbitos materiales ajenos a los derechos fundamentales que también se quieren proteger, véase *infra* el penúltimo párrafo de este apartado.

sin cumplir esa edad estén casados o hayan estado casados, con absoluta exclusión de la titularidad del derecho para los extranjeros. Decisión del constituyente que responde a la forma de ser permanente del pueblo dominicano y a un problema más reciente: la fuerte inmigración haitiana, lo que explicaría la singular ubicación de este derecho fundamental¹⁰. Apoya el argumento aquí sostenido el que idénticas razones justifican otra de las singularidades en materia de derechos fundamentales de la Constitución dominicana, que nuevamente se aleja del tronco del constitucionalismo racional normativo mundial, aunque en bastante menor medida, cuando el artículo 46 separa el derecho fundamental de toda persona a transitar, residir y salir libremente del territorio nacional, del derecho fundamental, que sólo tienen los dominicanos, a ingresar libremente en el país. Finalmente, que la *sedes materiae* de la ciudadanía es la explicación a la ubicación del derecho de participación política y con ello no se quiere excluir su fundamentalidad se confirma si se tiene presente, como *infra* se examinará en el apartado VII, el ámbito material de la reforma agravada: tres cuestiones ajenas a lo aquí tratado, ordenamiento territorial y municipal, régimen de la moneda y los procedimientos de reforma instituidos en la Constitución; y en lo que ahora interesa "derechos" -lo que permite distinguir entre simples derechos constitucionales y los fundamentales-, garantías fundamentales y deberes, así como de forma completamente reveladora: el régimen de nacionalidad, ciudadanía y extranjería.

Una segunda línea argumental de la tesis aquí sostenida sobre la fundamentalidad del derecho de participación política es que no parece criterio suficiente para buscar la voluntad del constituyente dominicano atender exclusivamente a las rúbricas de los diferentes capítulos y secciones. El diferente grado de protección que suministran las distintas garantías normativas no se identifica como en España por su ubicación material con indicación de títulos, capítulos, secciones o artículos sino por referencias dogmáticas a derechos fundamentales, garantías o deberes; por tanto, en cada caso habrá que ver si se está efectivamente en presencia de una de estas categorías jurídicas; en este campo se trata de una inexistente influencia de la Constitución española. Asimismo, juega en favor de la tesis aquí sostenida que dentro de los estados de excepción¹¹, el más intenso de ellos, el de

¹⁰ La polémica Sentencia del Tribunal Constitucional Dominicano TC/0168/13, que priva de la ciudadanía a personas nacidas en el país de padres inmigrantes irregulares haitianos, conocida con posterioridad a la remisión del texto a la revista para su evaluación, confirma la tesis sostenida en el texto sobre el riguroso test de nacionalidad imperante en la cultura jurídica dominicana en cuanto pótico de entrada para la titularidad de significativos derechos fundamentales como el de participación política.

¹¹ Véase el completo trabajo de GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E. (2012). "Los estados de excepción en la Constitución de la República dominicana, de 26 de enero de 2010: Defensa, emergencia y conmoción interior", en el libro dirigido por GONZÁLEZ TREVIJANO, P. y ARNALDO ALCUBILLA, E. *Comen-*

Defensa (art. 263) enumera un elenco de derechos y sus principales garantías jurisdiccionales que no podrán suspenderse durante su vigencia, todos ellos contenidos en el Título II "De los Derechos Fundamentales" a los que fuera de esa *sedes materiae* se añaden, muy reveladoramente, la nacionalidad y la ciudadanía. Además, diversos preceptos constitucionales protegen con garantías normativas el derecho de participación como es propio de un derecho fundamental. Así, sucede con la reserva de ley orgánica que se extiende al sufragio activo y pasivo, incluso en el caso que no se estimase la participación política como derecho fundamental, pues el régimen electoral, que indudablemente incluye el sufragio activo y pasivo, es uno de los ámbitos materiales enumerados por el artículo 112 como propios de la ley orgánica. Y lo mismo cabría decir de la materia ciudadanía, más amplio que el derecho de participación política, incluido por el artículo 272 como ámbito que requiere una reforma constitucional agravada en cuánto garantía normativa¹².

En lo que hace referencia a la primera pregunta, la mayor parte de la literatura jurídica dominicana, con Jorge Prats a la cabeza, parece entender que las cuatro secciones del capítulo I del Título II recogen derechos y libertades fundamentales. Obviamente, la opinión se fundamenta únicamente en la rúbrica del capítulo I "De los derechos fundamentales"¹³. No obstante, la cuestión es compleja y creo que habrá que esperar a la decisión del Tribunal Constitucional. Como se acaba de explicar en el párrafo anterior, la Constitución española diferencia entre derechos fundamentales, derechos constitucionales y principios rectores y otorga una diferente protección a cada una de estas categorías jurídicas y para identificarlas recurre a títulos, capítulos, secciones, a sus rúbricas y a artículos; en cambio, la Constitución dominicana cuando establece la diferente protección de las garantías normativas se aleja de este criterio y utiliza el dogmático al referirse a derechos fundamentales o garantías. Además, incluso, en el caso español donde los derechos fundamentales se identifican por incluirse en la sección I del capítulo II del Título I es pacífico en

tarios a la Constitución de la República dominicana, Tomo II, Madrid, La Ley y Universidad Rey Juan Carlos, pp. 1345 y ss.

¹² JORGE PRATS, E. (2010). *Derecho Constitucional*, vol. I, Santo Domingo, *Ius Novum*, p. 325, conceptúa como derecho fundamental a la ciudadanía.

¹³ Todas las opiniones emitidas prescinden de cualquier argumentación y atendiendo a la rúbrica del capítulo I presuponen que todos sus preceptos son derechos fundamentales. En la literatura jurídica dominicana, por ejemplo, JORGE PRATS, E., *Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 325. En España parece pronunciarse en el mismo sentido DÍAZ REVORIO, F.J. (2012), "Lineamientos fundamentales de la Constitución dominicana: sus decisiones básicas", en el libro dirigido por GONZÁLEZ TREVIJANO, P. y ARNALDO ALCUBILLA, E. *Comentarios a la Constitución de la República dominicana*, Tomo I, ob. cit., pp. 180-181.

la doctrina que la referida sección no sólo contiene derechos y libertades fundamentales sino otras categorías como garantías institucionales¹⁴, interdicciones, simples garantías, mandatos a los poderes públicos, entre otros tipos de preceptos constitucionales¹⁵. Creo que en la Constitución dominicana sucede lo mismo pero con más intensidad, esto es, que en el capítulo I del Título II bajo la rúbrica de los derechos fundamentales no sólo se proclaman éstos -especialmente en la sección primera donde se acoge la terminología estadounidense de derechos civiles y políticos- sino también otras categorías jurídicas. Estimo que en el referido capítulo hay además derechos constitucionales, necesitados de una mayor o menor *interpositio legislatoris*, simples garantías, interdicciones, mandatos a los poderes públicos, indicación de objetivos a alcanzar por éstos, garantías institucionales e, incluso, valores constitucionales de difícil juridificación como derechos fundamentales. El análisis somero de algunos preceptos de este capítulo, a modo de cata y con este único objeto, puede aclarar la tesis que se está sosteniendo aquí.

La dignidad humana¹⁶ viene recogida, entre otros artículos y en lo que aquí interesa, en el artículo 38 de la Constitución dominicana y aunque la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea parece contemplarla como derecho fundamental¹⁷ es dudoso que pueda llegarse a idéntica conclusión en República Dominicana. Si uno se atiene al tenor literal del precepto¹⁸ observa que su formulación es más propia de un valor constitucional que de un derecho fundamental; su explicitación lo convierte en el valor nuclear del nuevo orden constitucional dominicano, en su fundamento, en su columna vertebral, como norma hermenéu-

14 Véase a SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J. (1991). "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71, pp. 105-108, sobre las garantías institucionales y a BAÑO LEÓN, J. M. (1988). "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, pp. 155 y ss.

15 SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., "Algunas cuestiones básicas...", *ob. cit.*, p. 104, cuando afirma que no todos los preceptos contenidos en la Sección I son derechos fundamentales. En el mismo sentido, DE OTTO PARDO, I. (1995). *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Barcelona, Ariel, pp. 116-117, que encuentra garantías institucionales y reservas de ley que establecen mandatos a los poderes públicos.

16 Véase SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. (1995). "Dignidad de la persona", en ARAGÓN REYES, M., Voz de la *Enciclopedia Jurídica Civitas*, Madrid, pp. 2489 y ss. Sobre la materia véase también, OEHLING DE LOS REYES, A. (2010). *La dignidad de la persona*, Madrid, Dykinson.

17 Concretamente en el capítulo I "Dignidad", artículo 1, Dignidad humana: "La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida".

18 Constitución dominicana. Artículo 38.- Dignidad humana. "El Estado se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona y se organiza para la protección real y efectiva de los derechos fundamentales que le son inherentes. La dignidad del ser humano es sagrada, innata e inviolable, su respeto y protección constituyen una responsabilidad esencial de los poderes públicos".

tica que debe presidir la interpretación de cualquier negocio o relación jurídica¹⁹. El propio artículo aclara que los derechos fundamentales le son inherentes, con lo que prácticamente se descarta que éste sea dogmáticamente uno. Su respeto y protección, que se encomienda a los poderes públicos, no puede realizarse aisladamente sino en conexión con los diferentes derechos fundamentales en que se proyecta. En definitiva, la forma de redacción y la delimitación gramatical del precepto ofrece una indudable pauta interpretativa de la categoría jurídica que se contempla, tal y como estableció, por ejemplo, la STC 86/1985, donde analizada la delimitación gramatical del artículo 27.9 CE: "Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca", observa no un derecho subjetivo sino un mandato al legislador. Si alguna duda cupiere al respecto piénsese en los problemas que se originarían a la hora de realizar una concordancia práctica con cualquier derecho fundamental clásico en caso de confrontación, dado el carácter evanescente, poco denso que caracteriza a los valores constitucionales²⁰. El legislador y el intérprete jurídico tendrían un campo casi arbitrario para limitar cualquier derecho fundamental clásico apelando al valor. Más adelante se insistirá en la cuestión. Otro tanto, probablemente, cabría sostener del derecho al libre desarrollo de la personalidad del artículo 43.

La propiedad privada es más un derecho constitucional que un derecho fundamental cuando un estado se define como social²¹. El tenor gramatical del precepto invita a confirmar esta hipótesis. El artículo 51 tras reconocer y garantizar la propiedad la delimita por una función social que implica obligaciones, convirtiéndolo en un derecho subjetivo debilitado²². Se prevé la expropiación por

¹⁹ En el mismo sentido, DÍAZ REVORIO, F.J., "Lineamientos fundamentales de la Constitución dominicana...", *ob. cit.*, p. 182; y también SÁNCHEZ NAVARRO, A.J. (2012). "Los derechos y libertades" en el libro dirigido por GONZÁLEZ TREVIJANO, P. y ARNALDO ALCUBILLA, E. *Comentarios a la Constitución de la República dominicana*, Tomo II, *ob. cit.*, pp. 360-361, que además reconoce la dignidad como derecho fundamental en la Constitución dominicana, aunque no deja de afirmar que se trata de un concepto jurídico indeterminado que es susceptible de múltiples concresciones -lo que tiene su importancia para lo que inmediatamente se va a destacar *infra* en este mismo párrafo-.

²⁰ Véase DÍAZ REVORIO, F.J. (1997). *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, donde defiende la abstracción, generalidad o ambigüedad que caracteriza a los valores constitucionales.

²¹ BASTIDA FREIJEDO, F. (2005). *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos, pp. 34-35, estima la posibilidad de que en una Constitución liberal la propiedad privada se plasme como derecho fundamental con estructura de derecho subjetivo, mientras que en una Constitución democrática se organice más bien como derecho fundamental desde una perspectiva de garantía institucional. Aunque no acabo de compartir la fundamentación que lleva a este ejemplo si me parece muy relevante lo que subyace, esto es, la diferente conceptualización de la propiedad privada en un Estado liberal y en uno social.

²² La propiedad privada tendría un carácter bifronte, como derecho individual de uso, disfrute o

causa de utilidad pública o interés social mediante justiprecio e, incluso, que la indemnización pueda abonarse con posterioridad tras la declaratoria del Estado de emergencia o de defensa.

La protección a los menores de edad y, especialmente, a la tercera edad y a los discapacitados de los artículos 56 a 58 casan mal con una concepción de derecho fundamental subjetivo, cuya titularidad se debe referir a todos los individuos o como mínimo a los ciudadanos. Si se atiende al tenor literal gramatical se observa además que su redacción contiene un principio con eficacia hermenéutica como la primacía del interés superior del menor y, fundamentalmente, mandatos a los poderes públicos.

Las dificultades para alcanzar un concepto dogmático de derecho fundamental son considerables. La literatura jurídica más solvente sólo ha logrado alcanzar algunos consensos en sus rasgos distintivos. En esta línea aquí se sostiene que resulta complicado admitir que salvo alguna excepción, especialmente justificada como el derecho de participación política -en cuanto manifestación de la libertad e igualdad-, pueda estimarse como derecho fundamental aquel que no permite a su titular satisfacer ninguna de las facultades para las que se reconoce sin intervención del legislador. También es difícil de mantener que la realización de un derecho fundamental pueda depender de la disponibilidad económica por parte de los poderes públicos, cabría aquí nuevamente alguna singular excepción como la educación obligatoria por su inescindible relación con el desarrollo de la personalidad, que es precisamente la finalidad de este derecho y que constituye la clave nuclear interpretativa de la entera constitución, pero no la proclamación de un amplio elenco de derechos fundamentales de prestación. La razonabilidad de estas posiciones se aprecia si se consideran los esfuerzos de las diferentes cortes constitucionales en este sentido, éstas han intentado lo imposible para mantener la fundamentalidad, buscando un contenido mínimo en los casos de *interpositio legislatoris* o hablando de derechos de aplicación progresiva en los de prestación. Por ejemplo, la española ante dos derechos proclamados como fundamentales, en el primer caso, a propósito de la objeción de conciencia concluyó que el contenido mínimo aplicable era la no incorporación a filas²³; y, en el segundo caso, sobre el derecho a un trabajo remu-

señorío sobre cosas; y como institución, con una función social a cumplir. Este segundo aspecto va adquiriendo progresivamente una mayor importancia, de modo que la función social no es sólo un límite sino que puede determinar, por medio de la intervención del poder público correspondiente, el mismo contenido del derecho de propiedad. Estamos, en consecuencia, ante un derecho público subjetivo debilitado, que como dice el profesor Rubio Llorente, se asemeja más a una garantía institucional. *Apuntes de Cátedra de SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J.*

23 STC 15/1982, FJ 8º.

nerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad social de los reclusos señaló que a la hora de determinar la aplicabilidad de los derechos no basta con atender a su ubicación sistemática sino que es necesario tomar en cuenta su naturaleza prestacional, se trata de "un derecho de aplicación progresiva, cuya efectividad se encuentra condicionada a los medios de los que disponga la Administración en cada momento, no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza, su total exigencia de forma inmediata" (STC 172/1989, FFJJ 2º y 3º)²⁴. Estimo que estos esfuerzos denotan con claridad la dificultad de pretender incluir entre los derechos fundamentales aquellos que requieren de una intensa *interpositio legislatoris* o con carácter general a los derechos de prestación; en éstos pueden contemplarse algún caso aislado pero no un amplio elenco. Sería más inteligente reconocer que se está ante una categoría jurídica diferente a la de derechos fundamentales y construir dogmáticamente soluciones a los problemas específicos que estos derechos propios del Estado Social plantean y que poco tienen que ver con la dogmática de los derechos fundamentales. La Constitución dominicana, a modo de ejemplo, proclama solemnemente en el artículo 59 el derecho a la vivienda, pero rápidamente lo configura, lo delimita, en su redacción como un mandato para que los poderes públicos realicen ciertas políticas que permitan su satisfacción, por cierto, con una redacción muy similar a la empleada por la Constitución española.

Los derechos deportivos, culturales o colectivos y difusos son otro ejemplo de la tesis aquí sostenida y respecto a los mismos la propia Constitución dominicana aporta argumentos cuando el artículo 191, refiriéndose a las funciones del Defensor del Pueblo, diferencia entre la protección de los derechos fundamentales y de los intereses colectivos y difusos contenidos en esta Constitución y las leyes.

24 Sobre este esfuerzo del Tribunal Constitucional español véase MEDINA GUERRERO, M. (2008). "La eficacia vinculante de los derechos frente a los poderes públicos, en especial, frente al legislador", Comentario al artículo 53.1, en CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *Comentarios a la Constitución española, XXX Aniversario*, Fundación Wolters-Kluwer, Madrid, 2008, pp. 1158 y ss. El autor con acierto señala: "Con la inclusión de estos compromisos prestacionales del Estado en la Sección Primera del Capítulo II del Título I, vino a acuñarse una singular categoría de *derechos fundamentales de prestación*, a la cual, sin embargo, difícilmente puede anudarse en términos estrictos una de las notas esenciales de la fundamentalidad de los derechos, a saber, el reconocimiento de derechos subjetivos directamente alegables ante los Tribunales con base única y exclusivamente en el texto constitucional", p. 1160. Véase también los AATC 256/1988, de 29 de febrero, y 95/1989 de 20 de febrero, y la STC 17/1993, de 18 de enero, sobre los derechos de los reclusos; así como la STC 86/1985, sobre el pretendido derecho fundamental del artículo 27.9 CE "Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca", donde, analizada la delimitación gramatical del precepto, el Tribunal Constitucional español observa no un derecho subjetivo sino un mandato al legislador.

En consecuencia, se está defendiendo que la literatura jurídica, los jueces y el Tribunal Constitucional tienen una ardua labor en República Dominicana para identificar los derechos fundamentales de su Constitución y deslindarlos de otras categorías jurídicas. En tan importante tarea no sólo contarán con el apoyo de las teorizaciones dogmáticas²⁵ sino de algo más decisivo: el análisis concreto de la delimitación que la Constitución realiza dentro de cada precepto constitucional en su redacción²⁶. Esto no significa una devaluación de las figuras jurídicas contenidas en el capítulo I que no son derechos fundamentales. En estos casos habrá que decidir si con carácter general les son aplicables en la práctica algunas garantías normativas, institucionales y jurisdiccionales. Su juridicidad esta fuera de toda duda por la normatividad dispuesta por el artículo 6 de la Constitución dominicana y por la proclamación del Estado de Derecho del artículo 7²⁷. Cosa distinta es que a veces sea imposible su aplicabilidad inmediata, que su efectividad precise, en determinadas ocasiones, de una modulación a través de la ley, mediante *inteposito legislatoris*, y que en otros casos su eficacia jurídica sea interpretativa o se circunscriba a una eficacia habilitadora o restrictiva, promoviendo ciertas actuaciones de los poderes públicos e impidiendo otras, al igual que sucede con los principios rectores de la política económica y social de la Constitución española. Aunque con mayor potencialidad que éstos, como demuestra, a modo de ejemplo, el derecho a la educación del artículo 63, apartado 10, cuando señala: "La inversión del Estado en la educación, la ciencia y la tecnología deberá ser creciente y sostenida, en correspondencia con los niveles de desempeño macroeconómico del país. La ley consignará los montos mínimos y los porcentajes correspondientes a dicha inversión. En ningún caso se podrá hacer transferencias de fondos consignados a financiar el desarrollo de estas áreas". No debe minusvalorarse esta función habilitadora o restrictiva que podría llevar a la inconstitucionalidad de desarrollos legislativos que incumpliesen estos mandatos constitucionales, especialmente en el caso de la eficacia restrictiva cuando va acompañada de mandatos como el contenido en el artículo 63.10.

25 SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., "Algunas cuestiones básicas...", ob. cit., p. 92, estima que sólo hay un criterio material para identificar un derecho fundamental: "el de su relación, determinada ideológicamente, o teóricamente, o históricamente, o mediante referencias de este triple orden, con la dignidad y la libertad de la persona humana. Los derechos fundamentales, como ha quedado dicho, se refieren a relaciones o ámbitos vitales imprescindibles, en el estadio histórico y cultural en que nos movemos, para asegurar el desarrollo en libertad de la persona". Para una visión positivista véase BASTIDA FREIJEDO, F., *Teoría General de los Derechos Fundamentales...*, ob. cit., pp. 24 y ss.

26 Véase *supra* nota 24 *in fine*, donde al Tribunal Constitucional español no le ha quedado más remedio que acudir a esta técnica.

27 Véase *infra* el segundo párrafo del apartado III.

Finalmente, dentro del ámbito material de las garantías normativas se debe resaltar que, aunque éstas surgieron para proteger los derechos y libertades fundamentales, hay dos que como sucede en España protegen otras materias que no son derechos, deberes o garantías de aquéllos. Me refiero a la reserva de ley orgánica y a la especial protección que confiere el procedimiento agravado de reforma que requiere del referéndum popular. Concretamente, el artículo 112 amplía la garantía normativa de la reserva de ley orgánica a las normas que por su naturaleza regulan "la estructura y organización de los poderes públicos; la función pública, el régimen electoral; el régimen económico financiero; el presupuesto, planificación e inversión pública; la organización territorial; los procedimientos constitucionales; la seguridad y defensa; las materias expresamente referidas por la Constitución y otras de igual naturaleza"²⁸. La garantía normativa que supone establecer un procedimiento de reforma constitucional más rígido se encuentra previsto en el artículo 272, cuando éste, además de sobre derechos, garantías fundamentales y deberes, versa sobre: "el ordenamiento territorial y municipal, el régimen de nacionalidad, ciudadanía y extranjería, el régimen de la moneda, y sobre los procedimientos de reforma instituidos en esta Constitución".

Una vez realizada la delimitación conceptual y material se está en condiciones de concluir con el profesor Cruz Villalón que los derechos fundamentales se proyectan sobre la distinción legislador constituyente, legisladores constituidos. La tensión se plasma en la garantía específica de todo derecho fundamental: la vinculación efectiva del legislador, que puede ser negativa y positiva²⁹. La primera supone una interdicción que identifica un ámbito material vedado a los legisladores constituidos, que va desde la prohibición de reformar los derechos,

28 JORGE PRATS, E., *Derecho Constitucional*, vol. I, ob. cit., pp. 324-325, sistematiza 'las materias expresamente referidas por la Constitución', "que requieren ley orgánica pero que en realidad se reconducen, en gran medida a las materias reservadas: la regulación del mar territorial (art. 9.2) y la regulación del nombre y los límites de regiones, provincias y municipios (artículo 195) que se conectan con la organización territorial; la Ley Orgánica del Presupuesto (artículo 239) directamente conectada con la regulación del presupuesto; la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas (artículo 253) y la Ley Orgánica de la Policía Nacional, ejes esenciales del sistema de seguridad y defensa; y la Ley Orgánica de la Administración Local (artículo 203) vinculada tanto con el régimen electoral como con la estructura y organización de los poderes públicos, la función pública... y la organización electoral". Además considera, acertadamente, que cuando se habla de 'otras de igual naturaleza' a la ley orgánica, la Constitución dominicana se refiere a las "que estén directamente y estrechamente vinculadas" con éstas.

29 CRUZ VILLALÓN, P. (1991). "El legislador de los Derechos fundamentales", en LÓPEZ PINA, A., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales (Alemania, España, Francia e Italia)*, Madrid, Civitas, p. 129. Este libro es de obligada consulta para los siguientes apartados, así como MEDINA GUERRERO, M. (1996). *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw Hill.

campo reservado al legislador constituyente constituido, a la indisponibilidad del contenido esencial y el respeto al principio de proporcionalidad cuando el legislador establece con carácter general los límites de los derechos. La segunda o vinculación positiva implica una habilitación al legislador, con exclusión de otros poderes normativos, para regular por ley orgánica los derechos y libertades y regular a través de ley ordinaria su ejercicio. Estas cinco garantías normativas se complementan con la vinculación de los poderes públicos a los derechos, es decir, con su eficacia jurídica inmediata.

III. La eficacia jurídica inmediata.

La eficacia jurídica inmediata de los derechos fundamentales dispuesta por el artículo 68 *in fine* de la Constitución dominicana se corresponde con el artículo 53.1 de la Constitución española cuando establece que "los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos". Ambas constituciones son tributarias del artículo 1º de la Ley Fundamental de Bonn, que señala: "los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable"; al igual que sucede con el artículo 18.1 de la Constitución portuguesa que manifiesta: "Los preceptos constitucionales relativos a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables a las entidades públicas y privadas y vinculan a éstas".

Su eficacia jurídica inmediata se desprende del artículo 68.1 cuando establece que "Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley". Lo que debe entenderse como una concreción del genérico mandato del artículo 6. "Supremacía de la Constitución". "Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrario a esta Constitución". Este precepto es, sin duda, la expresión más decidida del carácter normativo de la Constitución. Por último, tampoco puede olvidarse el artículo 7, dada la necesidad de interrelacionar el Estado de Derecho con los derechos fundamentales, tal y como manifestó el Tribunal Constitucional español en la STC 21/1981, FJ 17º, (caso Pitarch): los derechos y libertades fundamentales "vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución) y que son origen inmediato de derechos y de obligaciones, y no meros principios programáticos". Eficacia jurídica reiterada específicamente por el artículo 74.3: "Los tratados, pactos y convenciones relativas a derechos humanos, suscritos y

ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado".

La reiteración encuentra su explicación en el deseo del constituyente de resaltar la importancia de los derechos fundamentales, pues a la par que derechos subjetivos tienen la significación de elementos esenciales del ordenamiento y fundamento del Estado dominicano. En efecto, el artículo 5 fundamenta la Constitución en la indisoluble unidad de la Nación y en "el respeto a la dignidad humana", que indudablemente se concretiza en un elenco de derechos fundamentales; el artículo 7 proclama a la República Dominicana como Estado Social y Democrático de Derecho, "fundado en el respeto a la dignidad humana" y en los "derechos fundamentales"; finalmente, el artículo 8 dispone como "función esencial del Estado, la protección efectiva de los derechos de la persona" y "el respeto de su dignidad".

Esta concepción reiterativa es análoga a la contenida en la Constitución española, por lo que le sería aplicable la afirmación contenida en la STC 15/1982, FJ 8º, cuando afirma: su aplicabilidad inmediata "no tendrá más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la propia Constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable [...] cuando se opera con esa reserva de configuración legal el mandato constitucional puede no tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido que [...] ha de ser protegido, ya que de otro modo [...] se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional en nuestro ordenamiento jurídico". Para evitar incurrir en este problema que a veces plantea la eficacia jurídica inmediata, y que la STC 15/1982 trató de solucionar en España, el constituyente dominicano tras proclamar la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales en el artículo 68.1 añade *in fine*, reveladoramente, que aquéllos "deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley". Lo que permite al intérprete acudir a la *Norma normarum* y a la ley para determinar la eficacia jurídica concreta de un precepto constitucional, superando así los problemas que ha planteado la Constitución española al Tribunal Constitucional a la hora de conferir eficacia jurídica inmediata, directamente emanada del texto constitucional, a algunos derechos fundamentales, como se puede observar *supra* nota a pie de página 23 y el texto que le sirve de base.

El artículo 68.1 señala omnicomprensivamente que los derechos fundamentales vinculan a "todos los poderes públicos" pero no lo hacen con cada uno de ellos de la misma forma por lo que será necesario un examen particularizado. El poder legislativo se encuentra vinculado positiva y negativamente. La vertiente segunda implica que el legislador no puede realizar regulaciones contrarias a los derechos

fundamentales o que conculquen su contenido esencial o que no respeten el principio de proporcionalidad al establecer los límites de los derechos. La primera exige una actuación decidida en su tutela, que en palabras de la STC 53/1585, FJ 4^a, significa: "la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan [...] obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa". A los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial corresponde velar por su eficacia inmediata a través de la tutela judicial efectiva, el *habeas data*, el *habeas corpus* o la acción de amparo de los artículos 69 a 72 según los casos. Más generalmente son los encargados de garantizar la aplicabilidad inmediata de los mandatos y principios constitucionales. Por ello, ante una norma preconstitucional o postconstitucional contraria al texto fundamental deben proceder a su inaplicación. El poder ejecutivo también se encuentra vinculado en el ejercicio de su potestad reglamentaria en términos similares aunque más estrictos que el legislador, además deben considerarse inaplicables las normas reglamentarias preconstitucionales y posconstitucionales contrarias a la Norma fundamental³⁰.

Finalmente, aunque el artículo 6, que es la manifestación más acabada de la normatividad de la Constitución, no incluye expresamente a los ciudadanos sí parece hacerlo el 68 cuando habla de satisfacción de los derechos fundamentales frente a sujetos obligados o deudores de los mismos. Más claramente el artículo 70 cuando permite la acción de *habeas data* en registros o bancos de datos privados. Y sin ninguna duda la acción de amparo del artículo 72 que protege frente a cualquier vulneración o amenaza a los derechos fundamentales por acción u omisión no sólo de toda autoridad pública sino de particulares, con lo que se garantiza la eficacia jurídica inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

En conclusión, como señala el profesor Prieto Sanchís, el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales implica: al encontrarse recogidos en una norma jurídica, en este caso constitucional, se imponen a las demás normas precedentes que habrán de ser interpretadas de conformidad con aquéllos y si esto no fuera posible serán expulsadas del ordenamiento jurídico; al hallarse reconocidos en la Constitución, en cuanto Norma *normarum* del sistema jurídico, vinculan a todos los poderes públicos y en especial al poder legislativo; la ausencia del debido desarrollo legislativo podrá dificultar pero nunca impedir su ejerci-

³⁰ La estructura de una diferente vinculación de los derechos fundamentales ante el poder legislativo, judicial y ejecutivo sigue a DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ TREVIJANO, P. J., *Curso de Derecho Constitucional español*, vol. II, ob. cit., pp. 349 y ss.

cio; finalmente, los derechos no sólo defienden el status subjetivo de sus titulares sino que constituyen criterios hermenéuticos preferentes que han de ser tenidos en cuenta en toda operación de creación o aplicación del derecho³¹.

IV. La reserva de ley impropia. Ley ordinaria y ley orgánica. Sus quórum.

La reserva de ley en el espacio continental europeo es una categoría creada en el marco de las monarquías constitucionales europeas³². Para comprenderla cabalmente es necesario reparar en las relaciones entre la corona y la soberanía, lo que nos permite discernir los diferentes tipos de monarquía que se han conocido. En la Absoluta la soberanía reside en el monarca. En la Limitada también, aunque el rey cede voluntariamente ciertas competencias a sus súbditos y siempre tiene el poder de recuperar éstas. En la Monarquía Constitucional, que es la que aquí interesa, la soberanía está compartida entre la corona y el parlamento, representante de la nación; el rey ejerce su soberanía en ciertos ámbitos materiales en virtud de su poder de ordenanza o ius dispensadi a través de un gobierno responsable ante él, que opera a través de normas reglamentarias; el parlamento actúa su soberanía mediante leyes; reglamento y ley se sitúan en un mismo plano jerárquico, el primero expresión de la soberanía del rey, la segunda del parlamento. Se trata de una distribución de competencias entre ambos poderes en línea, para entendernos, con lo que sucede en los estados compuestos entre el poder central y los entes territoriales periféricos -sean estos estados, provincias, länder o comunidades autónomas-. En este contexto surge la categoría reserva de ley, que quiere significar que una vez que el parlamento regula una materia mediante una ley, ésta en el futuro sólo podrá ser normada por los representantes de la nación, esto es, ese ámbito material queda permanentemente sustraído de la competencia del gobierno del rey, por esta razón se dice que esa materia tiene reserva de ley³³.

31 PRIETO SANCHÍS, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate.

32 Sobre la reserva de ley en general, su origen anglosajón en el medievo, su construcción doctrinal alemana a finales del siglo XIX, su plasmación en la Constitución de Weimar, su construcción jurisprudencial en Francia y su tardía traslación a España antes y después de la Constitución véanse las reveladoras páginas de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. (2013). **Curso de Derecho Administrativo I**, Decimosexta Edición, Madrid, Civitas, pp. 269-281; aunque obviamente sin contemplar su vinculación con los derechos fundamentales y con el nuevo estado constitucional de derecho, categorías desconocidas en la época en que se elaboraron estas teorías. En SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos...", *ob. cit.*, p. 103, puede consultarse el origen de la reserva de ley en la monarquía constitucional y doctrinaria, así como su subsistencia en regímenes de parlamentarismo equívoco o dualistas. Sobre su importancia respecto al principio de legalidad véase del mismo autor su lección "El Estado de Derecho" en *Apuntes de Cátedra*.

33 Véase DE OTTO PARDO, I., *Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 152, que relata como la reser-

Evidentemente, la historia de las Monarquías constitucionales es la disputa del parlamento frente al monarca para incrementar los ámbitos materiales sujetos a reserva de ley, reflejo, a su vez, de la lucha por la soberanía entre los defensores del antiguo régimen y los partidarios del constitucionalismo liberal, esto es, entre el principio monárquico y el democrático³⁴. El final de este enfrentamiento condujo, en aquellos lugares en que no desapareció la corona, a la Monarquía Parlamentaria donde la soberanía reside en el pueblo que la ejerce a través de su representante directo el parlamento mediante leyes que se ubican en la cúspide del ordenamiento jurídico. El reglamento pasa a ser una norma jerárquicamente subordinada a la ley, producida por un gobierno nombrado por el parlamento. La corona, cuando subsiste, pasa a ser un simple órgano constitucional dotado sólo de aquellas funciones conferidas por la constitución, que normalmente son simbólicas, representativas, moderadoras o arbitrales.

Las dificultades del moderno constitucionalismo para crear categorías nuevas que expliquen las nuevas realidades sociales han llevado a acuñar el término evolución de conceptos jurídicos constitucionales, lo que muchas veces quieren decir que ante la incapacidad de crear una nueva categoría jurídica se somete a modificaciones una antigua. Esto es lo que se estima que sucede con la reserva de ley en cuánto garantía normativa, que denominamos impropia para diferenciarla de la originaria desarrollada, como se ha reseñado, en el marco de la monarquía constitucional. La reserva de ley impropia no significa que una determinada materia se atribuya al parlamento, eso sucedía sólo en las Monarquías constitucionales pero hoy esa visión carece de sentido pues en una monarquía parlamentaria la ley, con los límites de la constitución, lo puede todo en cuánto expresión más cualificada del representante directo del soberano. Su significado reside en obligar a que una determinada materia, por su importancia, sea obligatoriamente regulada por el parlamento mediante ley con exclusión de cualquier otro tipo de norma jurídica o poder.

va de ley se establece para asegurar que la actuación de una administración dependiente del Rey sobre ciertos bienes de los individuos sólo podía tener lugar con la previa autorización de éstos a través de la ley; sitúa, en consecuencia, su origen en la Carta Magna y, posteriormente, en la monarquía constitucional germánica.

34 No deja de sorprender la importancia de esta pugna en el constitucionalismo actual. Numerosos conceptos y categorías jurídicas siguen incomprensiblemente impregnadas del principio monárquico. La preocupación sobre la materia surgió del epílogo de Manuel ARAGÓN REYES, al magnífico libro de GARRORENA MORALES, A. (1991). *Representación política y Constitución democrática*, Madrid, Cuadernos Civitas, pp. 116. Véase sobre este principio la literatura jurídica alemana citada por GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1985). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, p. 106. Así como las pp. 49-59 y 123-134, que junto al trabajo de BLANCO VALDÉS cita *infra* nota a pie de página 39, inspiran estas reflexiones y las primeras líneas del apartado primero.

Para seguir comprendiendo cabalmente la reserva de ley impropia, tras el tránsito en Europa desde el Estado de Derecho al Estado Constitucional, es necesario acudir nuevamente a la historia constitucional y al marco en que surge esta garantía normativa: los derechos fundamentales. La institución no es ajena a la contienda entre los defensores del antiguo régimen y los liberales, partidarios del concepto racional normativo de constitución. La naturaleza de los derechos fundamentales descansaba en su proclamación y en preservar unos ámbitos de libertad frente a toda intervención del poder público. El tiempo demostró la inviabilidad de esta concepción para garantizar su efectiva vigencia en la sociedad. Como se ha reseñado en el primer apartado, no era suficiente su simple proclamación en una Declaración de derechos, ni siquiera su juridificación en las constituciones racional normativas sino que hubo que acudir a un complejo conjunto de garantías jurisdiccionales, institucionales y normativas. La no intervención del poder público también se mostró inviable. El carácter sumarial y lapidario que caracteriza a las normas reconocedoras de derechos exige un desarrollo del intérprete constitucional; el que su ejercicio tenga lugar en un mismo plano de convivencia origina la necesidad de establecer numerosos límites para garantizar la compatibilidad entre diferentes derechos que pueden entrar en conflicto, de una parte, entre ellos y, de otra, con diferentes valores, principios o bienes constitucionales. Su amplia titularidad exige nuevas restricciones para garantizar su ejercicio simultáneo por las personas. Además, es necesaria su protección no sólo frente al poder público sino frente a los particulares, especialmente frente a las grandes corporaciones públicas o privadas, lo que requiere de medidas tutivas. Sin ánimo exhaustivo es necesaria también una intervención incentivadora, de fomento del disfrute de los derechos para garantizar su efectiva vigencia en la sociedad³⁵. En consecuencia, se demostró la inviabilidad de una concepción absoluta que vedase la intervención de los poderes públicos en materia de derechos fundamentales, por lo que hubo que preverla pero únicamente en los casos aquí reseñados y siempre que los ciudadanos consintiesen expresamente la injerencia a través de sus representantes, tal y como destacó tempranamente el Tribunal Constitucional español³⁶. Ahora bien, este amplio conjunto de intervenciones no puede estar previsto por el poder constituyente en la constitución ¿a quién corresponderá?

35 Sobre la inevitabilidad de un completamiento normativo de los derechos fundamentales, lo que es reconocido unánimemente, véase, por ejemplo, SOLOZÁBAL ECHAVERRÍA, J. J., "Algunas cuestiones básicas...", *ob. cit.*, p. 100.

36 STC 83/1984, FJ 4º, "Este principio de reserva de Ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes...".

Si a unos derechos concebidos frente al poder público se añade el hecho de que en Europa continental el antiguo régimen era el enemigo de los derechos fundamentales y del concepto racional normativo se comprende bien las dificultades sobre a quién atribuir el conjunto de intervenciones en materia de derechos fundamentales. El gobierno y su administración brazo ejecutor del monarca no parecen los más adecuados. Los jueces habían sido nombrados por el rey y eran defensores del antiguo régimen³⁷, en este contexto, el parlamento, donde se defendía el liberalismo, a través de la ley aparece como el sujeto menos malo para acometer estas ineludibles intervenciones en materia de derechos fundamentales³⁸; a lo que se añade, que como se acaba de reseñar, sobre estas injerencias debían consentir los ciudadanos a través de sus representantes. No obstante, al otro lado del atlántico, en Estados Unidos el temor no venía de un gobierno y su administración o de los jueces, no había contienda frente al antiguo régimen, estos poderes no eran sospechosos de connivencias. El temor venía representado por una tiranía del parlamento³⁹ frente a minorías diversas⁴⁰, frente a los derechos, de ahí la rapidez de las enmiendas constitucionales para incorporar a la constitución las declaraciones de derechos. La constitución como garantía de los derechos frente a los poderes constituidos, incluido el parlamento. Tras la II Guerra Mundial, una vez constatada tristemente en Europa la tiranía parlamentaria, tras la experiencia nazi y fascista, se vislumbró claramente la perspicacia del constitucionalismo estadounidense y se incorporaron sus garantías sin abandono de las existentes. Los derechos fundamentales en la constitución como límite general que el poder constituyente impone a los poderes constituidos. El parlamento será el encargado mediante la reserva de ley impropia del conjunto de intervenciones imprescindibles en materia de derechos fundamentales, pero, conscientes de los riesgos, siempre presentes, de tiranía, se verá limitado por el poder constituyente.

37 Véase BACHOF, O. (1995). *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas.

38 Una visión optimista sobre la intervención del legislador, siguiendo la estela de Häberle, en BAÑO LEÓN, J.M., "La distinción entre derecho fundamental..., ob. cit., pp. 161-165.

39 Véase el revelador trabajo de BLANCO VALDÉS, R. (1998). *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, pp. 101 y ss.; donde señala: el modelo constitucional americano quiere prevenir el peligro político de "una eventual extensión desmesurada del poder legislativo (p. 108). En confirmación de esta tesis véanse los clásicos también citados por el profesor Blanco, BERGER, R. (1969). *Congress v. The Supreme Court*, Harvard University Press, pp. 8-16; y CORWIN, E. S. (1963). *The doctrine of Judicial Review. Its legal and historical Basis and other Essays*, Massachusetts, Peter Smith, pp. 36 y ss.

40 GARRORENA MORALES, A. (2001). "Reserva de ley", voz en la obra dirigida por ARAGÓN REYES, M. *Temas básicos de derecho constitucional. Tomo I. Constitución, Estado constitucional y fuentes del derecho*, Madrid, Civitas, p. 303, concibe la reserva como una garantía de las minorías parlamentarias y del propio procedimiento legislativo. Este trabajo es de obligada consulta en la materia; véase también del mismo autor, (2013). *Derecho constitucional: teoría de la constitución y sistema de fuentes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

te a través de restricciones a su discrecionalidad a la hora de desarrollar en este campo la constitución como ordenamiento marco a través de dos nuevas garantías normativas: la indisponibilidad del contenido esencial y el respeto al principio de proporcionalidad cuando establezca los límites generales de los derechos. Junto a estas dos restricciones el propio procedimiento de elaboración de la ley opera a través de la opinión pública, como se tendrá ocasión de comprobar infra, como un límite a esta intervención del parlamento en los derechos fundamentales. La visión estadounidense y las experiencias que condujeron a la II Guerra Mundial explican estas nuevas garantías normativas, pero no se olvidan en Europa los viejos enemigos del antiguo régimen: el gobierno, la administración por él dirigida y los jueces; por esta razón y otras sobrevenidas sigue siendo necesario protegerse mediante la reserva de ley impropia y otorgando a los tribunales constitucionales la última garantía jurisdiccional en materia de derechos fundamentales.

Finalmente, la explicación de la reserva de ley impropia encuentra un argumento más reciente en el tiempo⁴¹. Hoy, especialmente en Europa, hay un Estado de partidos⁴² que más precisamente se debe denominar democracia representativa de partidos⁴³. En este contexto no existe una auténtica contraposición entre el gobierno y el parlamento sino más bien entre una mayoría parlamentaria, que engloba al ejecutivo y lo respalda, y diversas minorías⁴⁴. Esa mayoría aprovechándose, además, de que en la mayor parte de las democracias contemporáneas la iniciativa legislativa gubernamental copa la mayor parte de la producción legislativa -entre el ochenta y noventa por ciento⁴⁵-, podría abusar del reglamento y dejar a la ley en una posición residual, esto es precisamente lo que la constitución trata de evitar mediante la imposición de reservas de ley impropias en materias consideradas de especial importancia.

41 Véase la idea en DE OTTO PARDO, I., *Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 153.

42 Véase GARCÍA PELAYO, M. (1986). *El Estado de partidos*, Madrid, Alianza Editorial, pp. 73-133; y GARRORENA MORALES, A., *Representación política y Constitución democrática*, ob. cit., p. 71, y su cita de la doctrina alemana de la época de Weimar contenida en la nota 35.

43 Véase GARCÍA GUERRERO, J.L. (1996). *Democracia representativa de partidos y grupos parlamentarios*, Madrid, Monografías del Congreso de los Diputados, con mayor atención pp. 119-230; más sintéticamente, del mismo autor (2000). "Democracia representativa y partidos políticos", en MASSÓ, LÓPEZ GARRIDO y PEGORARO, *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 571-583; finalmente, (2007). *Escritos sobre partidos políticos (Cómo mejorar la democracia)*, Valencia, Tirant Lo Blanch.

44 GARRORENA MORALES, A., *Representación política y Constitución democrática*, ob., cit., pp. 64-79.

45 COLLIARD, J.C. (1981). *Los regímenes parlamentarios contemporáneos*, Barcelona, Blume, p. 297, señala que en la mayoría de los países de régimen parlamentario las leyes aprobadas que tienen su origen en la iniciativa gubernamental se sitúan entre el 80 y el 90 por 100 del total.

Estas consideraciones expuestas en lo que va de este apartado creo que se deben tener muy presentes a la hora de afrontar cuestiones doctrinales que permanecen abiertas y que generan cierta polémica. Me estoy refiriendo, por ejemplo, a la determinación del nivel de regulación de la materia por la ley, ¿qué margen puede dejar ésta y con qué requisitos a un inevitable completamiento normativo por el reglamento gubernativo? Si en la Constitución dominicana debe diferenciarse entre regulación de un derecho fundamental por ley orgánica y regulación de su ejercicio por ley ordinaria, ¿hasta dónde debe llegar la primera? ¿Cuál es la intensidad del control del Tribunal Constitucional sobre el legislador a propósito del contenido esencial y del principio de proporcionalidad? ¿Es correcto el entendimiento del Tribunal Constitucional español que, con ciertas salvaguardias, entiende como ley al decreto ley a efectos de cumplir la garantía normativa?⁴⁶, entre otras cuestiones.

La reserva de ley impropia establecida en la constitución obliga al parlamento a regular una determina materia mediante ley, el legislador debe de establecer por sí mismo la ordenación y no puede remitirla a normas distintas y, muy en concreto, al reglamento. No cabe una ley que sin contener regulación o siendo ésta fragmentaria se remita a una norma reglamentaria. Este tipo de reservas impide tanto la deslegalización de la materia reservada como las habilitaciones en blanco⁴⁷. La STC 83/1984, FJ 4º, ya se pronunció al respecto cuando estableció: "Este principio de reserva de Ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las Leyes contengan

46 El artículo 86.1 señala que los Decretos-Leyes "no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos recogidos en el título I. Pese a ello, la STC 111/83 (asunto Rumasa), siguiendo a determinados sectores de la doctrina administrativa y constitucional, ha admitido en materia de derechos y libertades fundamentales la figura del Decreto-ley siempre que se respete el régimen general de los derechos y no se atente contra el contenido esencial de los mismos. Para llegar a esta solución la sentencia realiza una interpretación restrictiva del verbo "afectar" empleado en el artículo 86.1.

Frente a esta doctrina se presentó un importante voto particular. En el mismo se comparte la interpretación del verbo "afectar", pero se señala que la expropiación es inconstitucional, puesto que "la norma recurrida, que lleva a cabo una privación singular del derecho de propiedad de determinados ciudadanos por medio de la expropiación, afecta sin duda a tal derecho". Sobre la materia véase DE OTTO PARDO, I., *Derecho Constitucional...*, ob. cit., pp. 198-201.

47 Véase DE OTTO PARDO, I., *Derecho Constitucional...*, ob. cit., pp. 151-152, sobre este aspecto.

remisiones a normas reglamentarias, pero sí que estas hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador. Esto se traduce en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley"⁴⁸.

Pocas líneas atrás se decía que el procedimiento de elaboración de la ley, fruto de la reserva impropia, constituye un límite, a través de la opinión pública, a la libertad del legislador cuando establece con carácter general los límites a los derechos. No obstante, esa obligatoriedad es mucho más. La reserva de ley otorga a este producto normativo grandes ventajas frente al procedimiento de elaboración de cualquier otra norma jurídica excluida⁴⁹, obviamente, la norma constitucional. Se trata de un producto normativo potencialmente racional, participativo, reflexivo, con publicidad y, por último, que permite la exigencia de responsabilidades políticas por los ciudadanos. La racionalidad deriva, no como antaño por la existencia de un único interés general burgués, sino porque los debates en las cámaras exigen, o deberían exigir, el empleo de argumentos racionales sobre las ventajas de una determinada regulación. Participativo, no sólo por la intervención del gobierno en los casos de los proyectos de ley o de los diferentes grupos parlamentarios en las cámaras sino por la posibilidades que ofrece a los diferentes grupos sociales de influir en el gobierno, los grupos o los parlamentarios. Reflexivo por la madurez que otorga al producto su larga tramitación parlamentaria con los debates de totalidad, de comisión, del pleno y su paso por dos órganos legislativos

48 Véase la STC 77/1985, FJ 14, a propósito de la necesidad de complemento por el reglamento del desarrollo orgánico: "Cuando este «desarrollo» lo haya realizado cumplidamente el legislador como sucede en el presente proyecto de Ley orgánica, la remisión al reglamento no será, sólo por ello, inconstitucional, y hasta ha de decidirse que esa misma remisión resultará, en muchos casos, debida y obligada por la naturaleza de las cosas, pues no hay Ley en la que se pueda dar entrada a todos los problemas imaginables, muchos de los cuales podrán tener solución particular y derivada en normas reglamentarias". Una modélica síntesis de la jurisprudencia constitucional a propósito de las relaciones entre la ley orgánica y el reglamento en la STC 112/2006, FJ 3º. Finalmente, destacar que se comparte el criterio de la STC 77/1985, FJ 14, que establece que no existe diferencia entre las reservas de ley ordinaria y orgánica a propósito de las relaciones entre la ley y el reglamento.

49 BAÑO LEÓN, J.M. (1991). *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Madrid, Civitas, p. 96, sostiene que la reserva de ley tiene su justificación constitucional en la naturaleza del procedimiento de elaboración de la ley.

en los sistemas bicamerales, cuando no tres en los bicamerales imperfectos como el español en caso de desacuerdo entre congreso y senado. Publicidad, que se predica máxima cuando se afronta cuestión tan relevante como la regulación de los derechos fundamentales, que focaliza la atención de la opinión pública y obliga a los legisladores a medir cuidadosamente sus actuaciones. Finalmente, es un producto normativo que permite la exigencia de responsabilidades políticas a los representantes por parte de los ciudadanos en las siguientes elecciones pero también en el interior de los partidos durante el propio proceso legislativo. La superioridad que estas notas le confieren potencialmente, especialmente frente a la norma reglamentaria⁵⁰, bastaría para explicar la subsistencia de esta garantía normativa.

El ámbito material de esta garantía normativa ya fue explicitado *supra*⁵¹, de una parte, el artículo 74.2 dispone que sólo por ley podrá regularse el ejercicio de los derechos y de las garantías fundamentales, distinción entre ambas figuras querida por el constituyente al ubicarlas en diferente *sedes materiae*; y, de otra parte, el 112 reserva a la ley orgánica las que por su naturaleza regulan los derechos fundamentales, pero extiende esta garantía normativa a otros ámbitos materiales cuya precisa delimitación excede el campo de este trabajo. No obstante, en relación con la reserva de ley impropias quedan aún dos cuestiones que pueden afrontarse sucintamente aquí: La primera es si el término "regulación" significa lo mismo en los artículos 74.2 y 112 o sucede lo mismo o algo parecido a lo previsto por la Constitución española cuando diferencia entre el artículo 81, que exige ley orgánica para el desarrollo de los derechos y libertades fundamentales, y el 53.1 cuando establece que sólo por ley podrá regularse el ejercicio de los derechos. La segunda cuestión está en directa relación y se refiere a los quórum exigidos para aprobar leyes ordinarias y orgánicas.

Aquí se va a sostener que la Constitución dominicana no incorpora idéntica distinción que la efectuada por la Constitución española y supera, como en otros casos, las dificultades que se han planteado en la península⁵². La Constitución

50 DE OTTO PARDO, I., *Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 153, destaca las ventajas de la ley: publicidad, contradicción, debate y movilización de la opinión pública, que dotan a la norma de mayor legitimidad democrática, especialmente frente al reglamento elaborado por el Gobierno sin más requisitos que la audiencia a los interesados (artículo 105 CE). GARCÍA MACHO, R. (1988). *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Barcelona, Ariel, p. 114, afirma que "...existen diferencias importantes en que una norma sea elaborada públicamente en el parlamento a que lo sea en secreto como reglamento".

51 Véase *supra* el apartado II.

52 En España ha resultado especialmente polémico y difícil de deslindar cuándo debe intervenir el legislador orgánico o el ordinario, esto es, cuándo estamos ante el desarrollo de un derecho fundamental

dominicana no distingue, a diferencia de la española, entre derechos constitucionales protegidos con la garantía normativa de la ley ordinaria en la regulación de su ejercicio y derechos fundamentales que disfrutan de la anterior garantía a la que se adiciona la de la ley orgánica para su "desarrollo". Este término tiene un preciso significado jurídico, magníficamente glosado por García de Enterría⁵³, que se cree diferente al empleado por la Constitución dominicana que reserva la ley orgánica a las "que por su naturaleza regulan los derechos fundamentales". Se debe entender, en consecuencia, que está terminología del 112 es idéntica a la empleada por el 74.2: "Sólo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales". En un caso "regulan" y en otro "regularse el ejercicio". Gramaticalmente parecen lo mismo, el primer término puede englobar al segundo, pero se cree que esto no es así. No sucede lo mismo que en España pero sí algo parecido.

El artículo 74.2 reserva la regulación del ejercicio a "los derechos y garantías fundamentales" y en una rápida y primera lectura, incluso en una más reflexiva y con mayor lógica, se tiende a pensar que la fundamentalidad no se predica sólo de las garantías sino también de los derechos, es decir, que el constituyente se

o ante la regulación de su ejercicio, lo que se complica extraordinariamente, además, por la esfera competencial indirecta del artículo 81 en un estado autonómico. Una primera aproximación en SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., "Algunas cuestiones básicas...", *ob. cit.*, pp. 103-105, donde se diferencian tres posiciones: A) Cualquier referencia incidental u ocasional, tesis minoritaria que inundaría el ordenamiento de leyes orgánicas. B) La posición de Enterría sobre el desarrollo directo de los derechos fundamentales, que reduciría enormemente su utilización -véase *infra* nota 53-. C) La tesis del Tribunal Constitucional español, defendida por Solozábal, que limita las leyes orgánicas a la regulación de lo global o lo básico, dejando una ulterior colaboración al legislador ordinario o, con la debida predeterminación, incluso, al reglamento. Sobre esta cuestión, el ámbito de la regulación, las materias conexas y el margen de intervención de la ley ordinaria y el reglamento, véase el trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *infra* nota 53, pp. 158 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2009). *Principios de Derecho Administrativo General*, vol. I, Madrid, Iustel, pp. 189-193; DE OTTO PARDO, I., *Derecho Constitucional...*, *ob. cit.*, pp. 111 y ss.; MUÑOZ MACHADO, S. (2006). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo II, Madrid, Iustel, pp. 609-623; BALLARÍN IRIBARREN, J. (2001). "Materias conexas", en ARAGÓN REYES, Manuel, *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Tomo I, Madrid, Civitas. En la abundante jurisprudencia constitucional seleccionamos el intento de la STC 135/2006, FJ 2º, en que actúa como ponente el magistrado ARAGÓN REYES, para deslindar la regulación de ejercicio del desarrollo; sobre las materias conexas las SSTC 5/1981, (asunto Loece) parcialmente rectificada por la STC 76/1983, (asunto Loapa); y sobre la colaboración del reglamento, la STC 83/1984, FJ 4º.

53 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo I*, *ob. cit.*, p. 160: El artículo 81 se refiere solamente al desarrollo directo de los derechos fundamentales, "término que apunta de manera inequívoca a regulaciones frontales, directamente orientadas a complementar la normación básica que se contiene en la propia Constitución. El inciso final del artículo 81.2 de ésta parece confirmar esta misma conclusión al requerir 'una votación final sobre el conjunto del proyecto'".

está refiriendo a los derechos fundamentales como ámbito material de aplicación de esta garantía normativa. No hubiera existido duda interpretativa gramatical alguna si se hubieran invertido los términos y el constituyente dijera: garantías y derechos fundamentales. En consecuencia, se estima que puede defenderse interpretativamente, como se ha sostenido supra, que en el Título II no sólo hay derechos fundamentales sino también distintas figuras jurídicas, entre otras los simples derechos constitucionales y que la garantía normativa de la regulación por ley de su ejercicio es aplicable también a las otras categorías jurídicas proclamadas en el Título II, esto es, a los derechos fundamentales y a los simples derechos constitucionales. Coadyuva en la posición sostenida que el artículo 272, a diferencia del 74.2 que se acaba de reseñar, al establecer la garantía normativa de la reforma agravada, incluye en su ámbito "derechos, garantías fundamentales y deberes", introduciendo una coma entre derechos y garantías. Esta interpretación se refuerza considerablemente si se repara en que el artículo 68 al atribuir la eficacia jurídica inmediata se refiere literalmente a los "derechos fundamentales", lo que implica la exclusión de otras categorías jurídicas como los simples derechos constitucionales o los mandatos a los poderes públicos, lo que resulta lógico y coherente y se corresponde con las posiciones que se están defendiendo en este trabajo; concretamente se deben recordar las dificultades reseñadas en el apartado III para conseguir la eficacia jurídica inmediata de algunos derechos que, frente a otras posiciones de la literatura jurídica, en este trabajo no se han considerado derechos fundamentales. Otro argumento en defensa de esta interpretación es la garantía normativa de la reserva orgánica, que se circscribe literalmente por el artículo 112 a aquellas leyes que "por su naturaleza regulan los derechos fundamentales". Finalmente, esta posición no puede perder de vista el conjunto de argumentaciones contenidas en este trabajo y lo que en breve infra se escribirá a propósito de quórum de la ley orgánica y del peligro cierto de petrificación del ordenamiento jurídico dominicano. Por tanto, aquí se va a sostener que los ámbitos materiales del artículo 74.2 y 112 son diferentes⁵⁴, es más, que hay una geometría variable de protección de estas dos garantías normativas y que lo mismo sucede con el artículo 272 a propósito de la reforma agravada. En consecuencia, las materias que protegen las garantías normativas son diferentes, al igual que sucedía con las propias garantías, y varían en consecuencia también los niveles de protección de los derechos fundamentales, de los derechos constitucionales y de los deberes.

⁵⁴ JORGE PRATS, E., *Derecho Constitucional*, ob. cit. p. 329, también coincide en deslindar los ámbitos materiales de ambos preceptos aunque con una argumentación diferente. Un amplio tratamiento de la cuestión, con sólida síntesis de la doctrina española, en pp. 324-330.

Con estos presupuestos se defiende que el término regulación del ejercicio engloba las garantías jurisdiccionales⁵⁵; los simples derechos constitucionales; y quizás los mandatos a los poderes públicos, así como otras figuras jurídicas del Título II; y, con seguridad, la mayor parte de las intervenciones públicas en materia de derechos fundamentales. Entre estas últimas, sin duda, se incluyen en su ámbito todas las limitaciones no contenidas en la constitución que el legislador debe prever con carácter general para permitir el ejercicio simultáneo de un mismo derecho por todos sus titulares. Se cree que debe englobar también las medidas incentivadoras para el efectivo ejercicio de los derechos en la sociedad, así como las medidas tuitivas menos gravosas con otros derechos fundamentales y que no se encuentran recogidas en el código penal. Se trata, en definitiva, de una ordenación incentivadora, ordenadora, tuitiva, de organización de su ejercicio. Un entendimiento diferente, al menos en la parte en que se ha manifestado no tener dudas, llevaría a una invasión por parte del legislador orgánico de la práctica totalidad del ordenamiento jurídico, debido a la mayor amplitud del Título II de la Constitución dominicana respecto al Título I de la española y a que como se destacó supra la incipiente doctrina mayoritaria dominicana sostiene que todos los preceptos de su Título II son derechos fundamentales⁵⁶. La posición aquí defendida se refuerza si se tiene presente que el quórum establecido por la Constitución dominicana para las leyes orgánicas es de dos tercios de los presentes con lo que la congelación de rango si podría llevar en el ordenamiento jurídico dominicano a una cierta petrificación del ordenamiento, con lo que para evitarlo se reforzaría la tesis sostenida supra en el apartado II a propósito de que la mayor parte de los preceptos del Título II no proclaman derechos fundamentales. En este punto conviene recordar que en el caso español la STC 5/1981, FJ 21, descarta que pueda producirse petrificación en el ordenamiento jurídico español precisamente porque las leyes orgánicas, esto es, "una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas" se prevén "tan sólo para supuestos tasados y excepcionales"⁵⁷. Como se puede observar las diferentes posiciones sostenidas en el texto se retroalimentan.

En el ámbito de la regulación de la ley orgánica podría quedar lo restante, esto es, el completamiento normativo básico de la Constitución realizado por el legislador, dado el carácter sumarial y lapidario de las normas sobre derechos fundamentales; el conjunto de limitaciones no contenidas en la norma normarum que el legislador debe prever con carácter general para compatibilizar el disfrute de un

⁵⁵ Véase *supra* el primer párrafo *in fine* del apartado II.

⁵⁶ Véase *supra* nota 13 y el texto que le sirve de soporte.

⁵⁷ Véase *infra* nota 64 y el texto en que se sustenta.

derecho fundamental con los demás, así como con otros valores, principios y bienes constitucionales -en el próximo párrafo se puede consultar el fundamento de esta posición-; y las medidas tuitivas más importantes que protegen los derechos fundamentales, las que normalmente recurren al código penal, que suelen afectar al contenido esencial de otros derechos fundamentales. Se trata de una regulación configuradora, constitutiva, delimitadora del contenido básico, en la medida en que el titular del derecho no pueda hacerlo. En cuanto a su extensión, coincido con Enterría en que "el contenido de la regulación debe ser el mínimo indispensable para que la norma básica contenida en la propia Constitución pueda funcionar correctamente y alcanzar así la operatividad social a la que institucionalmente está abocada⁵⁸". Esta reducción del ámbito material de la ley orgánica mermaría la garantía normativa con menor intensidad de lo que lo haría en España, donde se exige mayoría absoluta para la ley orgánica, es decir, el mismo quórum que se requiere para la ley ordinaria en la Constitución dominicana.

Antes de finalizar con esta primera cuestión se estima necesaria una importante precisión en materia de los límites que con carácter general establece el legislador. Aunque la literatura jurídica en un principio insistía en lo contrario, es de sobra conocido que al ponderar dos derechos fundamentales el que cede debilitadamente a veces desaparece⁵⁹, esto es, que tras agotar el intérprete todos los instrumentos a su alcance no es posible mantener un mínimo contenido en el derecho que cede debilitadamente. La constatación de esta realidad es lo que lleva a proponer la reserva al legislador orgánico de este tipo de límites de carácter general y debería conducir a restringir su discrecionalidad en mayor medida. No es lo mismo el conflicto entre dos derechos fundamentales -la Constitución dominicana contempla esta especificidad⁶⁰- que entre uno de éstos y un derecho constitucional o un valor o principio o un bien jurídico constitucional. La limitación que un derecho fundamental impone a otro derecho fundamental cuando

58 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 161.

59 Véase PRIETO SANCHÍS, Luis, "Neoconstitucionalismo y ponderación", en *Derecho y Proceso*, dirigido por MORENO, J.D., *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 5, 2001, pp. 216 y ss.

60 La Constitución dominicana muy reveladoramente en el Título II, Capítulo III, "De los principios de aplicación e interpretación de los derechos y garantías fundamentales" en su artículo 74.4, *in fine*: "Los poderes públicos...en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución". El precepto habla de armonizar los bienes e intereses protegidos en esta Constitución sólo en caso de conflicto entre derechos fundamentales, obviamente hay armonización en otros conflictos, pero el precepto se cree que distingue intencionadamente cuando la confrontación es sólo entre derechos fundamentales. La *sedes materiae*, interpretación de los derechos, es también muy significativa.

se pondera puede ser, sin duda, de mayor intensidad que la que le exigiría un derecho constitucional, dada la posición que los primeros ocupan en el sistema constitucional. También se debe proceder con prudencia cuando la limitación a un derecho fundamental procede de un valor o principio constitucional, dado que su carácter evanescente, su baja densidad, esto es, su amplia discrecionalidad en manos del legislador, mayor en el valor que en el principio, podrían permitir restringir indebidamente el derecho fundamental. En el genoma de éste está el ser un ámbito de libertad impenetrable para el poder público frente a los intereses colectivos que éste representa; la utilización de estos intereses con excesiva discrecionalidad permitiría eliminar la garantía por la que nacieron los derechos fundamentales. Estas dos reflexiones son igualmente válidas para el conflicto con otros bienes constitucionales. La reserva de ley orgánica debe ocuparse de los límites generales que el legislador establece fruto de una ponderación para evitar el vaciamiento de los derechos fundamentales y las cortes constitucionales tienen que ser menos cautelosas cuando enjuician el contenido esencial y el principio de proporcionalidad, especialmente, ante el más novedoso ataque a los auténticos derechos fundamentales: los intereses colectivos en forma de bien jurídico, derecho constitucional, valor, principio, y, a veces, incluso, otro derecho fundamental. Sería ciertamente rocambolesco que los derechos fundamentales creados como ámbitos de libertad frente a unos intereses colectivos representados por el poder público fueran destruidos a través de pretendidas técnicas de ponderación.

Tal y como se apuntaba sólo resta finalizar con una reflexión sobre la exigencia de una mayoría absoluta para regular el ejercicio de los derechos y garantías por ley y sobre el quórum de la mayoría de dos tercios en la ley orgánica para las que por su naturaleza regulan derechos fundamentales. Una de las más genuinas influencias españolas en la Constitución dominicana es la ley orgánica. En la península esta norma se caracteriza por un determinado ámbito material y porque se requiere la mayoría absoluta de los componentes del Congreso de los Diputados en la votación final sobre el conjunto de la norma. La razón de ser de este precepto era prolongar el consenso constitucional sobre determinadas materias que se consideraban de especial importancia⁶¹. El objetivo no parece haberse cumplido en España plenamente si se considera lo acaecido en los últimos treinta y cuatro años. Se suponía que la requerida mayoría absoluta garantizaba

⁶¹ Sobre este objetivo de las leyes orgánicas véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 154, así como la referencia a las veintitres leyes orgánicas previstas expresamente en la Constitución (p. 153) y la falta de un hilo conductor de las mismas. Sobre el propósito de las leyes orgánicas véase también BALAGUER CALLEJÓN, F. (1992). *Fuentes del Derecho*, Tomo II, Madrid, Tecnos, p. 134.

el consenso porque ningún partido obtendría la mayoría absoluta (176 diputados en el Congreso). Sin embargo, en la mayor parte de las legislaturas el grupo parlamentario que sostiene al gobierno ha contado con mayoría absoluta y con cierta frecuencia ha aprobado leyes orgánicas en solitario o contra el criterio del principal grupo parlamentario de la oposición. El caso más extremo se produjo recientemente cuando el Grupo parlamentario socialista sacó adelante el Estatuto de Cataluña en contra de la voluntad del Grupo popular, a través de lo que formalmente es una ley orgánica aunque materialmente es un figura bien diferente, entre otras razones, porque se trata de una norma paccionada entre el Poder central y Cataluña, que en el futuro no puede ser modificada mediante otra ley orgánica sin el consentimiento de esta comunidad autónoma. Por tanto, una singular ley orgánica, al quedar indisponible para los poderes constituidos salvo pacto⁶². Este episodio muestra en grado extremo las dificultades en España de la ley orgánica para alcanzar su razón de ser.

Hace ya bastantes años que se viene pensando en la conveniencia de una reforma constitucional española que eleve el quórum desde la mayoría absoluta a los tres quintos como forma superadora de la ineficiencia de la ley orgánica y le permita cumplir la función para la que fue diseñada. La propuesta encuentra un inconveniente en la medida en que supondría equiparar los quórum de la ley orgánica con la reforma constitucional simplificada, lo que indudablemente origina problemas con la distinción poder constituyente, poderes constituidos, que se agravan cuando con lógica se defiende la importancia del quórum a la hora de justificar el principio de jerarquía normativa como expresión de un mayor plus de voluntad popular⁶³. No obstante, hay que precisar que la equiparación de quórum no es total, en la ley orgánica se reclamarían tres quintos del Congreso y en la reforma simplificada de la Constitución española tres quintos en ambas cámaras -en último extremo dos ter-

62 Véase GARCÍA GUERRERO, J.L. (2008). "Lo Stato autonomico, evoluzione e qualche conclusione dopo la prima riforma integrale di alcuni statuti", en Gambino, S. *Regionalismi e Statuti (Le riforme in Spagna e in Italia)*, Milano, Giuffrè, pp. 308-310. Este aspecto puede consultarse en español, en el trabajo del mismo autor, (2011). "El dinámico estado autonómico español", Revista *Quid Iuris*, volumen 13, junio, México, pp. 89-91.

63 Véase GARCÍA GUERRERO, J.L. (2011). "Implicaciones constitucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos", en el trabajo colectivo: *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: su impacto institucional sobre la política y la ciudadanía europea*, Jornada de Expertos, Madrid, Edita APDHE, FIDH y Ministerio de Asunto Exteriores de España, pp. 7-9, donde se tratan de eliminar las adherencias autoritarias al principio de jerarquía normativa provenientes del Antiguo régimen y de su principio monárquico y construirlo como garantía de la soberanía popular a través del principio democrático. Los quórum desempeñarían un importante papel a la hora de expresar una mayor o menor legitimidad democrática, aunque no puede perderse de vista el órgano que produce la norma y el principio de competencia.

cios en el Congreso y mayoría absoluta en el Senado-, sin mencionar la posibilidad del referéndum si lo solicita a una décima parte de los parlamentarios. Con todo, la propuesta es un mal menor, se trata de elevar el quórum de la ley orgánica para que efectivamente pueda cumplir el objetivo con que se concibió. También se podría objetar que esto provoca una petrificación abusiva de esta parte del ordenamiento jurídico con merma del principio democrático. El argumento ignora que al tiempo de sentar esta doctrina el Tribunal Constitucional español veda su aplicación para los supuestos excepcionales y tasados en los que se establece "una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas"⁶⁴. La objeción también se desvanece cuando se atiende a la práctica y se repara que en todas las legislaturas de la Constitución de 1978 las dos principales fuerzas políticas han andado sobradas para alcanzar ese quórum. ¿Qué consenso se persigue en cuestiones trascendentales si el mismo no alcanza a los dos partidos políticos más importantes que se reparten la gobernabilidad del Estado?

Como en otros casos ya reseñados la Constitución dominicana ha sabido superar los inconvenientes que las garantías normativas han originado en España al tiempo que las importaba. Así la *Norma normarum* dominicana prevé mayoría absoluta de los presentes para la ley ordinaria, según el artículo 113, y mayoría de dos tercios de los presentes en la ley orgánica como dispone el artículo 112. No obstante, también aquí se produce una cierta equiparación en el quórum con el de la reforma constitucional, aunque, quizás, de menor intensidad que en el caso español, pues el artículo 271 exige la presencia de más de la mitad de los miembros de las Cámaras y que las decisiones se tomen por mayoría de dos tercios de los votos -en la ley orgánica se requiere sólo dos tercios de votos de los presentes-. La reforma agravada también marca alguna distancia al exigir tras la votación la intervención del soberano, mediante referéndum, exigiendo una participación superior al treinta por ciento y más del cincuenta por ciento de los votos en sentido positivo (artículo 272).

Tras glosar la imprescindibilidad de una intervención normativa de los poderes constituidos en el régimen jurídico de los derechos fundamentales y concluir que ésta debe ser realizada por el legislador y cómo la desconfianza creciente

⁶⁴ La STC 5/1981, FJ 21, rechaza que se produzca una congelación de rango cuando la ley orgánica regule materia propia de ley ordinaria, argumentando que: "la concepción formal de la Ley orgánica podría producir en el ordenamiento jurídico una petrificación abusiva en beneficio de quienes en un momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del Estado, ya que nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, *previendo tan sólo para supuestos tasados y excepcionales una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas*". La cursiva es propia y es claramente reveladora de su intención.

frente al mismo llevó a establecer mecanismos de control que restringen su discrecionalidad, es el momento de ocuparse de estas dos limitaciones: la indisponibilidad del contenido esencial y el respeto al principio de proporcionalidad por el legislador a la hora de establecer con carácter general los límites de los derechos fundamentales. No obstante, aquí nos ceñiremos a ver si también se ha producido una recepción de estas limitaciones desde España y en qué medida resulta trasladable la doctrina y literatura jurídica hispana.

V. La indisponibilidad del contenido esencial.

El artículo 74.2 de la Constitución dominicana dispone: "Sólo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad". El precepto modélicamente atribuye la competencia al legislador y lo restringe en su discrecionalidad con la indisponibilidad del contenido esencial y del principio de razonabilidad, que ya se anticipó que se entiende como proporcionalidad. Como ya se ha visto, se trata de un límite impuesto por el poder constituyente controlable por la jurisdicción ordinaria y, en último extremo, por el Tribunal Constitucional.

Se sigue, como en supuestos anteriores, la estela de la Constitución española, cuyo artículo 53.1 dispone que "Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...". No obstante, el auténtico origen de la limitación al legislador se encuentra también en este caso en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, tanto por lo que se refiere a la delimitación de su ámbito como al propio significado de esta garantía constitucional. Se está, sin duda, en presencia de un concepto jurídico indeterminado, que constituye un auténtico límite a la acción de los poderes públicos, especialmente a la potestad legislativa del Estado.

En Alemania se ha debatido intensamente si este límite al legislador tiene su origen en la posición estructural subordinada, inferior en jerarquía normativa, del legislador en relación con el constituyente o si no deriva de aquí sino de la expresa indisponibilidad establecida por la Constitución alemana en el artículo 19.2 y en la dominicana por el 74.2, esto es, si no existiría sin estos preceptos. Se coincide con Häberle y Hesse en atribuir a la cláusula homóloga la mera condición de recordatorio enérgico, como señala Solozábal, se trata de "la observancia

de límites, que en realidad, viene a reiterar, pero no a establecer propiamente⁶⁵.

Con el contenido esencial⁶⁶ se pretende preservar un núcleo mínimo a partir del cual el legislador puede operar ampliando más o menos expansivamente las condiciones de ejercicio de los derechos. La delimitación de ese núcleo intangible habrá de realizarse considerando cuál es el mínimo que permite afirmar la subsistencia del derecho o libertad y la posibilidad de ejercerlo.

La noción de contenido esencial es fundamentalmente casuística, habrá que estar al concreto desarrollo de un derecho para saber si se respeta ese núcleo intangible. Para su determinación existen básicamente dos criterios⁶⁷. El primero implica el recurso a la noción generalmente admitida de lo que un derecho significa. Desde esta perspectiva, el contenido esencial de un derecho sería aquel que lo hace reconocible como perteneciente a aquella categoría jurídica con la que, de acuerdo con la idea generalmente aceptada, se corresponde. Se trata de una noción subjetivista y vinculada con un determinado momento histórico. Si un derecho no reúne, en su desarrollo legislativo, esos rasgos que lo identifican como perteneciente a la noción generalmente asumida se vulnera su contenido esencial. El segundo criterio para determinar el contenido esencial del derecho sería el de localizar aquellos intereses cuya protección se persigue con su reconocimiento. Sería preciso dilucidar si los intereses que éste pretende proteger y resguardar están efectiva, real y concretamente protegidos por el desarrollo legislativo del derecho. Ambos criterios de determinación del contenido esencial de un derecho no son antitéticos ni alternativos, sino complementarios.

Esta noción fue elaborada por la STC 11/1981, FJ 8º (caso decreto-ley regulador del derecho de huelga), que establece:

65 SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., "Algunas cuestiones básicas...", *ob. cit.*, pp. 102-103. Véase asimismo la bibliografía alemana sobre la cuestión por él citada.

66 Entre los primeros estudios sobre el contenido esencial véase PAREJO ALFONSO, L. (1988). "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3. Uno de los trabajos más influyentes, sin duda, DE OTTO Y PARDO, Ignacio, (1988) "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", en el libro del mismo autor con MARTÍN RETORTILLO, L., *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Cívitas, pp. 95 y ss. Véase también, MARTÍNEZ PUJALTE, A.L. (1997). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

67 BAÑO LEÓN, J.M., "La distinción entre derecho fundamental...", *ob. cit.*, pp. 168-169, rastrea la determinación del contenido esencial efectuada por los Tribunales Constitucionales alemán y español en un párrafo de los trabajos de Schmitt.

"Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de «contenido esencial», que en el art. 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos, sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el nomen y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una recognoscibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea recognoscible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por «contenido esencial» de un derecho subjetivo no son alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse".

Se defiende, en consecuencia, un entendimiento absoluto del contenido esencial, en línea con la doctrina del Tribunal Constitucional alemán y español, frente al entendimiento relativo del contenido esencial⁶⁸, que lleva prácticamente a equiparar el contenido esencial con el principio de proporcionalidad⁶⁹. La teoría relativa encuentra dificultades para determinar el contenido esencial más allá de los casos concretos y, algunos de sus defensores, observan riesgos en acudir a uno de los criterios, concretamente, el de las ideas generalizadas o convicciones de los juristas⁷⁰.

VI. El principio de razonabilidad o proporcionalidad.

Como se ha podido comprobar al inicio del apartado anterior, tras atribuir al legislador la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales el artículo 74.2 *in fine* limita a este poder constituido no sólo a través de la indisponibilidad del contenido esencial sino mediante el principio de razonabilidad que, en realidad, es de proporcionalidad⁷¹, como se podrá apreciar al examinar el último de los

68 GAVARA DE CARA, J.C. (1994). *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 215-218 y 281-285, relata el enfrentamiento entre el Tribunal Federal y el Tribunal Administrativo Federal; cómo el primero defendía al principio un entendimiento relativo frente al absoluto del segundo y cómo el Tribunal Constitucional alemán adoptó esta última tesis.

69 La STC 236/2007, FJ 4º, a propósito de los derechos de los extranjeros, vuelve a rechazar la tesis relativa que pretende subsumir el contenido esencial en el principio de proporcionalidad: "la libertad del legislador se ve asimismo restringida por cuanto las condiciones de ejercicio que establezca respecto de los derechos y libertades sólo serán constitucionalmente válidas, si respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida".

70 Observan riesgo de subjetividad al acudir a parámetros extra-constitucionales, PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 144-146; GAVARA DE CARA, J.C., *Derechos fundamentales...*, ob. cit., pp. 341-351; LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M. (1996). *Ánalisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el artículo 53.1 de la Constitución española*, Granada, Comares, pp. 73 y ss.; y MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L. (2008). "La aplicación judicial del Derecho Constitucional", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 21, pp. 367-374.

Una tesis más próxima al Tribunal de lo que piensa el autor en JIMÉNEZ CAMPO, J. (1999). *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, pp. 70-73, que considera ilusorio concebir un núcleo firme e inalterable que pudiera ser captado *ex ante* y en abstracto. Su mayor rechazo a la posición del tribunal es la concepción de un derecho fundamental con un núcleo indisponible y una envoltura o periferia a merced del legislador. Aunque como relata DE OTTO Y PARDO, I., "La regulación del ejercicio de...", ob. cit., p. 132, la periferia podría no quedar a disposición del legislador si al límite del contenido esencial se yuxtapone la restricción del principio de proporcionalidad, fórmula empleada con frecuencia por el Tribunal Constitucional español.

71 ESPÍN TEMPLADO, E. (2012). "Las garantías de los derechos y libertades", en el libro dirigido por GONZÁLEZ TREVIJANO, P. y ARNALDO ALCUBILLA, E. *Comentarios a la Constitución de la República dominicana*, Tomo II, ob. cit., pp. 428-429, no aprecia esta equiparación. Véase también su capítulo en relación con este trabajo y a propósito de las garantías jurisdiccionales. En cambio, en el mismo

sub-principios en que éste se desglosa.

El principio de proporcionalidad cuyo anclaje se encuentra en el artículo 74.2, expresamente, y además en la cláusula del Estado de Derecho del artículo 7, implícitamente, es una vez más una aportación teutona. Apareció en el siglo XIX en el campo administrativo para revisar los poderes discrecionales de la administración y tras la II Guerra Mundial se extendió al derecho constitucional para limitar la discrecionalidad del legislador a través de la jurisdicción constitucional. Una de las primeras constituciones en recogerlo expresamente es la portuguesa cuyo artículo 18.2 impone al legislador que cumpla este principio al limitar los derechos fundamentales. La Constitución española no lo contempla explícitamente pero la STC 160/1987, FJ 6º, lo consideró implícito en la cláusula del Estado de Derecho y la STC 6/1988, FJ 3º, en la interdicción de la arbitrariedad. El principio de proporcionalidad comprende el principio de adecuación, el principio de necesidad y el principio de proporcionalidad *strictu sensu*⁷², aunque el Tribunal Constitucional no contempló plenamente estas proyecciones hasta la STC 66/1995⁷³.

El principio de adecuación requiere básicamente que las limitaciones que el legislador impone a los derechos fundamentales a la hora de configurar su ejercicio se encuentren fundadas en la protección de otro derecho, bien, valor o principio constitucional. Aunque no basta la mera indicación del precepto sino que la restricción que sufre el derecho fundamental debe ser verdaderamente útil para alcanzar la finalidad que se persigue. En palabras de la STC 66/1995, FJ 5º, se trata de comprobar si la medida limitativa de los derechos es "susceptible de conseguir el objetivo propuesto". En definitiva se trata de analizar la idoneidad de la medida para la consecución del fin perseguido.

El principio de necesidad consiste en la comprobación de que no existen medidas alternativas menos gravosas que la limitación del derecho fundamental para

libro, Tomo I, el interesante trabajo de TORRES MURO, I., "Los controles y garantías en la Constitución dominicana", p. 315, coincide con la opinión que se manifiesta en el texto y considera que el principio de proporcionalidad se ha denominado en República Dominicana principio de razonabilidad.

72 Véase BERNAL PULIDO, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ª edición, especialmente, pp. 692 y ss., sobre la estructura de estos sub-principios.

73 Una perfecta síntesis sobre el principio de proporcionalidad y sus sub-principios con detallado despliegue de la jurisprudencia constitucional en MEDINA GUERRERO, M., "La eficacia vinculante de los derechos frente a los poderes públicos...", *ob. cit.*, pp. 1168-1171. Véase también el resto del comentario a propósito de las garantías normativas, así como su trabajo (1998). "El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, pp. 119 y ss.

conseguir el objetivo perseguido. La indispesabilidad de la restricción se convierte en un instrumento básico al que más adelante se añade que la alternativa a la restricción del derecho debe ser igual de eficaz. El control se ciñe a comprobar si la limitación es "imprescindible o cabía [...] la adopción de medidas menos drásticas e igualmente eficaces para la consecución del fin perseguido" STC 66/1995, FJ 5º.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto es el menos depurado y exige atender a todas las circunstancias del caso concreto. Se trata de ponderar el sacrificio de los bienes que se origina al titular del derecho restringido con las ventajas que derivan del derecho, bien, valor o principio constitucional. Perjuicios y beneficios deben estar equilibrados, ambos tienen que estar adecuadamente ponderados, se trata de una auténtica armonización de los intereses confrontados. Así la STC 66/1995, FJ 5º, establece que se trata de comprobar si la limitación al derecho es "ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto"⁷⁴.

Si se tienen presentes los argumentos y razones, que se han examinado en el apartado IV de este trabajo, que llevaron a la reserva de ley impropia y a imponer los límites al legislador, hay que concluir que el Tribunal Constitucional ha adoptado una posición, quizás, excesivamente cautelosa en el control de los sub-principios que engloba la proporcionalidad para lo que se acude al concepto de Constitución como ordenamiento marco, ya desde la sentencia 11/1981. Si bien es cierto que este control es considerablemente más intenso cuando se aplica sobre la administración o la jurisdicción ordinaria. La cautela que, obviamente, disminuye la eficacia jurídica de esta garantía normativa se observa en el control ejercido por el Tribunal Constitucional sobre los tres sub-principios.

En numerosas ocasiones el máximo intérprete de la Constitución española no ha hecho un uso expreso del principio de adecuación sino que se ha limitado a identificar el derecho, bien, principio o valor constitucional que justificaba la restricción al derecho fundamental, pasando a continuación a examinar los otros dos sub-principios.

A propósito del principio de necesidad la STC 55/1996, FJ 8º, afirma: "Que la

⁷⁴ Véase MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L. (2007). *Cuota electoral de mujeres y Derecho Constitucional*, Madrid, Cortes Generales, pp. 199-228, sobre los tres sub-principios en una aplicación concreta.

realización del juicio de necesidad compete al legislador es una afirmación que ya hemos reiterado y justificado, al igual que la del amplio margen de libertad del que goza y que deriva, no sólo de la abstracción del principio de proporcionalidad (STC 62/1982, fundamento jurídico 5º) y de la reseñada complejidad de la tarea, sino también y sobre todo de su naturaleza como "representante en cada momento histórico de la soberanía popular" (SSTC 11/1981, 332/1994)".

"En rigor, el control constitucional acerca de la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada, tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, ya que se ciñe a comprobar si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario de derechos que la Constitución garantiza (SSTC 66/1985, fundamento jurídico 1º; 19/1988, fundamento jurídico 8º; 50/1995, fundamento jurídico 7º), de modo que sólo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento".

Y otro tanto puede afirmarse de la cautela al examinar el control del Tribunal respecto al principio de proporcionalidad en sentido estricto, como puede observarse en la STC 55/1996, FJ 9º: "Sólo el enjuiciamiento de la no concurrencia de ese desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma compete en este a punto a este Tribunal en su labor de supervisar que la misma no desborda el marco constitucional".

VII. La reforma constitucional agravada como garantía normativa.

Ya se destacó en el apartado I, nota dos, la importancia que Pérez Royo confiere a la reforma constitucional, al menos en Estados Unidos, para institucionalizar el poder constituyente originario del pueblo y la supremacía de la constitución como norma jurídica. También se puso de relieve como es una de las dos garantías fundamentales que protege a la constitución frente a posibles ataques o violaciones, al tiempo que opera como garantía normativa por la protección que recibe una institución al constitucionalizarse. Poco más resta añadir dado el objeto pretendido en este trabajo.

En lo que aquí interesa la Constitución dominicana sigue nuevamente a la Constitución española al emplear la reforma constitucional como garantía nor-

mativa de los derechos fundamentales, al diferenciar entre reforma constitucional simplificada y agravada y al requerir en este último caso la intervención en referéndum del pueblo dominicano. En efecto, se distingue entre la reforma ordinaria del artículo 271, con un quórum de más de la mitad de los miembros de cada una de las cámaras y una mayoría de dos terceras partes de los votos, de una reforma agravada (artículos 272 y 273), que opera como garantía normativa más intensa en la limitación que el poder constituyente establece al poder constituyente constituido. En este segundo supuesto se exige, además, la intervención del soberano mediante un referéndum obligatorio con participación, al menos, de más del treinta por ciento y con una mayoría de más del cincuenta por ciento de los votantes. El ámbito material incluye: "derechos, garantías fundamentales y deberes, el ordenamiento territorial y municipal, el régimen de nacionalidad, ciudadanía y extranjería, el régimen de la moneda, y sobre los procedimientos de reforma instituidos en esta Constitución". Como en supuestos anteriores se recibe la influencia española pero superando sus dificultades o errores⁷⁵. En España el constituyente se olvidó de proteger ni más ni menos que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, el principio de igualdad, el sistema de garantías de los derechos del artículo 53⁷⁶ y el propio procedimiento de reforma agravada; errores en los que no incurre el constituyente dominicano como se acaba de comprobar al reproducir el ámbito material de la reforma agravada. Finalmente, destacar que en la geometría variable de protección que despliegan las garantías normativas en República dominicana la especial rigidez no sólo es reclamable de los derechos fundamentales, sino también de los simples derechos constitucionales, de los deberes constitucionales y de las propias garantías.

75 NUÑEZ RIVERO, C. (2012). "La reforma de la constitución", en el libro dirigido por GONZÁLEZ TREVIJANO, P. y ARNALDO ALCUBILLA, E. *Comentarios a la Constitución de la República dominicana*, Tomo II, ob. cit., pp. 1423-1424, acertadamente destaca como la Constitución dominicana sigue a la española al prohibir en el artículo 271 que se inicie la reforma constitucional durante la vigencia de cualquiera de los estados de excepción, cuando hubiera sido más lógico, en línea con otras constituciones, subsanar este error y extenderlo a todas las fases de la reforma constitucional y no sólo a la iniciativa. Véase su trabajo en relación con este apartado a partir de la p. 1415 y especialmente pp. 1425-1427.

76 Véase DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J., *Curso de Derecho Constitucional Español*, ob. cit., p. 357.

Resumen

La nueva Constitución de República Dominicana de 2010 incorpora, indirectamente y a través de la influencia española, buena parte de la dogmática alemana sobre los derechos fundamentales, incluida la totalidad de sus garantías normativas, que son el objeto de este trabajo. Los estudios en este campo por parte de la literatura jurídica a propósito del país caribeño pueden calificarse como incipientes.

Tras la delimitación conceptual de las garantías normativas, la material presenta grandes dificultades. El poderoso influjo de la Constitución española ha llevado a querer interpretar miméticamente la rúbrica del capítulo I del Título II de la Constitución dominicana "De los derechos fundamentales". El correcto entendimiento propuesto en el trabajo ha requerido una amplia argumentación para incluir entre los derechos fundamentales a la participación política, así como para excluir de la categoría a derechos constitucionales y mandatos a los poderes públicos.

Aportes válidos para el derecho constitucional español surgen de las consideraciones que el trabajo efectúa sobre ciertos problemas prácticos surgidos en la península que el constituyente dominicano ha tratado de evitar: la separación entre los derechos fundamentales y sus garantías jurisdiccionales, siguiendo la estela alemana, pero aplicando la mayor parte de las garantías normativas a éstas; la dificultad de otorgar eficacia jurídica directa a ciertos derechos fundamentales de prestación o que requieren de completamiento normativo; la propuesta para tratar de superar las dificultades en la delimitación de la reserva orgánica y ordinaria; la exigencia de un quórum en la ley orgánica que obligue al consenso en materias trascendentales, así como la correcta sistematización de éstas; la diferenciación del conflicto entre derechos fundamentales y entre éstos y los valores, principios y bienes constitucionales cuando el legislador establece con carácter general los límites de los derechos fundamentales y las consecuencias que deberían derivar para evitar su vaciamiento; la titularidad del derecho fundamental de entrada en el país exclusivamente a los nacionales dominicanos; y, sin ánimo exhaustivo, una correcta delimitación material de los ámbitos protegidos por la reforma constitucional agravada.

Finalmente, y al margen del estudio de derecho comparado, se debe resaltar la investigación sobre los fundamentos que están en el origen de las reservas de ley y de los límites impuestos al legislador y como aquéllos se deben tener más presentes a la hora del control que las cortes constitucionales ejercen a través del principio de proporcionalidad, al que debe yuxtaponese el del contenido esencial. Hay un exceso de cautela por los máximos intérpretes de la constitución que está poniendo en peligro la efectividad de algunas garantías normativas.

Abstract

The new Constitution of Dominican Republic 2010 incorporates, indirectly and through Spanish influence, a good part of the German dogmatic about fundamental rights, including the totality of its normative guarantees, which are the object of this work. Studies in this field by the legal literature on the Caribbean country can be described as emerging.

After the delimitation of the conceptual normative guarantees, the material presents great difficulties. The powerful influence of the Spanish Constitution has led to want to interpret mimetically the rubric of the chapter I of the Title II of the Dominican Constitution "Of the fundamental rights". Correct understanding proposed in the work has required an extensive argumentation to include the political participation among the fundamental rights, as well as to exclude the constitutional rights and mandates to the public powers from the category.

Valid contributions to the Spanish Constitutional law arise from the considerations that this work makes on certain practical problems which have arisen in the peninsula and that the Dominican constituent sought to avoid: the separation between fundamental rights and their guarantees jurisdictions, following in the footsteps of German, but applying the greater part of the normative guarantees to these; the difficulty of providing direct legal effects to certain social fundamental rights or rights that require normative completion; the proposal to try to overcome the difficulties in the delimitation of the organic and ordinary reservation; the requirement of a quorum in the organic law that obliges reaching a consensus in transcendental matters, as well as the correct systematization of these; the differentiation of the conflict between fundamental rights and between these and the values, principles and constitutional goods when the legislator establishes with general character the limits of the fundamental rights and the consequences that should derive to avoid their emptying; the entitlement of the fundamental right of entry in the country exclusively to the Dominican nationals; and, without exhaustive, a correct material delimitation of areas protected by aggravated constitutional reform.

Finally, and outside of the study of the compared law, it is necessary to highlight the research on foundations that are in the origin of the reservations of law and of the limits imposed on the legislator and as those must be born in mind at the time of the control that the constitutional courts exercise through the principle of proportionality, to which there must be juxtaposed that of the essential content. There is an excessive caution by the maximum interpreters of the constitution that is putting the effectiveness of some normative guarantees in danger.

Palabras clave

Derecho Constitucional. Derecho Comparado. Constitución dominicana. Derechos Fundamentales. Garantías normativas.

Key words

Constitutional law. Compared law. Fundamental rights. Dominican Constitution. Normative guarantees.

ALGUNOS ASPECTOS FUNDAMENTALES DE DERECHO
COMPARADO SOBRE EL DERECHO A LA VIDA DEL NASCITURUS.
EL CASO CHILENO: RECORDATORIO Y PARALELO
AD PORTAS DE UNA NUEVA SENTENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL ESPAÑOL¹.

Estefanía Esparza Reyes.

*Doctora en Derecho Constitucional Universidad de Castilla-La Mancha,
Abogada UCT, Chile.*

SUMARIO

Introducción.

1. *Consagración histórica del derecho a la vida.*
2. *El concepto de vida humana.*
 - 2.1. *El inicio de la vida y la personalidad.*
3. *El derecho a la vida del nasciturus.*
 - 3.1. *El derecho a la vida desde su objeto, la finalidad de la protección.*
4. *La disposición de la vida y del derecho a la vida.*
 - 4.1. *La disposición del derecho a la vida.*
 - 4.2. *Disposición de la vida humana.*
5. *¿Tiene límites el derecho a la vida?*

¹ Este artículo constituye una versión más amplia del trabajo de investigación realizado para la materia de "Bioética" en el Programa de Doctorado en Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha durante el año 2009.

II. Aspectos fundamentales del análisis específico del derecho a la vida en Chile.

- 1.1. El derecho a la vida en la Constitución Política de la República y en la legislación chilena.*
- 1.2. Protección del derecho a la vida y la vida del nasciturus en Chile.*
- 2. El derecho a la vida y el nasciturus en Chile a través del fallo 740-2008 del Tribunal Constitucional chileno, sobre la distribución de la denominada píldora del día después.*
 - 2.1. Resolución del Tribunal Constitucional chileno.*
 - 2.3. Breve referencia al voto particular disidente del Ministro Hernán Vodanovic Schnake.*

Conclusión.

Bibliografía.

Introducción.

En estos días, cuando ha vuelto a ponerse sobre la mesa en España la discusión sobre los límites al aborto, parece necesario recordar algunos aspectos relevantes de la protección de la vida del *nasciturus*.

En tal sentido, la vida humana constituye una preocupación constante para la Humanidad, así ha sido estudiada desde los distintos conocimientos o saberes y aunque la Ciencia Jurídica no es en ningún caso ajena a este fenómeno, generalmente se ha ocupado de sus mecanismos de protección a través de los derechos, en este caso particular del derecho a la vida.

Los avances científicos han ido contribuyendo paulatinamente a resolver ciertos aspectos relevantes en relación a la vida humana, sin embargo existen otros temas que sólo tienen solución a la luz de las creencias religiosas, morales o filosóficas, las cuales en este tema se mezclan y parecen confundirse, circunstancia que dificulta de manera considerable la rigurosidad terminológica y conceptual en el tratamiento de este derecho en particular, según se verá.

1. Consagración histórica del derecho a la vida.

Si bien se encuentran escritos de los filósofos griegos clásicos sobre el derecho a la vida y ha sido protegida con mayor o menor rigor a lo largo de la historia, la primera alusión directa a él en un texto político-jurídico se encuentra en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, la cual impedía ser privado de la vida sin un debido proceso legal, sin embargo serían las Constituciones, Pactos y Declaraciones Internacionales posteriores a la Segunda Guerra Mundial, las cuales frente a los atroces atentados a los Derechos Humanos cometidos, decidieron consagrarlo masivamente en forma expresa². Esto no debe conducir a pensar que con anterioridad a esta inclusión en las normas fundamentales no existía ningún resguardo, muy por el contrario, su protección se subentendía como un derecho tan primordial que no era necesaria su consagración expresa.

² Así DIEZ PICAZO, Luís María: *Sistema de Derechos Fundamentales*. Segunda Edición. Editorial Aranzadi, Madrid, 2005, pág.215 y VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALA, Humberto: *Derecho Constitucional*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1994, págs. 191 y 192.

2. El concepto de vida humana.

En general los autores no entregan definiciones sobre el concepto de vida humana, se limitan en algunos casos a decir que se trata de un proceso biológico que comienza con la concepción y termina en la muerte, mientras que en otros sólo entregan características de la misma. Los textos se han dedicado a dar pautas sobre lo que entienden por derecho a la vida humana y aún en forma escueta, sobre el contenido de este derecho³.

Interesante resulta a este respecto que haya sido el tribunal constitucional español, en la STC 53/1985 de 11 de abril quien se ha atrevido a entregar una "noción" sobre la vida humana y no en forma precisa los autores, así entiende que la vida "es un devenir, un proceso que comienza con la gestación y termina con la muerte"⁴, circunstancia que más allá del contenido de la definición que no entrega mayor sustancialidad, resulta al menos destacable dicho empeño.

En este sentido, algunos autores han indicado su relación con las propias concepciones religiosas y manifiestan algunas de sus características, así unos entienden que la vida "es obra de Dios", distinguiendo entre la vida espiritual y corporal, el "complemento sustancial del alma espiritual", es una obligación moral, ya que se constituye en "el deber de vivir para cumplir el destino que Dios nos da"⁵, entendiendo que la vida humana tiene un componente religioso trascendental, en el sentido que dios ha creado la vida y el fin último de ella es obedecerle. Con una opinión similar Enrique Evans señala que la vida es "el don primario que Dios ha dado al hombre"⁶. Estas concepciones tienen importantes consecuencias, principalmente respecto de la posibilidad de disposición (propia o ajena) de la vida ¿Se podría disponer de un bien que no nos pertenece?

³ Una excepción en este sentido lo constituye José Luis Cea Egaña, quien al referirse a la vida humana natural la entiende como "la fuerza o actividad interna sustancial mediante la que obra el ser que la posee", definición que lamentablemente carece de contenido material, CEA EGAÑA, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo II. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2004, pág. 94.

⁴ Demás está decir que la vida humana ha tenido un sentido distinto de acuerdo a la rama de estudio que la aborde, no será lo mismo para un genetista, un médico, un filósofo, un teólogo o un jurista y es en estos conceptos donde además se ponen de manifiesto las concepciones más íntimas, referidas principalmente a creencias de índole religiosa, en este sentido y aún en forma específica entregando distintas nociones de vida, MARÍN GÁMEZ, José Ángel: *Aborto y Constitución*. Universidad de Jaén, Jaén, 1996, págs. 111 y ss.

⁵ UGARTE GODOY, José Joaquín: "El Derecho a la Vida y la Constitución" en *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 33, N° 3. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2006, págs. 509- 537.

⁶ EVANS, Enrique: *Derechos Constitucionales*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004, pág. 113.

Otra característica que se ha entregado generalmente y en muchos casos basada en que las Constituciones española y chilena los consagran conjuntamente, es la estrecha relación entre la vida humana y la integridad, sea ésta física, psíquica o moral, la íntima conexión entre ambos conceptos y en algunos casos la completa identificación, así en las actas de la comisión de estudios para la nueva constitución de Chile se dejó constancia que se pretendía proteger la vida realmente humana, la cual "si no va acompañada del derecho a la integridad física y psíquica no asegura una vida que valga la pena vivirla"⁷.

De este modo, se tiende a confundir la vida humana con el derecho a la misma, así Ugarte plantea que "el derecho a la vida comprende el derecho a la integridad física y psíquica"⁸. Por otra parte Mario Verdugo plantea que los atentados a la integridad física, tales como la mutilación serían atentados contra vida⁹. Existen otros autores que plantean que la vida y la integridad son muy distintas, así se podría afectar una sin vulnerar la otra, por ejemplo cuando se mutila alguien sin matarlo¹⁰.

En un sentido similar, se ha asociado el derecho a la salud al derecho a la vida y a la existencia de un mínimo vital para la subsistencia. En el primer caso nuevamente, según se verá tienden a superponerse derecho subjetivo y objeto de protección, mientras que en el segundo, al menos en el caso español ha sido asociado a la dignidad humana, al Estado Social y Democrático de Derecho¹¹ y en algunos casos a la igualdad¹². De este modo, el mismo tribunal constitucional español en la sentencia recientemente aludida ha dejado en evidencia la estrecha relación entre el derecho a la vida y la dignidad como punto de arranque de todos los derechos.

Con todo, un aspecto destacable de lo anteriormente dicho es que tal como suele ocurrir en muchísimos casos relativos a los Derechos Fundamentales, el

7 Comisionado Alejandro Silva Bascuñán. Sesión N° 87, 14 de Noviembre de 1974.

8 UGARTE GODOY, José Joaquín: "El derecho a la Vida y la Constitución". Op. Cit. Pág. 517.

9 VERDUGO MARINKOVIC, Mario, et alt: *Derecho Constitucional*. Op. Cit. Pág. 198.

10 Así, FIGUEROA GARCIA - HUIDOBRO, Rodolfo: "Concepto de Derecho a la Vida " en *Revista Ius Et Praxis*. Año 14, N° 1. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Talca, Talca, Chile, 2008, págs. 261-300.

11 Así por ejemplo la jurisprudencia del tribunal constitucional español en la STC 32/1981 de 31 de julio.

12 Algunos autores estiman que este "mínimo vital " se asociaría a una "igualación para competir ", una forma de entender la igualdad, aunque se reconoce su estrecha vinculación con la dignidad, CARMONA CUENCA, Encarnación: "El principio de igualdad material en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional " en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* N° 82, Abril/Junio. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994, págs. 283 y 284.

derecho a la vida no se encuentra exento de la confusión entre la protección y el bien jurídico que se pretende resguardar, circunstancia que es necesario dejar en evidencia.

2.1. El inicio de la vida y la personalidad.

Entre los autores chilenos, salvo contadas excepciones¹³, no se menciona expresamente que la vida humana comienza al momento en que se unen los gametos femenino y masculino, sin embargo puede deducirse del hecho de reconocerle derecho a la vida al *nasciturus* desde la concepción misma, pues carecería de sentido proteger el derecho la vida de un ente que no tiene ésta última.

De un modo similar, en ocasiones se hace alusión al inicio de la persona humana indicando que comienza con la fecundación¹⁴, afirmación que es compartida solo por corrientes minoritarias, tanto en el mundo cuanto en España¹⁵. En efecto, la Corte Interamericana ha establecido que solo habría concepción en el momento de la implantación, más no al momento de la fecundación¹⁶, entregando una interpretación amplia del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁷.

Desde esta perspectiva, en el caso de los autores chilenos se desconoce si estiman que hay vida humana porque se es persona desde la concepción o si se es persona porque hay vida y es precisamente aquí donde comienza a manifestarse la primera gran diferencia entre la protección del *nasciturus* entre el sistema jurídico chileno y español, puesto que el tribunal constitucional español en la cono-

¹³ Como Juan Pablo Beca y el fallo del tribunal constitucional chileno que se analizará más adelante. BECA FREI, Juan Pablo: "Algunas consideraciones respecto del fallo del Tribunal constitucional chileno relativo a la distribución de la píldora del día después" en *Revista Ars Médica* N° 17, Facultad de Medicina Pontificia Universidad católica de Chile, Santiago de Chile, 2008, págs. 203-209.

¹⁴ Así por ejemplo, UGARTE GODOY, José Joaquín: "El Derecho a la Vida y la Constitución ". Op. Cit., como la mayoría de los autores consultados.

¹⁵ En este sentido DE LA MATA PIZAÑA, Felipe: "El aborto en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español" en *Ars Iuris*, N° 38, Instituto Panamericano de Jurisprudencia de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, Ciudad de México, 2007, pág. 67 y HERRERA JARAMILLO, Francisco José: *El Derecho a la vida y el aborto*. Ediciones Universidad de Navarra., Pamplona, 1984, págs. 152 y ss.

¹⁶ Caso "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica" de 28 de noviembre de 2012.

¹⁷ Artículo 4.1 CADH: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.".

cida STC 53/1985 de 11 de abril, reconoció expresamente que el *nasciturus* no es una persona ni tampoco titular del derecho a la vida, afirmación, que sin embargo, no es compartida por todos los autores¹⁸.

Con todo, encontramos otros textos que sí se refieren expresamente al inicio de la vida y la personalidad, así siguiendo a Felipe de la Mata Pizaña¹⁹, se ha planteado que el inicio de la persona, en este caso la vida humana, puede estudiarse desde dos distintas disciplinas: la Filosofía y la Ciencia²⁰, concluyendo que tanto desde la Filosofía, cuanto desde la Ciencia se obtiene la misma conclusión, a saber: que el cigoto sería persona.

En este punto es necesario destacar que existe gran confusión entre los autores respecto de dos cuestiones: En general utilizan indistintamente los conceptos de vida humana y derecho a la vida, realidades sumamente distintas, por una parte la primera es un concepto biológico o filosófico, según la forma de plantearlo, que involucra múltiples procesos biológicos, sociales e intelectuales y susceptible de abordarse desde diversas áreas de conocimiento, en cambio el derecho a la vida es una noción eminentemente jurídica. En segundo término varios autores, particularmente chilenos, aunque también otros españoles, hacen sinónimos sin mayor justificación la vida humana en sentido biológico o filosófico, es decir, no como derecho sino como realidad material con la personalidad. Este planteamiento resulta cuestionable a todas luces desde varias perspectivas, así debido a que nada asegura que sólo por el hecho de tener vida se es persona, es necesario

18 Así por ejemplo ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel: "Apuntes sobre el derecho a la vida en España: Constitución, jurisprudencia y realidad " en *Revista de Derecho Político* Nº 53, UNED, Madrid, 2002, págs. 337-358.

19 DE LA MATA PIZAÑA, Felipe: "El aborto en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español". Op. Cit., págs. 60 y ss.

20 Respecto de la Filosofía, señala el mismo autor que la conclusión será que la vida comienza en la concepción, así los seres humanos están compuestos de tres elementos: sustancia (no accidente), individualidad y racionalidad, los que también posee el cigoto, de ahí deduce que es persona desde una perspectiva filosófica.

Respecto de la Ciencia, el autor expone 4 teorías al respecto, la primera nos dice que hay vida humana desde la implantación del cigoto, ya que sólo desde este momento se tiene viabilidad. La segunda plantea que hay vida desde el día 40 contado desde la concepción, ya que sólo en ese momento puede detectarse alguna actividad cerebral. Por otra parte, la tercera postura dice que sólo hay vida desde el tercer mes, ya que es en este momento cuando los fetos tienen forma humana y verdadera viabilidad. Sin embargo es la cuarta postura la que comparte el autor, la cual postula que hay vida desde la concepción, principalmente basado en la genética, ya que con la fecundación el cigoto ya tiene determinada su composición cromosómica y sería desde ese momento distinto de la madre. Es necesario señalar que el autor hace sinónimos el inicio de la vida humana con la personalidad, DE LA MATA PIZAÑA, Felipe: "El aborto en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español ". Op Cit., págs. 60 y ss.

estudiar los requisitos de la personalidad para conocer la efectividad de poder catalogar como persona al *nasciturus*, pero además y en segundo lugar, tal razonamiento presenta inconvenientes debido a que con motivo de la confusión entre vida humana y derecho a la vida, se ha pretendido derivar de poseer el "derecho a la vida", es decir desde la titularidad, la propia personalidad. Sobre este punto es necesario hacer una pequeña reflexión, así la distinción entre vida y derecho a la vida resulta de toda utilidad y es necesaria para continuar con un razonamiento más que jurídico, de índole lógico: puesto que derivar de la situación de tener o ser titular de un derecho la calidad de persona resulta inadecuado, salvo que en caso de duda se utilice como elemento de interpretación, debido a que el proceso más bien debe realizarse inversamente, es decir de la personalidad derivar la titularidad de un derecho, puesto que por ejemplo, existen personas que aunque sea innegable su calidad de tal, carecen de ciertos derechos, como son algunos derechos que no se reconocen a los extranjeros o a los/as menores de edad. En consecuencia no resulta adecuado derivar del hecho de poseer un derecho la personalidad, puesto que más bien se trataría de un proceso inverso, donde de ser persona se deriva la titularidad del mismo. Para continuar con este trabajo, es necesario no perder de vista estas distinciones, puesto que según se verá, de ellas se obtienen importantes consecuencias.

3. El derecho a la vida del *nasciturus*.

Si bien ya se ha abordado someramente la discordia que ha producido la titularidad de tal derecho respecto del *nasciturus* y con resultados diametralmente opuestos en España y en Chile, valga recordar que en el primer caso no se le reconoce tal derecho, mientras que en el caso chileno sería persona y tendría derecho a la vida. La postura española sería concordante con lo señalado por la Corte Europea²¹ e Interamericana²² de Derecho Humanos, las cuales han negado la calidad de titular de derecho a la vida al no nacido, por cuanto no sería persona, pero además la Corte Europea ha estimado que se trataría de un asunto que si bien deben resolver los Estados y en el cual no toda discrecionalidad al respecto es factible²³, no existiría un derecho a la vida como el consagrado en el artículo 2 de la Carta Europea. Con todo, valga mencionar que se reconoce que el feto es parte de la raza humana y requiere, en consecuencia, de cierto nivel de protección.

21 Por su claridad solo a modo ejemplificativo Caso "Vo vs. Francia" (53924/00) del 8 de julio de 2004.

22 Caso "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica" de 28 de noviembre de 2012.

23 Caso "A, B y C vs. Irlanda" (25579/05) de 16 de diciembre de 2010.

Como puede notarse, la solución entre ambos sistemas es relativamente similar, pese a que, tal como ha reconocido la Corte Europea dichos sistemas poseen normas distintas, en razón de que la Convención Americana expresa que el derecho a la vida comienza "generalmente" desde la concepción.

Es necesario mencionar que entre el sistema español y el chileno existe otra diferencia relevante, puesto que en España, pese a lo manifestado anteriormente se reconoce en la vida un valor, el cual según la doctrina mayoritaria y especialmente debido a la aportación de la STC 53/1985²⁴, se constituiría en un valor superior²⁵, mientras que en Chile la protección se basa en la titularidad de un derecho.

En un sentido similar, se ha entendido en el caso español que la protección del que está por nacer derivaría de ser un bien jurídico protegido por el artículo 15 CE, circunstancia que tal como señala el mismo tribunal no implica reconocerle la calidad de persona, situación muy distinta, según se verá a lo manifestado por el tribunal constitucional chileno, donde la vida se encontraría protegida por el derecho a la vida reconocido al *nasciturus*. De este modo, para el máximo tribunal español la protección se ha derivado de distintas normas de la Carta Fundamental, tales como la dignidad, libre desarrollo de la personalidad, libertad física y moral, libertad de ideas y creencias, honor, intimidad personal y familiar y derecho a la propia imagen²⁶.

Algunos autores han criticado la nomenclatura "derecho a la vida", en razón de que dudan que tal exista lo que implicaría un derecho a un hecho de la naturaleza, a una creación, y en consecuencia estiman que más correcto es indicar el derecho de vida o derecho sobre la vida.

24 El tribunal constitucional ha señalado que entiende el derecho a la vida en su doble significación, física y moral, que es la protección de un valor superior, el cual es "fundamental, esencial y troncal", presupuesto básico de los demás derechos. La vida sería un valor "espiritual y moral inherente a la persona" vinculada (aunque no explícita en qué consiste tal vinculación) no sólo a la vida, sino también a otros derechos tales como el libre desarrollo de la personalidad, integridad física y moral, libertad de ideas y creencias, honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este valor se manifiesta "singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión de respeto de parte de los demás", es un valor que se concreta y en este sentido debe siempre considerarse la especial concreción respecto de la mujer.

25 Existen autores que coincidiendo con lo planeado por el Magistrado Francisco Tomás y Valiente no comparten esta afirmación, puesto que si bien entienden que la vida es un valor constitucional, no le asignan la calidad de superior, a modo de ejemplo DIAZ REVORIO, Francisco Javier: *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997, págs. 121 y 123.

26 STC 53/1985 de 11 de abril.

Respeto de sus definiciones, si bien ellas no abundan los autores chilenos Verdugo y Pfeffer entienden el derecho a la vida como "La facultad jurídica, o poder, de exigir la conservación y la protección de la vida humana, o sea, de ese estado de actividad sustancial propio del hombre. No sólo, pues en su dimensión biológica, en la integridad física, sino que también en lo psíquico"²⁷. Por su parte Hernán Molina Guaita señala que "el derecho a la vida es la prerrogativa para conservar la propia existencia. La libertad de vivir implica su reconocimiento"²⁸.

Con todo, la mayoría de los autores se han dedicado principalmente a estudiar los efectos del derecho a la vida, su protección y alcances en el sentido de ocuparse del inicio de la vida humana (o del derecho, desde una perspectiva que parece errada) o del fin de la misma, es decir se han preocupado del aborto²⁹, las técnicas de fertilización asistida, experimentación con embriones y eutanasia, principalmente.

En cuanto al bien jurídico protegido, la mayoría de los autores chilenos y españoles coinciden que es la vida, aunque hay quien piensan que es "el carácter igualmente valioso de toda vida humana, o si se prefiere, la convicción de que toda vida humana es digna de ser vivida"³⁰, confundiendo habitualmente el objeto con el bien jurídico.

Es debido principalmente a esta confusión que se hace necesario recurrir a los métodos de interpretación para conocer de manera más fehaciente el derecho a la vida.

3.1. El derecho a la vida desde su objeto, la finalidad de la protección.

Como ha quedado en evidencia hasta este momento, existe gran confusión entre el derecho a la vida y la vida humana misma, en consecuencia resulta sumamente adecuado determinar qué pretende proteger este derecho y la específica utilización del elemento teleológico en este empeño. Si bien existen muchos más métodos, principios y mecanismos hermenéuticos, algunos creados especialmen-

27 VERDUGO MARINKOVIC, Mario, et alt: *Derecho Constitucional*. Op. Cit. Pág. 130.

28 MOLINA GUAITA, Hernán: *Derecho Constitucional*. Sexta Edición, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2006, pág. 198.

29 Así por ejemplo Eduardo Espín no lo define, sólo se refiere a la STC 53/1985, en LOPEZ GUE-RRA, Luís; ESPIN, Eduardo, et alt: *Derecho Constitucional*. Tomo I. Editorial Tirant lo Blanch, Séptima edición, Valencia, 2007, págs. 218 y ss. , el mismo tratamiento en ALVÁREZ CONDE, Enrique: *Curso de Derecho Constitucional*. Volumen I. Sexta Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2008, págs.387 y ss.

30 DIEZ-PICAZO, Luís María: *Sistema de Derechos Fundamentales*. Op. Cit., págs. 215 y 216.

te para el Derecho Constitucional, la claridad y funcionalidad para el caso de conocer un derecho fundamental de este método en particular resulta indiscutible, de esta forma se intenta averiguar el objeto del derecho a la vida, es decir qué pretende proteger tal derecho, independiente de la garantía más o menos efectiva que éste posea.

Se seguirá el orden de Rodolfo Figueroa en este punto³¹. El mismo ha reconocido cinco objetos posibles, que ha denominado "concepciones del derecho a la vida", así el mismo entiende que muchos autores desconocen dentro de qué categoría se encontraría su definición y que además cada una de ellas, puede a su vez incorporarse a más de una clase, éstas son, a saber: a) conservar o mantenerse con vida, b) vivir bien o con dignidad, c) recibir lo mínimamente necesario para mantenerse o conservar la vida, d) que no "me maten", e) que no me maten arbitrariamente. Si bien la clasificación está planteada para el caso chileno, su utilidad, con ciertos matices, puede extenderse a todos los ordenamientos jurídicos que consagren el derecho a la vida.

a) Conservar o mantener la vida.

El autor manifiesta que consiste en un derecho a "vivir, a permanecer con vida o seguir viviendo", siendo la concepción mayoritariamente compartida por los autores chilenos, sin embargo, tal objeto carecería de sustento por varias razones, a saber: en primer lugar porque un derecho a permanecer con vida implicaría lo mismo que poseer un derecho a no morir, lo que supondría inmortalidad, en segundo término debido a que son muchos los factores que pueden conducir a que una persona muera y no todos son producto de una violación del derecho a la vida, imaginemos que cada vez que una persona fallece de cáncer por ejemplo, se estaría vulnerando su derecho a la vida, afirmación que resultaría inconducente y en último lugar en razón de que la finalidad de los derechos es su aseguramiento y nada ni nadie podría asegurar que alguien no muriese jamás³².

b) Vivir bien o con dignidad.

Según Figueroa, esta teoría es mucho más seguida en España que en Chile, aunque dicha afirmación resultaría cuestionable.

31 FIGUEROA GARCIA HUIDOBRO, Rodolfo: "Concepto de Derecho a la Vida" Op. Cit., págs. 267 y ss.

32 En el mismo sentido HERRERA JARAMILLO, Francisco José: *El Derecho a la vida y el aborto*. Op. Cit., pág. 138.

Los autores incorporan nociones referidas a otros derechos o valores, tales como la dignidad, la integridad física o psíquica, la salud, además de hechos al concepto de vida humana.

Figueroa estima que esta tesis no es sostenible porque transforma en inasible el derecho a la vida: ¿Qué es vivir bien?, ¿Qué es vivir con dignidad?, en razón de que no hay una sola cosmovisión sobre qué es vivir bien, además de seguirse esta concepción nos enfrentamos a un problema respecto de su garantía, no estableciéndose a quién se puede exigir, puesto que en muchos casos esta situación dependería de las especiales opciones y necesidades de cada cual. Con todo, puede señalarse que esta noción, especialmente cuando se refiere a derechos considerados sociales, puede relacionarse de manera más patente con las consagraciones del Estado Social de Derecho.

c) Recibir lo mínimamente necesario para mantenerse o conservar la vida

Sostenida por Judith Javis Thompson³³, posee pocos seguidores en Chile y no ha sido adoptada por la jurisprudencia de tal país³⁴.

Tendría seguidores en países europeos, entre ellos en España, circunstancia que puede ser confirmada según se trató, tanto por la jurisprudencia del tribunal constitucional español, cuanto por parte de la doctrina, quienes también asocian el derecho a la vida a la existencia de un mínimo vital de subsistencia.

Esta teoría es semejante a la primera pues pretende preservar la vida, sin embargo no supone inmortalidad, mientras que también muestra similitudes con la segunda, aunque desde una perspectiva más acotada, por cuanto se trataría de prestaciones concretas para la conservación de la vida.

Con todo, ha recibido múltiples críticas como interpretación del derecho a la vida, a saber: la primera de ellas se refiere al caso que no exista derecho a obtener lo que se requiere, es decir una garantía. Por otra parte, se crearían innumerables

³³ THOMPSON J. J.: "Defensa del Aborto" en DWORKIN, Ronald (Comp.): *Filosofía del Derecho*. Traducción de Javier Sáinz de los Terreros. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1980, págs. 211-240.

³⁴ Se puede encontrar una revisión jurisprudencial del caso chileno sobre esta concepción en ZUÑIGA FAJURI, Alejandra: "El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la Constitución: Una relación necesaria" en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 9, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2011, págs. 37-64.

situaciones en las que una persona estaría obligada a realizar una prestación en razón de salvarle la vida a un tercero. Esta afirmación puede generar conflictos, puesto que no hay que olvidar que si bien desde una perspectiva ética puede haber una obligación a este respecto, jurídicamente en los casos que no exista un deber de cuidado específico, ella resultaría inconcebible. Plantea igualmente el autor que esta concepción amplísima diluye responsabilidades y por último que en algunas situaciones podría derivar en un "derecho a estar sano", lo que resulta un despropósito.

d) Que no "me maten".

El autor considera que de las tres concepciones anteriores es la más acotada y jurídicamente, hasta el momento, la más acorde a la teoría de los derechos, debido a que tiene como destinatarios a terceras personas, es decir, las otras personas están obligadas a "no matarme", lo que implicaría una conducta humana, que se condice con la idea de derechos, en otras palabras evitar que mediante acciones de terceros se vulnere un bien jurídico protegido.

Con todo, le parece que de esta concepción se deriva una idea errada, que el derecho a la vida es absoluto y no admite limitaciones, afirmación que conduciría a absurdos como que la legítima defensa estaría tipificada igual que el homicidio, situación que considera inconcebible desde la teoría de los derechos fundamentales.

e) Que no "me maten" arbitrariamente.

Figueroa plantea que esta posición es la que le parece más acertada, puesto que incorpora elementos fundamentales para tratar los derechos, por una parte distingue entre vida y derecho a la vida y por otra entiende que el objeto de esta última no se refiere a la vida humana en sí, sino a conductas humanas³⁵. Asimilando arbitrariedad y falta de justificación, plantea del mismo modo, que los derechos tienen siempre limitaciones y nunca son absolutos, afirmación acorde con la actual postura mayoritaria encabezada por Alexy³⁶. Así esta teoría no entiende como violación al derecho la vida, la legítima defensa ni el estado de necesidad defensivo, debido a que no es un derecho absoluto, tampoco las muertes natu-

35 En el mismo sentido Prieto Sanchís, PRIETO SANCHIS, Luís: *Estudios sobre Derechos Fundamentales*. Editorial Debate, Madrid, 1990, págs.129 y 130.

36 Se trata de la teoría de la ponderación, ALEXY, Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Segunda Edición, Madrid, 2008, págs. 311 y ss.

rales puesto que sólo pueden vulnerar el derecho los seres humanos, más no la naturaleza, pero tampoco habría vulneración en los casos en que se cuenta con el consentimiento del afectado, como la eutanasia voluntaria, pues se elimina la conducta de un tercero y la arbitrariedad, situación similar a lo que ocurriría en el caso de la pena de muerte.³⁷

4. La disposición de la vida y del derecho a la vida.

El interrogante más importante que se han planteado los autores sobre este tema y que en los hechos resulta sumamente interesante, consiste en dilucidar si es posible disponer del derecho a la vida por parte de su titular. La importancia del tema radica como es entendible, en la violación del derecho, más no en otras actitudes o aún, entendiendo la gran confusión existente entre vida humana y derecho a la vida, en determinar si es posible disponer de esta última.

4.1. La disposición del derecho a la vida.

Si se entiende el derecho a la vida como la facultad que otros no me maten en forma arbitraria como lo ha planteado Figueroa, la pregunta, desde una primera óptica respecto de la disposición del derecho, carecería de relevancia en razón de varios motivos, a saber: en primer lugar ya se abordó el tema respecto del contenido u objeto del derecho que en último término y tal como cualquier derecho se refiere únicamente a la conducta de terceros, sea el Estado, sospechoso eterno de vulneración o los particulares. No está de más recordar en este punto que las personas son titulares de sus propios derechos, de manera que resulta imposible tener la calidad de titular y obligado de un mismo derecho. Por otro lado y dejando de lado este argumento netamente de teoría de los derechos fundamentales, de lógica, todos los derechos fundamentales están establecidos por y para los seres humanos, ya han señalado los autores que su finalidad es de protección, entonces resulta cuestionable que un derecho proteja a alguien de sí mismo.

Desde otra perspectiva y refiriéndose a todos los derechos, estos son en general renunciables para el caso concreto, más no de manera universal y anticipada³⁸,

37 El tema será tratado más ampliamente en el apartado referido a los límites del derecho a la vida.

38 Así DIEZ PICAZO basándose en el Derecho Civil estima que todos los Derechos son en general renunciables, salvo el derecho a la vida, aunque reconoce cierta excepción en el denominado "testamento vital ". DIEZ PICAZO, Luís María: *Sistema de Derechos Fundamentales..* Op. Cit., pág. 223.

salvo que miren el interés general o perjudiquen a otras personas, sin embargo en el caso específico del derecho a la vida ¿podría afirmarse que si un idéntico vulnera por sí mismo tal derecho propio esto perjudica los derechos de otras personas o del Estado? La respuesta parece negativa. En cualquier caso, no se debe olvidar que no existe gran disputa respecto de la renuncia no al derecho, sino al ejercicio del mismo, circunstancia que resulta del todo plausible, por ejemplo en los casos que una persona decide no participar de las elecciones populares.

En el caso específico del derecho a la vida, en principio cuesta encontrar una situación en que una persona vulnere su propio derecho, acaso consistiría en permitir que se le mate en forma arbitraria, pero si por un momento tal como anteriormente, solo por motivos pedagógicos, se plantea que el objeto del derecho a la vida consiste en la vida misma, se produciría allí un problema de colisión de derechos, el derecho a la vida y el derecho a la libertad, en el cual para su resolución , en caso de compartirse la actual teoría de los derechos fundamentales debe recurrirse a reglas generales, es decir a la ponderación.

4.2. Disposición de la vida humana.

La vida al ser un hecho natural, escapa al ámbito exclusivo del Derecho y en consecuencia influirán en la decisión de disponer de ella una gama interminable de factores psicológicos, religiosos, morales, filosóficos, etc., circunstancias que aunque pueden relacionarse de alguna forma con el Derecho no resultan parte del mismo. Así hay autores que plantean principalmente el carácter de derecho-deber de la vida, circunstancia que recuerda la discusión respecto de las obligaciones militares como derecho-deber de "defensa de la Patria ", lo que a todas luces parece contrario a la teoría de los derechos, ya que un derecho no podría tener al mismo tiempo la calidad de deber, pero por otro lado y en el fondo del asunto, partiendo desde la lógica kantiana que refiere que cada ser humano es un fin en sí mismo, en algunos casos se ha entendido de esta premisa que la disposición de uno mismo sería contraria a esta máxima y en consecuencia, la vida sería un deber. Aún hay otros autores que plantean que del derecho a la vida deriva el deber de conservarla.

Por otro lado existen quienes han planteado la tesis de que es el Estado el dueño de la vida humana y en consecuencia las personas no podrían disponer de la propia, ya que atentarían contra el derecho de propiedad sobre la vida que tiene el Gobierno, sin embargo, tal como lo plantea Rodolfo Figueroa ya nadie continúa sosteniendo esta teoría, porque además de carecer de sustento sólido, se ha aso-

ciado al régimen Nazi³⁹. Aun así, tal como se planteó al principio, esta situación de disposición de la vida propia, salvo que se considere la vida un derecho o un valor, escapa al ámbito de estudio del Derecho, aunque tanto la vida humana, cuanto la muerte, como hechos naturales tengan consecuencias por sí mismas, como son los derechos patrimoniales que se derivan de cada una de ellas, empero en este caso poco importa si la muerte se ha producido por causas naturales o por acción de terceras personas, sea en forma arbitraria o no.

Con todo existen casos muy conocidos y con respuestas estatales diversas respecto de un intento de disposición de la vida propia, se trata de los casos de huelga de hambre que pueden ocasionar consecuencias fatales. Por otra parte, si bien una situación aún más patente ocurre con la denominada eutanasia, lo cierto es que en Chile no ha existido pronunciamiento al respecto y por este motivo no se abordará en las siguientes páginas.

La primera distinción que se debe realizar aquí es que esta disposición de la vida se refiere a personas, en consecuencia de sostener la postura mayoritaria, no se incluiría al *nasciturus*, por otra parte se hace alusión a la disposición de la vida propia y en consecuencia, desde la perspectiva chilena tampoco correspondería al *nasciturus*. Es de esta forma, como en el caso español desde el conocidísimo caso GRAPO⁴⁰ se han sentado las bases, mediante la prohibición de la alimentación forzada de los huelguistas, de la posibilidad de disposición de la propia vida, inclusive en casos de menores de edad por motivos religiosos⁴¹. En el caso chileno la solución ha sido diametralmente opuesta, en razón de que tanto en casos relativos a creencias religiosas, cuanto a huelgas de hambre⁴², la Corte Suprema de Justicia de la República ha estimado que se debe actuar para proteger la vida aún contra los propios deseos de disponer de ella, aplicando en estos casos una amplia interpretación del derecho a la vida⁴³, al menos desde la perspectiva de la conservación por parte del titular de tal derecho, así como su extensión al *nasciturus*.

39 FIGUEROA GARCIA-HUIDOBRO, Rodolfo: "Concepto de Derecho a la Vida". Op. Cit., pág. 284.

40 STC 120/1990 de 28 de junio

41 En este caso particular la STC 154/2002 de 18 de julio ponderó la libertad religiosa y el derecho a la vida, determinando que en este caso particular debía primar la primera, pudiendo el menor de edad, en virtud de su credo negarse a recibir transfusiones de sangre, aún en contra de su propia vida.

42 Revista *Gaceta Jurídica*, Nº 50, Santiago de Chile, 1984, págs. 76 y ss.

43 Zúñiga estima que la regla general en cuanto a forma de entender el derecho a la vida por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile, es restringida, es decir, aceptando la postura que considera que el derecho a la vida consiste en impedir la muerte arbitraria, ZUÑIGA FAJURI, Alejandra: "El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la Constitución: Una relación necesaria". Op. Cit., pág. 52.

En este último caso específico valga mencionar que las limitaciones a la disposición de la vida serán muy distintas en cuanto ésta se considere derecho fundamental o valor sea superior o no, puesto que de estimarlo derecho la protección debe ser completa y total, es decir no admitiría limitaciones generales al mismo, esto pese a que se pueda aceptar, circunstancia que en Chile no ha ocurrido, que el derecho a la vida del *nasciturus* pueda ser restringido en virtud del planteamiento de la ponderación. En otras palabras: si se limita el derecho a la vida que se reconoce al *nasciturus*, se estaría acabando con la vida completamente. Por otra parte, desde una perspectiva opuesta y respecto del caso español, al tratarse de un valor⁴⁴, los cuales admiten cumplimientos parciales debido al carácter totalizante y casi inasible de los valores, la protección del *nasciturus* no es absoluta, sino más bien gradual⁴⁵, pues desde su concepción iría aumentando, hasta que naciendo se le reconozca la titularidad del derecho a la vida y una protección acabada.

5. ¿Tiene límites el derecho a la vida? ⁴⁶

Este ha sido un tema recurrente entre los autores al tratar el derecho a la vida, se hace alusión a él principalmente al hablar sobre la legítima defensa, la pena de muerte y el aborto.

Es necesario señalar que una referencia a los límites al derecho a la vida del

⁴⁴ En la STC 53/1985 de 11 de abril, dicho tribunal estima que de reconocer que el *nasciturus* es un bien jurídico protegido por el artículo 15 CE se derivan dos importantes consecuencias, a saber: por una parte abstenerse de interrumpir u obstaculizar la gestación y por otra establecer un sistema legal efectivo para su defensa, el cual debe incluir en último término normas penales, aunque pone énfasis que esta protección no es absoluta y debe estar sujeta a limitaciones. Entiende asimismo que el legislador si está facultado para excluir la vida del *nasciturus* de la protección penal, tanto la punibilidad general, a través de eximentes, cuanto en forma particular, en razón de que en último término, renunciar a la sanción penal de ningún modo implica que deje de subsistir la obligación de protección.

⁴⁵ Este argumento fue desarrollado no solamente en la STC 53/1985, sino además en las sentencias referidas a las técnicas de reproducción asistida, mediante la STC 212/1996 de 28 de diciembre y STC 116/1999 de 17 de junio.

⁴⁶ Con el término límites se hace alusión de manera más exacta a los límites externos, entendiendo que la distinción más aceptada de los mismos diferencia entre límites internos y límites externos, donde los primeros son más bien el contenido del derecho, mientras que los externos, vendrían dados por restricciones o restricciones que se encuentran fuera del derecho mismo, sean provenientes del Estado o terceros, con todo, existen múltiples clasificaciones de los mismos, entre ellas: límites constitucionales directos e indirectos, límites de la garantía y límites de reserva, límites de reserva materiales formales, de leyes generales y no expresos, límites generales, específicos y relativos al ejercicio del derecho, sobre este tema se puede consultar BRAGE CAMAZANO, Joaquín: *Los límites a los Derechos Fundamentales*. Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2004, págs. 83 y ss.

nasciturus solo presta alguna utilidad en el entendido que se le reconozca tal derecho, como es el caso de Chile, mientras que el análisis se tornaría bastante distinto en caso de considerarle un bien jurídico protegido o un valor como en el caso español.

Se debe señalar desde ahora, que según la teoría de los derechos fundamentales no existen los derechos sin límites, es decir ningún derecho es absoluto, en consecuencia será habitual que estos límites, cuando no son considerados internos, vengan dados por una colisión de derechos, es decir al hecho que en determinadas situaciones dos o más derechos se contrapongan y no exista posibilidad de ejercer o amparar ambos, puesto que el ejercicio de uno, excluye o limita al otro. Con todo valga recordar que si bien esta es la postura mayoritaria actualmente, ciertamente no es la única, puesto que se habría planteado la posibilidad, de acuerdo a ciertas teorías más restrictivas de derechos fundamentales, de realizar una delimitación tan acertada de los mismos, que se logre evitar todas o al menos la mayoría de estas colisiones⁴⁷.

Las limitaciones de los derechos fundamentales solo tienen sentido, en virtud de su carácter esencial y fundamental, en razón de que existan otros derechos en conflicto, es decir sólo existirá un límite si lo que se pretende es proteger otro derecho o un bien jurídico considerado muy relevante.

En el caso del derecho a la vida, no resultaría adecuado admitir toda clase de limitaciones externas por la conservación de bienes jurídicos relevantes, tales como la moral o el orden público en razón de que su violación, pone término inmediato y en forma definitiva al mismo. Así en general las Constituciones, admiten limitaciones a algunos derechos en casos excepcionales y por custodiar derechos o bienes jurídicos, sin embargo en ningún caso consagran límites al ejercicio del derecho a la vida⁴⁸.

El tema de la legítima defensa, la pena de muerte y el aborto, se ha tratado en general como colisión de derechos y en este sentido como limitaciones externas

47 Entre las muchas críticas que se realizan a la teoría restrictiva, una de las más comunes es que precisamente pretende "ocultar" la realización de una ponderación, la cual se haría con anterioridad, NARANJO DE LA CRUZ, Rafael: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, págs. 39 y ss.

48 Así en la Constitución Chilena, los artículos 39 y siguientes señalan que en casos de excepción podrá afectarse el ejercicio de ciertos derechos, y en ningún caso menciona el derecho a la vida, en un sentido similar el artículo 55 de la Constitución Española.

al derecho a la vida: En el primer caso se permitiría vulnerar el derecho a la vida por proteger la vida propia, en el segundo vulnerarlo por un supuesto derecho de reparación del cual es titular la sociedad, según algunos autores y en el tercero por el derecho a la vida de la madre o la salud, en el caso del aborto terapéutico o los derechos sexuales y reproductivos en el aborto común.

Sin embargo estas limitaciones, al menos en el último caso, son más aparentes que reales. En las dos primeras situaciones dependerá de la tesis del objeto del derecho que se adopte, puesto que desde las cuatro tradicionales, sería a todas luces un tema de colisión de derechos, sin embargo si se estima que el objeto del derecho a la vida consiste en "que no me maten arbitrariamente", al menos la legítima defensa no consistiría en un límite o una excepción, en razón de que se elimina la arbitrariedad. El tema de la pena de muerte resulta más cuestionable, ya que cuesta imaginar que la sociedad completa tenga un derecho de "venganza" o en el mejor caso de "protección", que implique vulnerar un derecho de tal entidad, aunque si se estima que tal derecho existe, podría considerarse que una vez más se elimina la arbitrariedad, en consecuencia tampoco constituiría un verdadero límite.

Sólo a modo de sistematización resulta de utilidad recordar los siguientes puntos que a estas alturas deberían estar incorporados: En primer término ha reconocido el tribunal constitucional español y varios autores que el *nasciturus* no sería persona, en tal entendido, tampoco sería titular del derecho a la vida. En consecuencia malamente podría haber colisión de derechos, condición necesaria para que se pueda eventualmente limitar el derecho a la vida, aunque se ha visto que resulta difícil encontrar una limitación si se considera que su objeto es la prohibición de matar arbitrariamente⁴⁹. Probablemente se llegaría a una conclusión distinta si se considerase que el *nasciturus* sí es titular del derecho a la vida, puesto que en este caso tal derecho se podría limitar por otros, tales como la vida de terceros, la salud, la integridad y aún los derechos sexuales y reproductivos de la madre. Sin embargo a modo personal, no parece acertado este último razonamiento y no se comparte el planteamiento de reconocer tal titularidad.

⁴⁹ Pese a lo señalado es necesario recordar que de la calificación del *nasciturus*, al menos en España como bien jurídico protegido o valor, eventualmente sí podrían producirse situaciones en lo que se deba ponderar.

II. Aspectos fundamentales del análisis específico del derecho a la vida en Chile.

1.1. El derecho a la vida en la Constitución Política de la República y en la legislación chilena.

Ubicado en el capítulo tercero "de los Derechos y Deberes Constitucionales", el artículo 19 lo consagra en los siguientes términos: "La Constitución asegura a todas las personas: N° 1: El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer".

De la sola lectura del artículo se desprende la importancia que ha asignado el constituyente a este derecho, ubicándolo como el primer asegurado. De igual manera y sólo desglosando el texto se puede notar que este derecho se extiende a todas las personas y en consecuencia, será condición *sine qua non* para ser titular del mismo, precisamente poseer la calidad de persona⁵⁰.

Sin embargo para una cabal comprensión del tema es necesario remontarse a la historia de la Constitución de 1980 y recurrir a su elemento más común de interpretación, las actas de la comisión de estudio para la nueva constitución⁵¹, donde se deja de manifiesto el sentido que quisieron dar a estos preceptos sus miembros. Si bien en Chile se tiene claro el riesgo de "cristalización" u "originalismo" que se corre al consultarlas cada vez que existe alguna duda, es decir de retrotraerse al momento de su adopción para conocer la opinión concreta de quienes intervinieron en la elaboración de la Carta, ha sido durante años el elemento de interpretación más utilizado, lo que queda de manifiesto, incluso en el fallo del tribunal constitucional chileno que se analizará.

El derecho a la vida fue examinado en múltiples sesiones con distinto grado de

⁵⁰ Este juicio sólo lo comparten algunos autores en Chile como Figueroa. FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo: "Concepto de Persona, titularidad del derecho a la vida y aborto" en *Revista de Derecho (Valdivia)*. Vol XX N°2, Valdivia, Chile, 2007, págs. 116 y ss.

⁵¹ Tal comisión fue designada en principio, para redactar actas constitucionales por la dictadura del General Augusto Pinochet Ugarte, su función más tarde se va trasformando en proponer un proyecto de Constitución, el cual con algunas modificaciones, comienza a regir el año 1980. Esta interpretación ha sido muy criticada desde varias perspectivas, entre ellas la falta de legitimidad de la Comisión y las modificaciones posteriores que sufrió el proyecto presentado por aquella, así como debido a la falta de la necesaria mutación constitucional que permita la adecuación de la Carta Fundamental a los tiempos, sin embargo lo cierto es que todavía resultan muy utilizadas, tanto por la doctrina, cuanto por la jurisprudencia.

profundidad, principalmente durante el año 1974⁵².

En aquella oportunidad la discusión respecto del derecho a la vida se centró en algunos aspectos que pueden resultar relevantes para este caso: En primer término se habló sobre la necesidad de incluir o no una norma que consagrarse constitucionalmente el derecho a la vida pese a que la mayoría de los comisionados, inclusive los profesores invitados, entendían que aún sin consagración expresa, este derecho al ser tan esencial se encontraba incorporado. De cualquier modo, siguiendo la tradición desde la Segunda Guerra Mundial, del Derecho Internacional y Derecho Comparado, se optó por su consagración expresa. En este sentido y con la finalidad de reforzar el carácter de esencial, primordial y necesario para el desarrollo de los demás derechos es el primero del catálogo.

Según la Comisión respecto de este derecho habían dos temas de trascendental importancia a tratar: La pena de muerte (aún no derogada en el país a esa fecha) y el aborto terapéutico, el cual hasta aquel momento se permitía sólo para el caso que corriera peligro la vida de la madre, encontrándose establecido en el Código Sanitario⁵³.

Respecto del aborto terapéutico se produjeron amplios debates. Es necesario destacar, que salvo una opinión en contrario, no se cedió ante la posibilidad de discutir sobre el denominado aborto ético, particularmente para el caso de violación⁵⁴. Así en primer término se discutió sobre la posibilidad de que existiendo esta norma que consagra el derecho a la vida, se incluyera otra que prohibiera expresamente el aborto o por el contrario bastaba con la primera. Hubo acuerdo en el sentido de incluir una norma general que obligara al legislador a proteger la vida humana del que está por nacer, en los mismos términos consagrados en el Código Civil, lo que también llevaba al interrogante sobre si el legislador podría alguna vez despenalizar o legalizar alguna clase de aborto, sin embargo, tal como queda de manifiesto en las actas de la Comisión, varios de los miembros (7 de los 8), al ser católicos practicantes según lo manifestado por ellos mismos, con argumentos de índole "moral" no estaban de acuerdo con el aborto y más aún prefirieron dejar este tema en manos del legislador, expresando su voluntad en

52 Particularmente las sesiones número 87; 89; 90 y 191, ésta última del año 1976.

53 Respecto de la pena de muerte, si bien no se abordará por exceder con creces el objetivo del presente trabajo, es necesario establecer que hubo amplio consenso en el sentido de considerarla como una excepción al derecho a la vida y la discusión se centró en incluir en la Constitución normas relativas a su aplicación o dejar esta materia entregada a la ley, esta última tendencia fue la que primó.

54 Opinión del Comisionado Jorge Ovalle.

el sentido de que si alguna vez se regulaba al respecto, debía ser en forma sumamente restrictiva.

Esto conllevó a que cada miembro se refiriese al aborto terapéutico, destacándose que la mayoría no estaba de acuerdo con el mismo, por lo tanto aunque en la práctica se llevó a efecto la discusión sobre este tema, la exposición se llevó a cabo, según los mismos comisionados plantearon, con la finalidad de dejar registro sobre la "historia fidedigna" del establecimiento de la norma, es decir la discusión en ningún caso tuvo una finalidad de verdadero diálogo o posibilidad de instaurar el aborto, sino simplemente se produjo para dejar de manifiesto las razones de su rechazo y que las mismas puedan ser invocadas en el futuro en caso de que surgiese la inquietud de regulación de tal institución.

Para la mayoría de la Comisión el aborto era un homicidio, aún agravado por la circunstancia de que ese ser en formación no ha tenido la posibilidad de defenderse y hubo también quienes plantearon que la justificación de prohibir el aborto se encuentra en que desde el momento de la concepción, ese ser tiene alma y solo corresponde a dios entregar o quitar la vida⁵⁵. Se señaló del mismo modo⁵⁶, que "los derechos humanos se conceden no sólo al ser humano que tiene cierta capacidad jurídica, sino también al ser desde el momento en que es concebido y hasta después de su muerte".

Como se puede apreciar, no se establece de manera expresa si el *nasciturus* es o no persona, sino que sólo se habla de que posee derechos, dando por sentada aquella situación, postura que ha sido adoptada y señalada expresamente en múltiples fallos posteriores, siendo la postura mayoritaria en el país.

Una discusión interesante para estos efectos se planteó debido a que un comisionado entendía el aborto terapéutico como un tema de colisión de derechos: el derecho a la vida de la madre y el derecho a la vida del hijo no nacido, el tema fue zanjado por otro de sus pares, el comisionado Jaime Guzmán, señalando que "No hay derechos en pugna entre la madre y el hijo, porque sólo sería homicidio el del niño, la madre moriría por elementos naturales, se trataría de un dere-

55 No es de extrañar esta clase de razonamiento respecto de la relación entre el Derecho y las creencias religiosas, pues si bien la Iglesia Católica se separa formalmente del Estado en el año 1925, con la dictadura militar se vuelven a abordar muchos temas de derechos desde una perspectiva religiosa y recurriendo a tales argumentos, por ejemplo ello ocurrió con la derogación de la autorización del aborto terapéutico, en el año 1989, el cual se permitía desde el año 1931.

56 José Luis Cea Egaña, invitado a exponer, sesión N° 87, 14 de Noviembre de 1974

cho vulnerado por tratar de proteger no un derecho, sino un deseo afectivamente comprensible⁵⁷. Con esto se terminaba de cerrar la puerta al establecimiento del aborto terapéutico en la Carta Fundamental, o al menos de una interpretación proveniente de la Constitución que no lo condenase.

Por otra parte habitualmente algunos autores han entendido íntimamente ligado al derecho a la vida, el tratamiento de la dignidad humana. En el análisis comparado del derecho a la vida, el aborto y los derechos sexuales y reproductivos, muchas veces se incluye su estudio, por lo que puede resultar adecuado e ilustrativo hacer una brevísima referencia a este principio inspirador de la Constitución⁵⁸.

En términos generales, la dignidad de la persona se encuentra consagrada en el artículo primero de la Constitución de la siguiente forma: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos". Se siguió en este sentido la opción de no incorporarla como derecho en forma explícita o dentro de un catálogo, sino como elemento inspirador del ordenamiento completo, como valor y más aún según se registró, como orden a los poderes público de respetar la dignidad. Del mismo modo se estimó que "no se consagra porque se le dedica un apartado y está implícito en los fines del Estado"⁵⁹.

Sin embargo, en el momento de tratar el derecho a la vida, si bien se hubiera esperado una incorporación de la dignidad más clara, acorde con la visión de la Comisión que entendía estas instituciones como "íntimamente ligadas", sólo hubo algunas alusiones específicas y muy acotadas, lo cual puede llevar a pensar que la dignidad fue entendida no como integrante del derecho a la vida, sino como consecuencia del mismo, o al menos de una manera bastante particular y difícil de comprender. De este modo algunas de esas alusiones fueron, a saber: el aborto atenta contra la "dignidad" humana al igual que homicidio, dignidad que derivaría de "tener vida", planteado por Jaime Guzmán. El comisionado Ovalle, refiriéndose a su convicción humanista, que derivaba de la dignidad, entendió ésta como "cierto orgullo de haber sido humano, la convicción que se tiene de que por el hecho de ser humano se es respetable". No existen más alusiones a la dignidad, al menos a tratar el derecho a la vida en las actas.

57 Sesión N° 87 del 14 de Noviembre de 1974.

58 Sobre la relación entre el derecho a la vida y otros derechos, particularmente la integridad el Comisionado Alejandro Silva Bascuñán expresó que a su juicio el derecho a la vida comprendía el derecho a la integridad, puesto que una vida sin integridad física "no asegura una vida que valga la pena vivirla", Sesión N° 90 del 25 de Noviembre de 1974.

59 Sesión N° 87 del 14 de Noviembre de 1974

1.2. Protección del derecho a la vida y la vida del *Nasciturus* en Chile.

La Constitución crea un sistema de garantías para todos los derechos consagrados en ella, sin embargo estas garantías pueden ser muy distintas entre sí, circunstancia que ocasiona una disparidad en la efectividad de los distintos derechos fundamentales establecidos.

En un sentido amplio, entre estas garantías puede mencionarse la instauración del Estado de Derecho, pero además se concretan en la obligación impuesta a los órganos del Estado de "respetar y promover tales derechos"⁶⁰. Del mismo modo encontramos protección a través de la primera parte del artículo 19, cuando menciona que "La Constitución asegura a todas las personas". La redacción de esta frase se discutió latamente en la Comisión y se dejó constancia que se plasmaba como otro mecanismo de aseguramiento, puesto que si bien la forma más exacta habría sido expresar que la Constitución "reconoce", entendiendo por esto que tales derechos o al menos la mayoría son anteriores al orden jurídico, se pensó que con la redacción actual se creaba una nueva garantía.

El artículo 19 Nº 26 de la Constitución chilena establece la garantía general de los derechos, esta vez obligando específicamente al legislador, quien no puede afectar los derechos consagrados en su esencia, ni imponer condiciones, requisitos o tributos que impidan su libre ejercicio, se trata de la prohibición de afectación del contenido esencial de los derechos⁶¹. De igual manera existe una garantía referida a las materias que solo puede regular el legislador, más no el órgano ejecutivo, así como la consagración de quórum más altos para la alteración de la regulación de los derechos fundamentales⁶².

Desde una perspectiva más concreta la Constitución en su artículo 20, crea una acción jurisdiccional especial, denominada "recurso de protección", acción popular que pretende restablecer el imperio del derecho ante una privación, perturbación o amenaza de algunos de los derechos consagrados (entre ellos el derecho a la vida), respecto de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias, provenían de organismos públicos, privados o personas naturales, reconociéndose que

⁶⁰ Artículo 5º inciso 2º de la Constitución Política de la República.

⁶¹ El artículo 19 Nº 26 señala: ".-La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

⁶² Arts. 63; 64; 66 y 127 CPR.

los particulares también pueden vulnerar los derechos fundamentales, es decir el efecto horizontal de los mismos, sin embargo no procede respecto de todos los derechos consagrados y tampoco respecto de las leyes. Se trata de un recurso desformalizado que se interpone y del cual conoce los tribunales superiores de justicia. En la actualidad ha sido sumamente utilizado, particularmente en los casos de atentados al derecho de propiedad.

El Código Civil por su parte, establece que la existencia legal de las personas comienza al nacer, sin embargo reitera el mandato constitucional respecto de que "la ley protege la vida del que está por nacer" y ordena al juez tomar todas las medidas necesarias para proteger a quien aún no ha nacido si cree que de alguna manera peligra⁶³.

Es del caso mencionar que también existen normas en este Código relativas a aspectos patrimoniales relacionados con el *nasciturus*, tales como derecho de alimentos y herencia, de las cuales se puede concluir que si bien al no nacido no se le reconoce como persona, al poseer una expectativa de que sí llegue a existir, se le protege a través de estas normas y específicamente su vida, mediante las providencias que "podrá" tomar el juez, circunstancia que es evidentemente distinta a la protección establecida en la Constitución y asegurada a todas las "personas".

En el sistema penal desde el artículo 342 al 345 el Código del ramo se tipifica el delito de aborto, no definiéndolo, por lo cual ha sido la doctrina quien se ha encargado de esta tarea, haciendo referencia siempre a la idea de interrupción del embarazo.

Este delito sin embargo, plantea una multiplicidad de hipótesis, así el artículo 342 castiga al tercero que maliciosamente cause un aborto, distinguiendo si se realiza con violencia y si hay consentimiento de la mujer o se carece de él, como puede deducirse la mayor penalidad se aplica al primer caso.

El artículo 343 hace lo propio en el caso de quien con violencia cause un aborto, aunque no haya tenido dicho propósito, pero exige como requisito que el estado de gravidez de la mujer sea notorio o el autor lo conozca. Si bien de la primera lectura podría deducirse que en esta hipótesis sólo bastaría la culpa, una interpretación adecuada nos llevará a concluir que se exige al menos dolo eventual, puesto que del estado de la mujer, notorio o conocido, el autor debe o debería representarse que el ejercicio de la violencia causaría un aborto.

63 Artículos 74 y 75 del Código Civil.

Por otra parte el mismo Código Penal establece una sanción para el facultativo que abusando de su oficio causare un aborto o cooperase en él. En este caso la pena se ve aumentada en un grado a la señalada en el artículo 342, haciendo garante de alguna manera y mayor responsable de la vida del *nasciturus* a quien posee conocimientos médicos.

En el mismo sentido, el artículo 344 del Código Penal se hace cargo de la mujer que se practica por sí o consiente que otra persona le realice un aborto, esta hipótesis es la más gravosa en cuanto a la pena asignada, salvo el caso del facultativo o del tercero que practica un aborto con violencia.

El inciso segundo del mismo artículo consagra lo que algunos han pretendido una hipótesis distinta respecto de la mujer, sin embargo muy por el contrario una correcta interpretación conducirá a entender que sólo se trataría de una circunstancia atenuante de la conducta descrita en el primer inciso, es decir de la mujer que se practica o deja practicar un aborto, así esta norma plantea la reducción de la pena en un grado si tal conducta se efectúa por "ocultar su deshonra".

Respecto del bien jurídico protegido es menester señalar dos puntos importantes y que, además de los elementos del tipo, diferencian y otorgan menor relevancia al aborto respecto del homicidio: en primer término la ubicación del aborto se encuentra en el título VII dedicado a los "Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual", ubicación que dista mucho de la que corresponde al homicidio (título VIII sobre los "crímenes y simples delitos contra las personas), lugar en el que también se encuentran las lesiones corporales). Se entiende de esta manera, que el derecho a la vida, protegido a través del tipo penal del homicidio en todas sus formas, no se afectaría con el aborto, sino más bien se atentaría contra otros bienes, tales como el orden de las familias.

En este mismo sentido la intensidad de la sanción penal es muy distinta en ambos ilícitos, siendo mucho mayor en el caso del homicidio y no reconociendo atenuantes específicas como en el caso del aborto. Se confirma con esto que la intensidad de la protección, asimilando para estos efectos sanción a protección, varía según la etapa de desarrollo de la vida humana.

En cuanto a los tratados internacionales suscritos por Chile, los más destacables en la materia y sólo a modo enunciativo son: La Declaración Universal de Derechos del Hombre, la Convención de Derechos del Hombre, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la eliminación de todas las formas de discrimina-

ción contra la Mujer y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estos pactos tratan el derecho a la vida, pero según algunas interpretaciones y entendiendo la historia de la dictación de las normas, se referían principalmente al derecho a no ser vulnerado por parte del Estado, es decir a casos más bien de violencia por parte del Estado, a personas que son privadas de su derecho a la vida. Del mismo modo esta última Convención señala que en los Estados partes se protegerá la vida, generalmente desde la concepción. Sin embargo y pese a la explicación dada por los requirentes del fallo del tribunal constitucional que se comentará a continuación, una correcta interpretación llevaría a plantear que en este caso la Convención con la palabra "generalmente" no ha establecido una obligación de que la protección se efectúe desde aquél momento, sino que más bien habría reconocido que en la práctica, ella se lleva a efecto desde dicho instante⁶⁴. Más aún en algunos casos ha declarado que la prohibición del aborto, particularmente refiriéndose a Nicaragua es contraria a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional, por lo cual una interpretación en otro sentido no resultaría viable.

Es del caso mencionar, que si bien Chile ha suscrito tratados internacionales que se relacionaran directamente con los derechos de las mujeres, algunos de los cuales consagran derechos sexuales y reproductivos como la Declaración de Beijing, del Cairo y CEDAW, no existe una consagración expresa en ninguna norma nacional de estos aspectos, sin embargo, eventualmente se podrían tener por incorporadas debido a la remisión a ellas que realiza el inciso 2º del artículo 5º de la Constitución chilena. Más aún, respecto de los derechos sexuales y reproductivos, siguiendo a Susan Turner Saelzer⁶⁵: "La doctrina (chilena) no está acorde ni en cuanto a su existencia como derecho fundamental, independientemente de su consagración explícita en instrumentos vinculantes, ni en cuanto a su contenido y alcance".

Agrega la autora que cree esta actitud se debe, a que se pretende evitar que de ellos se deriven facultades que puedan lesionar valores y derechos fundamentales, igualmente la misma plantea que si bien el derecho a procrear, o a no hacerlo, puede estar incluido en el derecho a la vida y al desarrollo de la personalidad, lo sería en forma muy limitada.

⁶⁴ Un análisis pormenorizado sobre este tema en FIGUEROA GARCÍA- HUIDOBRO, Rodolfo: "Concepto de persona, titularidad del derecho a la vida y aborto ". Op. Cit., págs. 113 y ss.

⁶⁵ TURNER SAELZER, Susan: "Los Derechos Sexuales y Reproductivos y su incidencia en la Esterilización y Procreación asistida " en *Revista de Derecho (Valdivia)*. Volumen XII. Valdivia, Chile, 2001, págs. 206-216.

Generalmente los sectores más progresistas han tratado de incluir, a falta de norma nacional expresa en la legislación, los derechos sexuales y reproductivos a través de dos vías: mediante los tratados internacionales, aunque es del caso mencionar que los tribunales de justicia parecen aún muy reticentes a aplicarlos directamente sin un desarrollo expreso de la Ley, así como a través de la invocación de ciertos derechos como la libertad de pensamiento y expresión, integridad física y psíquica e intimidad, todos asegurados en la Constitución.

En la actualidad existe un proyecto de ley en tramitación en el Congreso Nacional sobre derechos sexuales y reproductivos, otros se encuentran archivados e intentaban plasmar los derechos garantizados en los tratados internacionales. El primero de ellos se presentó en al año 1993, mientras que el resto no superó el primer trámite constitucional⁶⁶.

Respecto del aborto terapéutico, en la actualidad no se encuentra legalizado en Chile, siendo considerado delito toda interrupción voluntaria del embarazo, sin embargo según se trató anteriormente, esta situación no siempre fue así, puesto que en el año 1931 se incorporó al Código Sanitario una norma (artículo 119) que lo permitía, aunque sólo en los casos en que corriera peligro la vida de la madre, circunstancia que se mantuvo hasta el año 1989 cuando se derogó dicho artículo y todo acto de interrupción del embarazo fue penalizado. Respecto a la razón de esta derogación, las opiniones se encuentran divididas, por una parte están quienes creen que se debió a una consecuencia lógica del adopción del texto de la Constitución⁶⁷, otros en cambio y concordante con su postura de que la Constitución no se opone a la regulación del aborto, creen que se debe netamente a procesos políticos y por temor a que ocurriera una situación similar a la producida en España durante la transición⁶⁸, aunque en la actualidad, según múltiples entrevistas aparecidas en los medios de comunicación chilenos, se habría debido a una petición especial que realizaron a la junta militar ciertas personas de la jerarquía de la iglesia católica de Chile.

66 Los proyectos han sido los siguientes 1.- "Ley que regula los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción humana asistida y establece sanciones para los infractores ", actualmente archivado, 1993; 2.- "Ley marco sobre derechos sexuales y reproductivos ", en tramitación, 2000; 3.- "Reforma Constitucional con el objeto de establecer nueva garantía constitucional en materia de derechos sexuales y reproductivos", archivado, 2004; 4.- "Establece garantía constitucional del derecho a la libertad sexual y reproductiva, archivado, 2006.

67 Así, José Luis Cea Egaña, CEA EGAÑA, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno*. Op. Cit., págs. 94 y ss.

68 CASAS BECERRA, Lidia: "Aborto y Derechos Humanos" en VVAA: *Los otros Derechos: Derechos Humanos del Bicentenario*. Editorial Arcis, Instituto de Derechos Humanos, Memoria y Ciudadanía, Santiago de Chile, 2008, págs. 58 y 59.

Sobre aborto propiamente tal se han presentado múltiples proyectos de ley, algunos de los cuales siguen en tramitación, el tratamiento y la finalidad de cada uno, sin embargo ha sido muy variado, algunos se refieren a la despenalización del aborto, aunque nunca con mucha amplitud, al aumento de las penas del mismo y aún existe uno que tiene por finalidad la construcción de un monumento a los no nacidos victimas del aborto⁶⁹. En la actualidad nada se sabe sobre si habrá o no una modificación al Código Penal y Sanitario y para el caso afirmativo si será despenalizando la conducta o aumentando las penas.

2. El derecho a la vida y el nasciturus en Chile a través del fallo 740-2008 del Tribunal Constitucional chileno, sobre la distribución de la denominada píldora del día después.

El 18 de Abril de 2008, el tribunal constitucional de Chile, dicta sentencia en caso "Píldora del Día Después", pronunciándose sobre la (In) Constitucionalidad de algunas disposiciones contenidas en las "Normas Nacionales sobre Regulación de Fertilidad", aprobadas por el decreto Supremo N° 48 de 2007 del Ministerio de Salud⁷⁰.

69 Los proyectos de ley son los siguientes: 1.- "Ley que Modifica el artículo 119 del código sanitario en lo relativo a aborto terapéutico ", rechazado, 1991; 2.- "Ley que modifica el código penal en materia de aborto, archivado, 1994; 3.- "Ley que modifica el código penal aumentando la penalidad del delito de aborto ", rechazado, 1994; 4.- Ley que Modifica el artículo 119 del código sanitario en lo relativo a aborto terapéutico ", en tramitación, 2003; 5.- "Ley que agrega un nuevo artículo 345 bis al código penal para que solo a través de una reforma constitucional se pueda derogar el delito de aborto ", en tramitación, 2006; 6.- "Reforma constitucional que eleva el quórum para la despenalización del aborto ", en tramitación, 2006; 7.- "Ley que modifica disposiciones que indica del código penal y del código sanitario, con el objeto de precisar las conductas penadas en relación al delito de aborto ", en tramitación, 2006; 8.- "Ley que tipifica el delito de lesiones al ser humano en gestación ", en tramitación, 2006; 9.- "Ley sobre interrupción del embarazo ", archivado, 2006; 10.- "Ley que autoriza la construcción de monumentos a las víctimas inocentes de aborto ", en tramitación, 2007; 11.- "Ley que modifica el artículo 119 del código sanitario para permitir la interrupción del médica del embarazo en caso de riesgo de la madre, en tramitación, 2009, 12.- Ley que "despenaliza el delito de aborto y consagra el aborto terapéutico ", en tramitación, 2010, 13.- Ley que "despenaliza el aborto terapéutico, eugenésico o en caso de violación ", en tramitación, 2010, 14.- "Proyecto de ley que establece estatuto jurídico del no nacido ", en tramitación, 2011, 15.- "Proyecto de ley que establece estatuto jurídico del no nacido ", en tramitación, 2011, 16.- Ley que "permite interrupción del embarazo ante riesgo demostrado para la vida de la madre ", en tramitación, 2011, 17.- Ley que "modifica el Código Sanitario para autorizar el aborto en los casos que indica y el Código Penal para su despenalización en las mismas hipótesis ", en tramitación, 2013, en tramitación, 18.- Ley de "Interrupción legal del embarazo por razones terapéuticas " en tramitación, 2013, 19.- Ley que "establece licitud de los procedimientos de interrupción del embarazo en casos determinados ", en tramitación, 2013, ninguno de los proyectos posee urgencia. Con todo, valga mencionar que todas las iniciativas que han sido votadas a este respecto, han sido rechazadas.

70 Dicho pronunciamiento se llevó a efecto en virtud del requerimiento de 36 Diputados en ejerci-

El decreto recurrido planteaba, entre otras disposiciones, la distribución gratuita en el sistema público de salud, al cual acceden, en general, las personas de menores recursos económicos del país, de la denominada "píldora del día después", compuesto anticonceptivo en base a levonorgestrel y utilizado una vez que se ha producido la relación sexual, denominado también como "anticoncepción de emergencia". De igual modo establecía la posibilidad de proveer consejería y el mismo compuesto en forma gratuita a menores de edad sin el conocimiento de los padres y/o madres.

Es del caso destacar que dicho anticonceptivo en tal momento, era distribuido en el sistema privado, es decir podía comprarse en farmacias si era prescrito por un médico del mismo sistema, sin embargo tanto la consulta médica, cuanto la misma píldora debían ser costeados por la interesada. En la actualidad con la promulgación de la ley 20.418 que "fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad" del año 2010, la distribución de dicho método anticonceptivo se realiza tanto en el sistema público, cuanto en el privado anteriormente descrito, aunque valga mencionar que en el caso de las menores de 14 años, debe informarse a los padres y/o madres.

El requerimiento en cuestión argumentaba la violación flagrante de algunos preceptos de la Constitución Política de la República, entre ellos: derecho a la vida (artículo 19 Nº 1 de la Constitución) e igualdad⁷¹ del feto (artículo 19 Nº 2 CPR), reconociéndole como titular de los mismos y de igual manera el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos (artículo 19 Nº 10 CPR)⁷².

Por otro lado, el Estado de Chile informó que dicho decreto se basaba en los principios de la Bioética, entendió que la "igualdad de los fetos" no existía sino más bien, la igualdad de las usuarias del sistema público y privado y asimismo reconoció los derechos progresivos, incluso de índole sexual y reproductivo, de los adolescentes. Hizo referencia igualmente a los derechos sexuales y reproductivos, que no se encuentran consagrados expresamente en la Carta Fundamental, así como a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

cio. Éste además incluyó cuestionar la constitucionalidad de un tratamiento anticonceptivo sumamente habitual y de antigua data en Chile, particularmente en personas de escasos recursos económicos, puesto que se encuadra dentro de las políticas de control de natalidad del sistema público de salud, denominado Dispositivo Intrauterino (DIU).

71 Resulta muy curiosa la alegación de este derecho, en razón de que según los recurrentes habría una violación al derecho a la igualdad establecido en la Constitución Política de la República respecto de otros fetos que sí llegarán a nacer.

72 En el presente trabajo sólo se analizarán aspectos sustantivos y que tengan alguna relevancia para el tema a tratar, aspectos procedimentales y de forma no serán abordados.

2.1. Resolución del Tribunal Constitucional chileno.

El fallo del tribunal constitucional chileno consta de 277 páginas y en él se reproducen varias opiniones e informes de personas y organizaciones públicas y privadas, quienes a requerimiento o de *motu proprio* dieron su parecer al respecto.

El tribunal, después de analizar aspectos procedimentales y estimar que sí era competente para pronunciarse sobre el asunto, además de considerar que el requerimiento sí se ajustaba a Derecho, juzgó que para resolver el asunto debía determinar algunos puntos, los cuales siguen un orden lógico y consecuencial⁷³.

Así inicia su razonamiento señalando que se dejarán fuera aspectos personales, indicando que resulta indispensable determinar si la píldora del día después puede afectar la vida del feto, estimando que no se ha descartado que tal compuesto pueda impedir la implantación, por lo tanto considera que sí puede afectar la vida humana, pues se basa en la discordancia de opiniones respecto del tema y en los folletos informativos de los envases del mismo compuesto. Señala asimismo que ante la duda razonable de las posturas respecto de si se afecta o no la vida (recuerda que el Código Civil indica que la vida comienza al momento de la concepción), debe buscarse la explicación en principios como el denominado *pro-homine*, es decir la norma más favorable a la persona humana. Ante esta duda considera que debe privilegiarse la "interpretación que favorezca la vida, en vez de cualquier otra".

Manifiesta del mismo modo, que una interpretación distinta implicaría descubrir la "dignidad sustancial" de todas las personas y que supone que los derechos de los cuales son titulares son anteriores al orden jurídico, en razón de que son manifestaciones de la propia naturaleza.

Resulta interesante destacar que el tribunal además de invertir la carga de la prueba, exigiendo probar un hecho negativo, resuelve este primer punto en base a una duda y no a una certeza⁷⁴.

73 Algunos autores como Bordalí y Zúñiga han planteado en términos similares, aunque no exactos, la cadena argumentativa del tribunal constitucional: 1.- Determinación de que el embrión es persona. 2.- Determinación de si como persona, es titular del derecho a la vida. 3.- Si dicha titularidad implica la inconstitucionalidad de toda norma que amenace la gestación, BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y ZÚÑIGA AÑAZCO, Yanira: "Análisis del Fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después " en *Anuario de Derechos Humanos 2009*, Nº5. Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2010, pág. 117.

74 BECA FREI, Juan Pablo: "Algunas consideraciones respecto del fallo del Tribunal constitucional chileno relativo a la distribución de la píldora del día después ". Op. Cit., págs. 206-208.

En segundo lugar se preguntó si el embrión es titular del derecho a la vida garantizado en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República y en este punto entiende que sí lo es, llegando a tal conclusión del análisis de las actas de la comisión de estudio de la nueva Constitución y debido a que le considera persona, aunque no ahondó sobre esta última afirmación, situación lamentable, puesto que gran parte de la discusión se basó en la misma.

Este último parece ser el punto más trascendental del fallo y aún el más cuestionable, debido a que no entrega razones para su conclusión, la cual debió ser aclarada, sobre todo en consideración a que la doctrina a nivel internacional parece haberle negado la calidad de persona al *nasciturus*. Se deduce del planteamiento del tribunal constitucional, que por el hecho de tener vida humana, se tiene derecho a la misma y en consecuencia se es persona, lo que en otras páginas de este trabajo se ha desestimado.

Enseguida el mismo sentenciador se plantea la necesidad de determinar la extensión del "derecho a la vida del no nacido" y el alcance de su protección, señalando que la protección se debe entender como aseguramiento de un derecho, así basándose en la normativa legal, deduce el siguiente razonamiento: Si se tratase sólo de un bien jurídico, el legislador habría consagrado mecanismos que asegurasen al *nasciturus* la viabilidad de la vida dentro del vientre materno hasta el nacimiento, en cambio en este caso, tal como ocurre con los derechos, existen acciones e instrumentos destinados a que el no nacido "opte por la protección de sus derechos como cualquier otro titular". Así de una norma legal, que se encuentra en el Código Civil, se hace una premisa abstracta y general.

Por estos motivos el tribunal constitucional de Chile decidió no acoger el requerimiento respecto de considerar inconstitucional el uso en el sistema privado del Dispositivo Intrauterino (DIU), ni la consejería para adolescentes, en cambio sí acogió y consideró inconstitucional y particularmente contrario al derecho a la vida, el Decreto Supremo N° 48 del año 2007 en todo lo relativo a la distribución en el sistema público de la denominada píldora del día después.

El fallo cuenta además con dos votos concurrentes⁷⁵ y tres votos particulares disidentes⁷⁶ a uno de los cuales se hará alusión brevemente.

75 Ministros Mario Fernández Baeza y Marcelo Venegas Palacios.

76 Ministros Juan Colombo Campbell, Hernán Vodanovic Schnake, Jorge Correa Sutil y Francisco Fernández Fredes, estos dos últimos en voto conjunto.

2.3. Breve referencia al voto particular disidente del Ministro Hernán Vodanovic Schnake.

Mención especial en este trabajo requiere este voto particular disidente, en razón de que plantea cuestiones sumamente relevantes respecto de la forma que debió resolverse y las cuales en gran medida se comparten.

Comienza su análisis el Ministro Vodanovic, señalando que se discute sobre dos asuntos de vital importancia, en primer término la existencia, rango y entidad de los derechos del embrión preimplantacional, cuestión que acota en mucho el razonamiento que debiera llevar a cabo el tribunal, pero también en segundo lugar plantea que se discute sobre el eventual conflicto de intereses entre un interés protegido y otros derechos fundamentales, como son los de orden reproductivo y sexual.

Razona respecto que el *nasciturus* no es titular de los derechos reconocidos en la Constitución y señala en este sentido que la Constitución no prohíbe el aborto.

Resulta muy interesante que sea el único planteamiento referido a la existencia de los derechos sexuales y reproductivos, manifestando que sí se encontrarían reconocidos, aunque no de manera explícita en la Constitución, en cuanto la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer los contempla expresamente y aún más debido a que la misma Carta Fundamental contempla una cláusula general de dignidad, de la cual se puede desprender el derecho al libre desarrollo de la personalidad⁷⁷. También los considera contenidos en los derechos a la integridad física y psíquica, libertad personal, de conciencia y a la vida privada.

Estima que un fallo contrario a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, ocasiona una violación de los tratados internacionales suscritos por Chile y manifiesta, asimismo, que en caso de existir conflicto entre valores de relevancia constitucional, debe preferirse los derechos fundamentales de las mujeres.

El autor de este voto disidente, se refiere a la teoría constitucional, señalando que las Constituciones deben entenderse como normas abiertas, en las cuales el principio rector es la libertad y el libre desarrollo, resultando ajena a la Constitución toda creencia o doctrina que busque imponer su pensamiento o valores en

⁷⁷ Derecho que no se encuentra consagrado en forma expresa en la Constitución chilena.

forma excluyente respecto de otras, afirmación que recuerda las actuales tendencias constitucionales respecto de la apertura constitucional y la necesaria mutación constitucional.

Plantea del mismo modo, la existencia de una gran diferencia entre el derecho a la vida, cuyo titular es la persona humana, el cual además entiende como "derecho a no ser privado arbitrariamente de ella", acorde con el Pacto de San José de Costa Rica y por otra parte el mandato al legislador de protección del *nasciturus*, este último se constituiría en un interés constitucionalmente relevante para el ordenamiento. Análisis que aunque se puede compartir o no, posee el valor de catalogar la vida del *nasciturus*, en este caso como "interés constitucionalmente relevante", una calificación original dentro de la doctrina chilena.

Para finalizar el Ministro Vodanovic entiende que se produce un conflicto aparente de derechos fundamentales, debido a que el no nacido no es titular de ninguno de ellos y manifiesta que el Estado no puede vulnerar un derecho por proteger un interés jurídico, precisando además, que aunque el *nasciturus* fuera titular del derecho a la vida, para elegir entre uno y otro se debe ponderar la finalidad, medios utilizados e idoneidad de la protección, no pudiendo preferirse de manera anticipada ninguno de ellos.

Conclusión.

Una vez expuesta la regulación de la protección del *nasciturus* en Chile queda de inmediato manifiesta la abismal diferencia con otros países, entre ellos España y los sistemas internacionales en cuanto a la forma de entender, desde una perspectiva jurídica, la existencia del embrión/feto, debido principalmente como muchas instituciones de nuestro Derecho, a las distintas interpretaciones que de él se realizan. Como pudo notarse, respecto del derecho a la vida los textos constitucionales mencionados no varían en gran medida y se ajustan a la regulación internacional de los Derechos Fundamentales, sin embargo es la interpretación constitucional la que ha ocasionado que en uno y otro país se hayan adoptado medidas contrarias específicamente respecto de la existencia del aborto en cualquiera de sus formas.

Desde una perspectiva intermedia y partiendo de la base de esta relativa similitud tanto en su consagración constitucional, cuanto en los códigos civiles respectivos, se obtuvieron conclusiones sumamente diversas en relación a la consideración del *nasciturus* como persona y como titular del derecho a la vida, donde

en el caso chileno, debido a este reconocimiento se le consideró persona desde el momento de la concepción, mientras que en España, su tribunal constitucional solo le ha otorgado la calidad de bien jurídico o valor, circunstancia que resulta sumamente adecuada y concordante con la teoría de los Derechos Fundamentales, por cuanto solo las personas pueden ser titulares de derechos, pero asimismo destaca a estos efectos la interpretación que realiza el tribunal constitucional español en cuanto utiliza un método evolutivo para realizar su función en relación a dicho precepto, permitiendo cierto grado de apertura de su Carta Fundamental, circunstancia que en último término produce una mayor vigencia a través de los años de la misma.

Puede señalarse que el caso chileno es importante para el análisis de la situación española, en tanto consagra ciertos anhelos y aspiraciones por parte de la doctrina del mismo país, especialmente en el reconocimiento de titularidad de derechos y protección similar al *nasciturus* respecto de las personas nacidas, sin embargo sirve también para conocer algunas consecuencias extremas de la adopción de tal criterio, donde se cuestionó en último término la posibilidad de utilización de ciertos anticonceptivos solamente porque no se demostraba fehacientemente que ellos no ponían en riesgo al embrión preimplantacional, circunstancia que vulneraba directamente derechos reconocidos internacionalmente.

Con todo, si bien se comparte en gran medida lo señalado en la STC 53/1985 de 11 de abril y su posterior desarrollo, este nuevo pronunciamiento parecer ser la oportunidad perfecta para que dicho tribunal, de conservar un criterio similar al anterior, aclare y perfile tanto el carácter, cuanto el grado de protección del *nasciturus*, especialmente en relación a la configuración de éste como valor, afirmaciones que sin lugar a dudas serán importantes para ciertos temas de Bioética que se tornan esenciales en base a los adelantos científicos y por supuesto para la doctrina que se encuentra expectante frente a tal decisión.

Bibliografía.

- ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel: "Apuntes sobre el derecho a la vida en España: Constitución, jurisprudencia y realidad" en *Revista de Derecho Político* N° 53, UNED, Madrid, 2002.
- ALEXY, Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Segunda Edición, Madrid, 2008.
- ALVÁREZ CONDE, Enrique: *Curso de Derecho Constitucional*. Volumen I. Sexta Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2008.
- BECA FREI, Juan Pablo: "Algunas consideraciones respecto del fallo del Tribunal constitucional chileno relativo a la distribución de la píldora del día después" en *Revista Ars Médica* N° 17, Facultad de Medicina Pontificia Universidad católica de Chile, Santiago de Chile, 2008.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y ZÚÑIGA AÑAZCO, Yanira: "Análisis del Fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después" en *Anuario de Derechos Humanos 2009*, N°5. Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2010.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín: *Los límites a los Derechos Fundamentales*. Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2004.
- CARMONA CUENCA, Encarnación: "El principio de igualdad material en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional" en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* N° 82, Abril/Junio. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994.
- CASAS BECERRA, Lidia: "Aborto y Derechos Humanos" en VVAA: *Los otros Derechos: Derechos Humanos del Bicentenario*. Editorial Arcis, Instituto de Derechos Humanos, Memoria y Ciudadanía, Santiago de Chile, 2008.
- CEA EGAÑA, José Luís: *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo II. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2004.
- DE LA MATA PIZAÑA, Felipe: "El aborto en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español" en *Ars Iuris*, N° 38, Instituto Panamericano de Jurisprudencia, Santiago de Chile, 2008.

dencia de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, Ciudad de México, 2007.

- DIAZ REVORIO, Francisco Javier: *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997.
- DIEZ PICAZO, Luís María: *Sistema de Derechos Fundamentales*. Segunda Edición. Editorial Aranzadi, Madrid, 2005.
- EVANS, Enrique: *Derechos Constitucionales*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004.
- FIGUEROA GARCIA - HUIDOBRO, Rodolfo: "Concepto de Derecho a la Vida" en *Revista Ius Et Praxis*. Año 14, Nº 1. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Talca, Talca, Chile, 2008.
- FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo: "Concepto de Persona, titularidad del derecho a la vida y aborto" en *Revista de Derecho (Valdivia)*. Vol XX Nº2, Valdivia, Chile, 2007.
- HERRERA JARAMILLO, Francisco José: *El Derecho a la vida y el aborto*. Ediciones Universidad de Navarra., Pamplona, 1984.
- LÓPEZ GUERRA, Luís; ESPIN, Eduardo, et alt: *Derecho Constitucional*. Tomo I. Editorial Tirant lo Blanch, Séptima edición, Valencia, 2007.
- MARÍN GÁMEZ, José Ángel: *Aborto y Constitución*. Universidad de Jaén, Jaén, 1996.
- MOLINA GUAITA, Hernán: *Derecho Constitucional*. Sexta Edición, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2006.
- NARANJO DE LA CRUZ, Rafael: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- PRIETO SANCHIS, Luís: *Estudios sobre Derechos Fundamentales*. Editorial Debate, Madrid, 1990.

- THOMPSON J. J.: "Defensa del Aborto" en DWORKIN, Ronald (Comp.): *Filosofía del Derecho*. Traducción de Javier Sáinz de los Terreros. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1980.
- TURNER SAELZER, Susan: "Los Derechos Sexuales y Reproductivos y su incidencia en la Esterilización y Procreación asistida" en *Revista de Derecho (Valdivia)*. Volumen XII. Valdivia, Chile, 2001.
- UGARTE GODOY, José Joaquín: "El Derecho a la Vida y la Constitución" en *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 33, N° 3. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2006.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALA, Humberto: *Derecho Constitucional*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1994.
- ZUÑIGA FAJURI, Alejandra: "El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la Constitución: Una relación necesaria" en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 9, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2011.

Resumen

Frente a los actuales acontecimientos en España, estas notas pretenden recordar los aspectos más relevantes del estatuto jurídico del *nasciturus* en España y ponerlos en relación con la curiosa regulación de la misma materia en la República de Chile, donde se prohibió la distribución de la denominada píldora del día después en base a tal normativa. Se exponen aspectos fundamentales sobre la protección del *nasciturus*, especialmente desde el análisis de dos sentencias emblemáticas dictadas por los tribunales constitucionales de España y Chile.

Palabras clave

Nasciturus, vida, derecho a la vida, estatuto jurídico del no nacido.

Abstract

Faced with the current events of Spain, these notes intended to recall the most important aspects of the legal status of the unborn child and put them in connection with a curious regulation of the same subject in the Republic of Chile, where the distribution of the emergency contraceptive pill was banned based on such rules. It exposed fundamental aspects of the unborn child protection, especially from the analysis of two emblematic judgments of the spanish and chilean Constitutional Courts.

Key words

Unborn child, life, right to life, unborn legal status.

LAS FUNCIONES DEL PARLAMENTO EUROPEO:
LOS RETOS Y LAS DIFICULTADES DE SU NUEVO
PROTAGONISMO EN LA CONSTRUCCIÓN EUROPEA

Javier Guillem Carrau
Letrado de las Cortes Valencianas

SUMARIO

- 1. Introducción.*
- 2. La función presupuestaria.*
- 3. La función de control.*
- 4. La función legislativa.*
 - A) La iniciativa legislativa.*
 - B) Los procedimientos legislativos.*
 - a) Procedimientos de consulta y cooperación reforzada.*
 - b) El procedimiento legislativo ordinario.*
 - C) Una función colegislativa matizada por la legislación delegada y los actos de ejecución.*
- 5. Varia: Nombramientos, informes y relaciones con los Parlamentos nacionales*
 - A) Los nombramientos en las Instituciones de la UE y el Parlamento Europeo*
 - B) Informes*
 - C) Recursos al Tribunal de Justicia*
 - D) Los acuerdos internacionales*
 - E) Relaciones con los Parlamentos nacionales: COSAC*
- 6. Conclusiones.*

1. Introducción¹.

Como es conocido, desde la firma del Tratado de Roma, los poderes delegados al Parlamento por los Estados miembros han aumentado significativamente en contraste con la relativa estabilidad de los poderes de la Comisión y el Tribunal de Justicia².

Aunque el poder de un Parlamento para controlar al ejecutivo está basado originariamente en la capacidad de vetar propuestas políticas y secundariamente en la capacidad de modificarlas³, la importancia del Parlamento Europeo en la arquitectura institucional de la Unión Europea se ha puesto de manifiesto especialmente en el proceso de elaboración del fallido proyecto de Tratado por el que se establecía una Constitución para la Unión Europea y en la aprobación de los miembros de la Comisión Europea⁴.

En el Tratado de Lisboa se reconoce explícitamente que ejercerá conjuntamente con el Consejo la función legislativa, así como las funciones consultivas y de control (arts. 223 a 234). La generalización del procedimiento legislativo ordinario, hasta ahora de codecisión, es un ejemplo de ello. No obstante, como Cámara legislativa, debe destacarse que la función legislativa la realiza conjuntamente con el Consejo, como antes hemos señalado al igual que ocurre con la función presupuestaria.

1 Sobre el Parlamento Europeo con carácter general, véase, entre otros: BARDI, L. Y IGNNAZI, P.: *Il Parlamento Europeo*, 2^a ed., Il Mulino, Bolonia, 2004; CHITI- BATELLI, A.: *Il Parlamento Europeo*, Edizioni Cedam- Padova, 1982; CLINCHAMPS, N.: *Parlement européen et droit parlementaire*, LGDJ, 2006; COCKS, B.: *The European Parliament; Structure, Procedure and Practice*, Londres 1973; CORBETT, R., JACOBS, F. Y SHACKLETON, M.: *The European Parliament*, 5^a ed., Harper Pub., Londres, 2003; FIGUERUELO BURRIEZA, A.: "El Parlamento Europeo como Institución: las dificultades para la consolidación del principio democrático en la UE", *Revista de Cortes Generales*, Primer Cuatrimestre 2010, num. 79, p. 161-183; KREPPEL, A.: *The European Parliament and Supranational Party System*, Cambridge University Press, 2002; MANGAS MARTÍN, A.: *La Constitución Europea*, Iustel, 2005; y con LIÑAN NOGUERAS, D.J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 4 ed., Tecnos, 2004; MARQUAND D.: *A Parliament for Europe*, J.Cape, Londres, 1979; POLLACK, M.: *The engines of European Integration. Delegation, Agency and Agenda Setting in the EU*, Oxford, 2003; RITTBERGER, B.: *Building Europe's Parliament. Democratic representation beyond the Nation-State*, Oxford University Press, 2005; SCULLY, R.M. (2000) 'Democracy, Legitimacy and the European Parliament', in M.G.Cowles and M. Smith (eds), *The State of the European Union*, vol. 5, Oxford University Press, p. 228-245

2 Entre otros: poderes de control y supervisión de la actuación de la Comisión y otras instituciones comunitarias como el Banco Central Europeo, que alcanza hasta la posibilidad de censura; poderes financieros conferidos en 1970 y 1975; y poderes legislativos, que han sido gradualmente incrementados con la adopción y extensión de los procedimientos de consulta, cooperación y codecisión. Entre otros: POLLACK, M.: *The engines of European*, pág. 205 y ss.

3 SCULLY, 'Democracy, Legitimacy and, p.236).

4 Fundamentalmente, por su presión a la Comisión Santer (1995-1999) y su cuestionamiento de la candidatura del italiano Butiglione a Comisario de Justicia 2004.

En sus inicios como Institución, el Parlamento no era más que una Cámara de representantes, designados por los Parlamentos de los Estados miembros. El inicio de la metamorfosis del Parlamento Europeo se retrotrae a los años setenta por el incremento de los poderes atribuidos a la Institución y por el efecto que de dicho incremento en la evolución institucional interna del Parlamento como Cámara Legislativa.

No obstante, desde los años setenta se viene señalando el déficit democrático de la institución parlamentaria europea debido a la baja participación de la ciudadanía en las elecciones europeas. En este sentido, se debilita también su figura institucional al comprobar que no es el único órgano legislativo en el marco institucional de la UE y, en cierto modo, se encuentra en una situación de debilidad ante el Consejo de Ministros.

A continuación, se analizan las oportunidades y los desafíos por funciones parlamentarias tras el Tratado de Lisboa.

2. La función presupuestaria.

La función presupuestaria de la UE es compartida. Las decisiones presupuestarias se adoptan conjuntamente por el Consejo y el Parlamento Europeo. Como señala Massot, el Tratado de Lisboa contiene cambios significativos en la vertiente financiera con respecto a los Tratados y a la legislación derivada. Introduce un nuevo título II en el TFUE, con 6 capítulos y 15 artículos. Aunque la mayoría de las nuevas disposiciones financieras son de alcance general. Tienen efectos específicos en el ámbito del gasto agrícola, que al fin y al cabo sigue representando la parte más importante del presupuesto comunitario⁵.

Con el fin de simplificar el procedimiento presupuestario anual, el TFUE elimina la distinción entre «*gastos obligatorios*» y «*gastos no obligatorios*» en los **artículos 314 y 315** (que sustituyen a los artículos 272 y 273 del TCE). El Consejo adquiere por tanto poderes de decisión en relación con los gastos no obligatorios y el Parlamento los gana en materia de gastos obligatorios (particularmente en lo que a los gastos agrícolas se refiere), apunta Massot⁶.

5 MASSOT, A. (2008): La PAC y el Tratado de Lisboa, accesible en: http://circa.europa.eu/irc/opece/fact_sheets/info/data/policies/agriculture/article_7216_es.htm

6 Describe Massot que las disposiciones relativas a la disciplina presupuestaria figuran en el apartado 4 del artículo 310 del TFUE, que cita asimismo el «*marco financiero plurianual*». De hecho, el Tratado retoma y ac-

En el Tratado de Lisboa, la función presupuestaria se manifiesta por la intervención del PE en la fijación del marco financiero plurianual, que deberá manifestarse por mayoría de sus miembros a favor de la propuesta del Consejo para que el marco financiero pueda ser adoptado por el Consejo para un periodo mínimo de 5 años y debe ser respetado por el presupuesto anual de la UE⁷.

Estas disposiciones del Tratado de Lisboa confirman la duración del marco financiero plurianual (cinco años). Prevén, asimismo, el *«procedimiento legislativo especial»* para la aprobación del reglamento que fije las cuantías de los límites anuales de los créditos y, finalmente, formalizan el contenido de las perspectivas financieras, basándose en categorías de gastos en función de los principales ejes de actividad de la Unión Europea.

Actualmente, el presupuesto de la Unión Europea es un todo dividido en siete partes, una para cada año del actual marco financiero 2007-2013 y en procedimiento parlamentario para la tramitación del mismo garantiza una intervención sustantiva del Parlamento, que puede enmendarlo si cuenta con el apoyo del Consejo⁸. El control de la ejecución del gasto presupuestado se realiza por medio del llamado "descargo del presupuesto". Este control de la ejecución del presupuesto se produce durante el ejercicio presupuestario por la Comisión de Control Presupuestario que analizan y debaten los informes trimestrales de la Comisión sobre la ejecución en curso⁹.

tualiza la mayoría de las disposiciones sobre las perspectivas financieras plurianuales vigentes del Acuerdo interinstitucional sobre la disciplina presupuestaria y buena gestión financiera. Dicho Esto, el «marco financiero plurianual» y sus reglas se integran por primera vez en el Derecho primario mediante el artículo 312 del TFUE.

7 Op. cit.

8 Este sistema plurianual flexibiliza las cuentas, permite planificar los gastos a largo plazo desde el primer momento y fija los límites y objetivos para el normal funcionamiento de la Unión Europea. Respecto al presupuesto anual, el procedimiento legislativo es especial. La Comisión presenta un proyecto de presupuesto al Parlamento y al Consejo y éste debe pronunciarse sobre el mismo y comunicar su decisión al PE. Esta decisión del Consejo puede ser aprobada por el PE y el presupuesto queda aprobado, también si el PE no se pronuncia. En el caso de aprobar enmiendas, el texto con las modificaciones es remitido a la Comisión y al Consejo y se convoca el Comité de Conciliación, compuesto por representantes del Consejo y del PE. En la reunión del Comité, se puede aprobar un texto compuesto de las posiciones del PE y Consejo siempre que cuente con la mayoría cualificada de los representantes del Consejo y por mayoría de los miembros que representan al PE. Este texto conjunto debe ser aprobado por el Consejo y por el PE para que se apruebe el presupuesto aunque también puede ser aprobado si no adoptan decisión alguna. En caso de rechazo por una de las Instituciones, aunque la otra lo apruebe, o del transcurso de 21 días de reunión del Comité de Conciliación, la Comisión presentará un nuevo proyecto de presupuesto salvo que, ante el rechazo del Consejo, el PE decida confirmar todas o parte de sus enmiendas y se mantenga la posición adoptada en el Comité de Conciliación.

9 Asimismo, el Parlamento debe aprobar la gestión de la Comisión en la ejecución del Presupuesto.

3. La función de control.

En el ámbito de la función de control e impulso político, el PE elegirá al Presidente de la Comisión a propuesta del Consejo Europeo por mayoría cualificada y aprobará definitivamente a la Comisión, también puede censurarla¹⁰.

Respecto a los otros mecanismos de control sin sanción, el artículo 230 TFUE establece la posibilidad de realizar preguntas parlamentarias a la Comisión (unas 5000 preguntas orales y preguntas con respuesta escrita anualmente) para recabar de la Institución interpelada una información sobre un asunto que afecte a sus competencias o en relación con las actividades de la Unión Europea, quedando regulado su procedimiento en los artículos 108 y siguientes del Reglamento del Parlamento Europeo (en adelante, RPE)¹¹. De acuerdo con el artículo 109 RPE y el anexo II al mismo, el turno de preguntas tiene lugar todos los períodos parciales de sesiones y se presentan una semana antes permitiendo su formulación en el pleno la discusión sobre asuntos concretos y de interés general actuales.

Asimismo, el PE debate el informe anual de la Comisión y adopta una resolución al respecto (artículo 233 TFUE); aprueba el informe de la Comisión sobre actividades de la UE y el informe sobre la aplicación del derecho de la UE a los EM; debate las declaraciones y comunicaciones de la Presidencia del Consejo; el programa de trabajo semestral y balance de la presidencia de turno; el informe posterior a cada Consejo e informe anual escrito, y las consultas que la presidencia del Consejo Europeo debe dirigir al PE en materia de política exterior y de seguridad común y en lo que respecta a la cooperación policial y judicial.

Esto se conoce como el descargo del presupuesto. En este sentido, el PE tras el examen anual de los problemas relacionados con la ejecución del presupuesto realiza una propuesta de resolución presentada por la Comisión competente aprobando el descargo o gestión de la Comisión Europea.

En cuanto a su propio presupuesto, la Mesa del PE adopta un anteproyecto de estado de previsiones del PE sobre la base de un informe del Secretario General, que debe ser aprobado por el Pleno tras su trabajo en Comisión con el fin de ser debatido junto con el Presupuesto.

10 El PE aprueba la composición de la Comisión previa audiencia a los propuestos y a su Presidente por mayoría simple y puede ejercer la censura colectiva por mayoría absoluta de miembros del PE y dos tercios de los votos expresados, tras propuesta de la décima parte de los diputados por escrito y motivada (artículo 201 TCE y 100 del RPE). La última de las mociones presentadas fue presentada en 1999 pero no salió adelante, aunque consiguió la dimisión colectiva a los tres meses de la Comisión Santer, acosada por los escándalos de corrupción.

11 Los artículos 43 y 44 del Reglamento PE disponen dicha posibilidad respecto al Consejo en el marco de la antigua Política Exterior y de Seguridad Común y en el marco de la cooperación policial y judicial y al Banco Central Europeo para preguntas con respuesta escrita.

En cuanto a las designaciones y nombramientos realizadas por la Cámara, el PE nombra al Defensor del Pueblo Europeo por mayoría de los votos emitidos y es consultado por el Consejo antes de nombrar miembros del Tribunal de Cuentas (artículo 102 RPE) y los del Comité Ejecutivo del Banco Central Europeo, que comparecerá en el propio Parlamento cuatro veces al año y dará cuenta al mismo de un informe de carácter anual (artículo 101 RPE).

Asimismo, el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad implica al PE, que podrá recibir el dictamen de los presidentes de parlamentos nacionales cuando se considere que una determinada propuesta no se ajusta al principio de subsidiariedad¹².

12 Dispone el artículo 2 del citado Protocolo que, antes de proponer un acto legislativo, la Comisión procederá a amplias consultas. Estas consultas deberán tener en cuenta, cuando proceda, la dimensión regional y local de las acciones previstas. En casos de urgencia excepcional, la Comisión no procederá a estas consultas. Motivarán su decisión en su propuesta. Los proyectos de actos legislativos se motivarán en relación con los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. El Protocolo establece en su artículo 5 que *"Todo proyecto de acto legislativo debería incluir una ficha con pormenores que permitan evaluar el cumplimiento de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. Esta ficha debería incluir elementos que permitan evaluar el impacto financiero y, cuando se trate de una directiva, sus efectos en la normativa que han de desarrollar los Estados miembros, incluida, cuando proceda, la legislación regional. Las razones que justifiquen la conclusión de que un objetivo de la Unión puede alcanzarse mejor en el plano de ésta se sustentarán en indicadores cualitativos y, cuando sea posible, cuantitativos. Los proyectos de actos legislativos tendrán debidamente en cuenta la necesidad de que cualquier carga, tanto financiera como administrativa, que recaiga sobre la Unión, los Gobiernos nacionales, las autoridades regionales o locales, los agentes económicos o los ciudadanos sea lo más reducida posible y proporcional al objetivo que se desea alcanzar"*. El procedimiento viene determinado en el artículo 4 del referido Protocolo y, en síntesis, es el siguiente: la Comisión transmitirá sus proyectos de actos legislativos, así como sus proyectos modificados, a los Parlamentos nacionales al mismo tiempo que al legislador de la Unión; el Parlamento Europeo transmitirá sus proyectos de actos legislativos, así como sus proyectos modificados, a los Parlamentos nacionales; el Consejo transmitirá los proyectos de actos legislativos que tengan su origen en un grupo de Estados miembros, en el Tribunal de Justicia, en el Banco Central Europeo o en el Banco Europeo de Inversiones, así como los proyectos modificados, a los Parlamentos nacionales; el Parlamento Europeo transmitirá sus resoluciones legislativas y el Consejo sus posiciones a los Parlamentos nacionales inmediatamente después de su adopción. Todo Parlamento nacional o toda cámara de uno de estos Parlamentos podrá, en un plazo de ocho semanas a partir de la fecha de transmisión de un proyecto de acto legislativo en las lenguas oficiales de la Unión, dirigir a los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión un dictamen motivado que exponga las razones por las que considera que el proyecto no se ajusta al principio de subsidiariedad. Incumbirá a cada Parlamento nacional o a cada cámara de un Parlamento nacional consultar, cuando proceda, a los Parlamentos regionales que posean competencias legislativas. Cuando los dictámenes motivados que indiquen que un proyecto de acto legislativo no respeta el principio de subsidiariedad representen al menos un tercio del total de votos atribuidos a los Parlamentos nacionales de conformidad con el párrafo segundo del apartado 1, el proyecto deberá volverse a estudiar. Este umbral se reducirá a un cuarto cuando se trate de un proyecto de acto legislativo presentado sobre la base del artículo 61 I del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia.

Por último, otro medio de control, son las conocidas comisiones temporales de investigación que están reguladas en el artículo 226 TFUE, siendo preceptiva la petición de una cuarta parte de sus miembros a fin de examinar alegaciones e infracción o de mala administración en la gestión comunitaria. No pueden constituirse cuando esté sub iudice la cuestión o cuando ya se haya constituido una sobre el mismo objeto, salvo que aparezcan hechos nuevos y hayan transcurrido doce meses. Las modalidades de investigación han sido objeto de pacto entre PE, Consejo y Comisión. También supone ejercicio de control la puesta en práctica de la facultad que, desde la entrada en vigor del Tratado de Niza, el PE goza de legitimación activa para recurrir actos de otras instituciones en el recurso de anulación (artículo 263 TFUE).

En este sentido, el TFUE respecto a la función de control ha supuesto un paso en la configuración del PE como principal órgano de control de la Comisión Europea.

4. La función legislativa.

Nos encontramos ante un sistema jurídico caracterizado por el carácter evolutivo de la UE, que supone articular un Derecho, objeto de creación continua, que implica una transformación inherente de los Derechos nacionales y la consolidación del *acquis* comunitario¹³.

El proceso de toma de decisión comunitario es un procedimiento peculiar en correspondencia con la singularidad de la UE como organización supranacional. Mangas Martín identifica en el método comunitario la iniciativa legislativa, que corresponde a la Comisión; poder de decisión, que corresponde al Consejo junto con el Parlamento en algunos casos; poder consultivo, que corresponde al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social, al Comité de las Regiones¹⁴.

Existe una aparente contradicción en la función legislativa al tener que afirmar que, en la UE, el Parlamento no legisla sólo. Por eso, matizamos inmediatamente que colegisla con el Consejo mediante el llamado procedimiento legislativo ordinario. Se afirma que con el Tratado de Lisboa más de 40 nuevos temas se añaden a los que ya se trataban por el procedimiento de codecisión, entre el Parlamento y el Consejo de Ministros. Entre ellos se incluye la agricultura, las políticas energé-

13 El término *acquis communautaire* es utilizado por la doctrina para referirse al conjunto de disposiciones comunitarias basadas en los Tratados (por ejemplo, MOUSSIS, N.: *Access to ...*, p. 33).

14 MANGAS MARTIN, A.: "El método comunitario: la reforma institucional...", p. 3.

ticas, la inmigración y los fondos de la UE. Además, el Parlamento tiene la última palabra en el presupuesto de la UE.

El Tratado de Maastricht introdujo un procedimiento de codecisión entre el PE y el Consejo que ha llegado a ser el procedimiento ordinario para legislar en la UE. Tal ha sido su uso habitual que el Tratado de Lisboa ha sustituido el término de codecisión por el de procedimiento legislativo ordinario en su artículo 294¹⁵.

A) La iniciativa legislativa

Además, aunque la iniciativa legislativa corresponde a la Comisión, desde Maastricht, el Parlamento tiene reconocido un derecho de iniciativa legislativa por el que puede requerir a la Comisión que presente una propuesta legislativa mediante la participación en la elaboración del plan de trabajo de la Comisión en los términos que establece el artículo 35 del Reglamento parlamentario¹⁶.

B) Los procedimientos legislativos

a) Procedimientos de consulta y cooperación reforzada

15 En determinados ámbitos, como el diálogo social (artículo 84 del Reglamento), la codificación (artículo 86 del Reglamento) o las disposiciones de ejecución y actos delegados (artículo 87 bis y 88 del Reglamento), se contempla también la participación del Parlamento en el proceso de toma de decisión de la UE de una manera singular. Por ejemplo, en el caso de las disposiciones de ejecución, la Comisión puede adoptar, en el marco de la legislación existente, medidas de ejecución que son presentadas en Comitología y se remiten al Parlamento a título informativo o de control. En el Parlamento, se puede adoptar una resolución contraria a la medida por que la misma se excede de las competencias previstas en el acto jurídico de que se trate; no es compatible con el objetivo o el contenido del acto de base; o no respeta los principios de subsidiariedad o proporcionalidad; y en la que pida a la Comisión que retire o modifique el proyecto de medidas o que presente una propuesta con arreglo al procedimiento legislativo pertinente. Respecto a los actos delegados, la comisión competente, dentro del respeto de las disposiciones del acto legislativo de base, podrá tomar la iniciativa de presentar al Parlamento una propuesta de resolución motivada que revoque, en todo o en parte, la delegación de poderes prevista en dicho acto.

16 Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en virtud del artículo 225 del TFUE, el Parlamento puede, por mayoría de sus miembros, solicitar a la Comisión que le presente cualquier propuesta legislativa que considere oportuna con fijación de plazo para ello siempre que haya autorización de la Conferencia de Presidentes en los términos que determina el artículo 42 del Reglamento. El punto débil de esta facultad es que la Comisión puede negarse a hacerlo sin más trámite, quedando la iniciativa en vía muerta. En esta línea, todo diputado al Parlamento Europeo puede también presentar una propuesta de acto de la Unión. Dicha propuesta se presentará al Presidente del Parlamento, quien la remitirá para examen a la comisión competente. Esta puede decidir que la propuesta se someta al Pleno.

Junto al procedimiento legislativo ordinario, los otros dos procedimientos contemplados en el TFUE son el de consulta y el de cooperación reforzada. Así, en virtud del artículo 289 del TFUE, la consulta es un procedimiento legislativo especial por el que se solicita el dictamen del Parlamento sobre una propuesta legislativa antes de que el Consejo la adopte y se encuentra regulado en los artículos 37, 38^a y 53 y 59 del Reglamento. Respecto a la cooperación reforzada, los artículos 326 y 334 TFUE contemplan que los Estados miembros pueden solicitar la cooperación reforzada en ámbitos cubiertos por los Tratados, con excepción de los ámbitos que son de competencia exclusiva de la Unión. La Comisión evalúa la solicitud y puede presentar una propuesta al Consejo en este sentido. Si la Comisión decide no someter ninguna propuesta, debe comunicar sus motivos a los Estados miembros interesados. Si la Comisión presenta una propuesta, la autorización para llevar a cabo la cooperación reforzada será concedida por el Consejo, previa aprobación del Parlamento Europeo.

b) El procedimiento legislativo ordinario

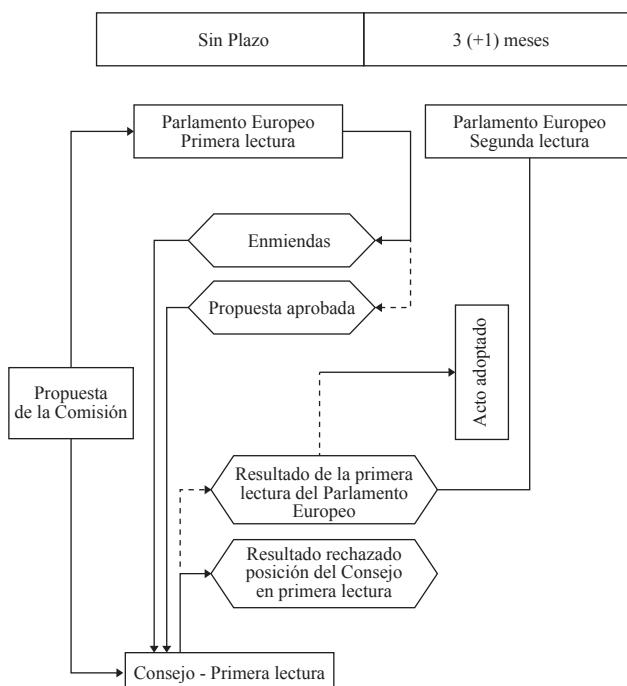
La participación del Parlamento en la función legislativa, como se ha afirmado, es clave en el procedimiento legislativo ordinario. El procedimiento legislativo ordinario se compone de tres revisiones o "lecturas" en la terminología de la UE de la propuesta normativa en la que interviene el Consejo o el PE¹⁷. A continuación, se desarrollan los aspectos sustanciales de dichas fases del procedimiento con ayuda de los esquemas del Consejo sobre el citado procedimiento, cuya duración oscila entre 22 y 19 meses, salvo que se adapte un acuerdo rápido en 1^a ó 2^a lectura.

17 Desde Lisboa, el procedimiento legislativo ordinario se aplica a todos los ámbitos anteriores de codecisión, especialmente el medio ambiente, el transporte, el mercado interior y sus cuatro libertades (libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas), las políticas de empleo y sociales, la educación y la formación, la salud pública y la protección al consumidor, y determinados ámbitos de libertad, seguridad y justicia. Además, se amplía ahora a un número significativo de ámbitos de actividad clave donde el Parlamento sólo tenía derecho de consulta o sólo podía emitir un dictamen conforme. Entre ellos cabe destacar los siguientes: agricultura y pesca; política de cohesión (Fondos Estructurales y Fondo de Cohesión); libertad, seguridad y justicia, especialmente en lo relativo a asuntos penales y al Derecho penal, Eurojust y Europol y la cooperación policial; liberalización de servicios en determinados sectores; cooperación con terceros países; asuntos judiciales; actos de ejecución (comitología). También se sometieron a codecisión algunos ámbitos donde el Parlamento no tenía participación alguna. El principal de estos ámbitos es la política comercial común -un ámbito de competencia exclusiva de la Comunidad-, que comprende todos los acuerdos de comercio exterior e internacional alcanzados por la Unión Europea a nivel bilateral y multilateral. Otros ámbitos de este tipo son la exclusión de las disposiciones relativas al derecho de establecimiento de determinadas actividades, la ampliación de la libertad de prestación de servicios a nacionales de terceros países, las medidas relativas a la circulación de capitales hacia o desde terceros países, las medidas destinadas a eliminar las distorsiones del mercado interior, y las medidas relativas al uso del euro. Véase: MANUAL DE LA CODECISIÓN Y LA CONCILIACIÓN. La labor del Parlamento como legislador en virtud del Tratado de Lisboa, Enero de 2012 disponible en http://www.europarl.europa.eu/code/information/guide_es.pdf

a) Primera *lectura*:

La primera revisión o lectura del texto normativo propuesto por la Comisión se hace por el Consejo y por el Parlamento a la vez. En el caso del Parlamento, está en su mano plantear modificaciones en el texto y, en la del Consejo, su aceptación.

La Comisión presenta la propuesta legislativa al PE y al Consejo simultáneamente. También se inicia por iniciativa de la cuarta parte de los Estados miembros, por recomendación del BCE o a petición del Tribunal de Justicia. Los trabajos de PE y CE deben ser simultáneos, con intercambios de información y que la Presidencia del Consejo actúe como negociador con el PE. Cuando el PE adopta en Pleno una posición ante la propuesta de norma, con o sin enmiendas, el Consejo puede aprobar el acto legislativo inmediatamente o no hacerlo por no estar de acuerdo con las enmiendas y adopta su posición en esta primera lectura, que es remitida al PE para ser objeto de la segunda lectura.



Esquema de la fase de la primera lectura en el procedimiento legislativo ordinario. Fuente: Consejo de la UE

b) Segunda lectura

La segunda revisión del texto normativo propuesto por la Comisión se produce también tanto en el Parlamento como en el Consejo. En el trámite parlamentario, la propuesta pasará por el filtro de trabajo de una de sus Comisiones antes de debatirla en Pleno. En esta fase, el Consejo podrá concluir el procedimiento legislativo si acepta las modificaciones planteadas por el Parlamento. En su defecto, se convoca un Comité llamado de "conciliación" para acercar posturas entre las dos Instituciones.

Segunda lectura en el PE

El Presidente del PE remite la posición a la comisión parlamentaria competente la posición para que estudie el contenido de la misma. Esta Comisión designará un ponente para la propuesta de la Comisión, que presentará un proyecto de informe a la Comisión que resume la propuesta de la Comisión y los puntos de vista de las diversas partes implicadas. Se producirá un debate en Comisión del informe en el que la Comisión defenderá su texto y responderá a las preguntas de los parlamentarios. Finalmente, elaborará un informe que es sometido al Pleno con las enmiendas, con un proyecto de resolución legislativa y, en su caso, una exposición de motivos. El procedimiento permite presentar enmiendas durante los debates en el pleno un diputado, un grupo de diputados o el propio ponente, con frecuencia en nombre de un grupo político.

Segunda lectura del Consejo y el Trílogo

El Consejo puede aprobar o no aprobar las enmiendas de la segunda lectura del PE. El Consejo decide por mayoría cualificada, pero debe pronunciarse por unanimidad sobre las enmiendas que han sido objeto de dictamen negativo de la Comisión para que el acto sea considerado adoptado. Si el Consejo acuerda aceptar la totalidad de las enmiendas, el acto se considera adoptado en forma de posición del Consejo en primera lectura enmendada en consecuencia y se remite a publicación en el Diario Oficial.

El breve plazo previsto por el Tratado para llegar a un acuerdo, junto con la dificultad de las materias abordadas y la de organizar la agenda, hacen necesaria la celebración de reuniones informales, que se identifican como el Trílogo, entre la Comisión, el Parlamento y el Consejo con carácter previo a la conciliación (anteriormente estas reuniones eran conocidas como el diálogo tripartito o a tres bandas). En estas reuniones participan un número limitado de personas

y son criticadas por su falta de transparencia aunque también valoradas por su eficiencia.

Por el Parlamento Europeo participan el presidente de la delegación, el presidente de la Comisión parlamentaria y el diputado "rapporteur" o ponente de la iniciativa con los funcionarios del secretaría de conciliación del Parlamento Europeo y, eventualmente, un miembro del servicio jurídico del Parlamento Europea. Por el Consejo, participa el representante permanente del estado miembro, asegurando la Presidencia del Consejo y asistido de los miembros de la Secretaría del Consejo, incluido el Servicio Jurídico. La Comisión está presente en la reunión por medio del director general del servicio encargado del expediente, de su Servicio Jurídico y de la Secretaría General.

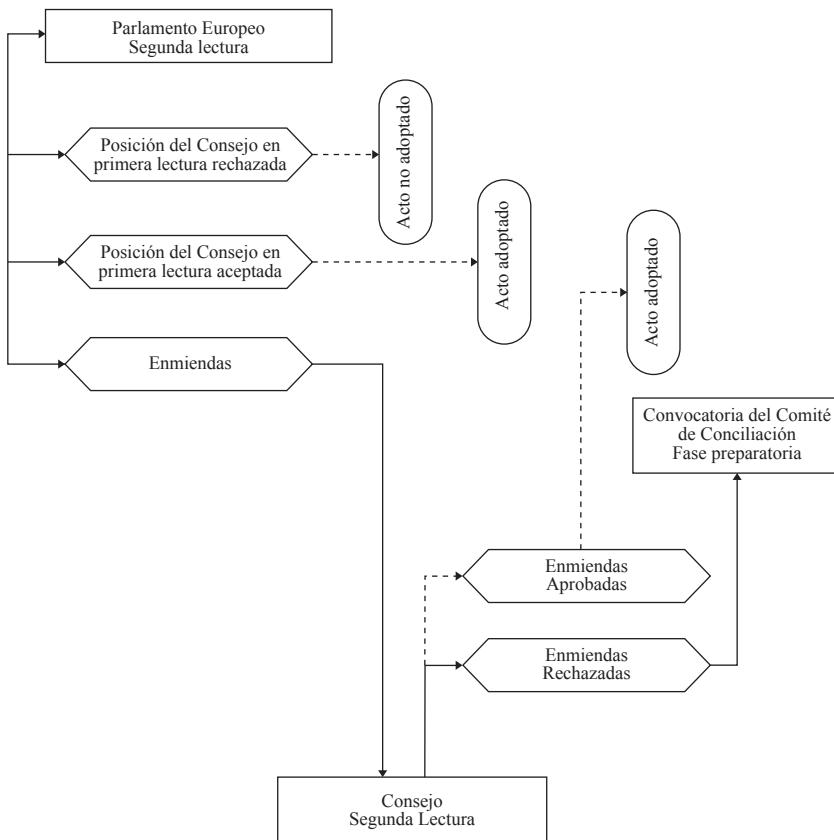
Los participantes en estas reuniones operan sobre la base de mandatos de negociación que les realizan sus delegaciones respectivas y trabajan sobre alternativas posibles de compromisos y acuerdos y dan cuenta a su delegación. Esto evita el sesgo partidista y el exceso de presión mediática.

Comité de conciliación

Si el Consejo no acuerda aceptar la totalidad de las modificaciones propuestas por el Parlamento, se convocará el Comité de Conciliación en un plazo máximo de 8 meses, durante los cuales se intenta acercar posiciones en la negociación en reuniones a tres bandas previas. El PE y el Consejo están representados por 27 miembros. El texto conjunto deberá ser aprobado por mayoría cualificada de los representantes del Consejo y por mayoría simple en la Delegación parlamentaria.

LAS FUNCIONES DEL PARLAMENTO EUROPEO: LOS RETOS Y LAS DIFICULTADES
DE SU NUEVO PROTAGONISMO EN LA CONSTRUCCIÓN EUROPEA

3 (+1) meses	3 (+1) meses	6 (+2) semanas
--------------	--------------	----------------



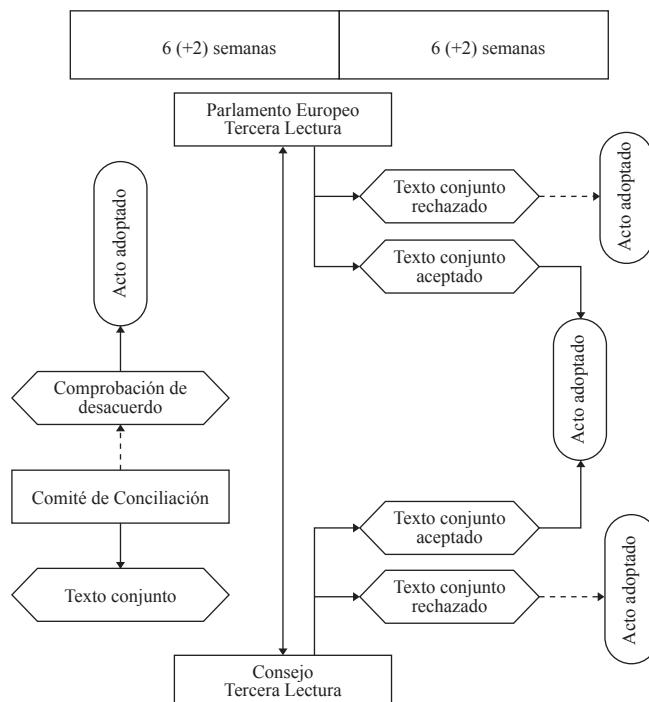
Esquema de la fase de la segunda lectura en el procedimiento legislativo ordinario.
Fuente: Consejo de la UE

c) Tercera lectura

Esta fase del proceso legislativo tiene lugar cuando no ha concluido el trámite en cualquiera de las anteriores. El Parlamento y el Consejo deberán aprobar el texto propuesto por el Comité de Conciliación. De no hacerlo así, la norma se tiene por no adoptada.

Tercera lectura del Parlamento Europeo y del Consejo

En caso de que el Comité de Conciliación apruebe un texto conjunto, el objeto de la tercera lectura es la adopción del acto por ambas instituciones conforme a dicho texto conjunto, pronunciándose el Parlamento Europeo por mayoría de los votos emitidos y el Consejo por mayoría cualificada. Si en el plazo previsto una de las dos instituciones no da su aprobación, la propuesta de norma se considera no adoptada.



*Esquema de la fase de la tercera lectura en el procedimiento legislativo ordinario.
Fuente: Consejo de la UE*

C) Una función colegislativa matizada por la legislación delegada y los actos de ejecución.

Como se explica seguidamente, la legislación delegada y de los actos de ejecución se pueden constituir en factores de debilitamiento de la función colegisladora del Parlamento. Señala la Comisión Europea, en su Comunicación sobre la aplicación del artículo 290 del TFUE, que "*En efecto, el marco jurídico que sustituirá al llamado sistema de «comitología», establecido al amparo del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, deberá estructurarse en torno a los artículos 290 y 291*"¹⁸

Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Comisión dispone, junto al derecho de ejercer competencias de ejecución, el derecho a adoptar actos no legislativos de alcance general que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales del acto legislativo¹⁹. En su Comunicación sobre la aplicación del artículo 290 del TFUE²⁰, la Comisión señala que, en aras de la eficacia, el legislador otorga a la Comisión la facultad de adoptar actos delegados. De este modo, la Comisión puede completar o modificar el trabajo del legislador. Este tipo de delegación es siempre de carácter facultativo y debe reunir las condicio-

18 COMISIÓN EUROPEA (2009): Comunicación al Parlamento y al Consejo sobre la aplicación del artículo 290 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, documento COM 673 final, de 9.12.2009. Entre otros, sobre los actos delegados y los actos de ejecución, véase: KAEDING, M. y HARDACRE, A.: "Implementation and Transposition of EU Policies. The European Parliament and the Future of Comitology after Lisbon: Lessons to be drawn from the Regulatory Procedure with Scrutiny for Delegated Acts EUSA Twelfth Biennial International Conference Boston, Massachusetts, March 3-5, 2011, accesible el 25.1.2012 en http://euce.org/eusa/2011/papers/9f_kaeding.pdf y (2010) "The European Parliament and Comitology after Lisbon: Lessons to be drawn from the Regulatory Procedure with Scrutiny for Delegated Acts". *European Union Democracy Observatory (EUDO)* Working Paper RSCAS 2010/85. Available from: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/14956/RSCAS_2010_85.pdf?sequence=1 ; DAMEN, M. and HARDACRE, A. (2009) The European Parliament and Comitology: PRAC in Practice. *EIPASCOPE 2009(I)*: pp. 13-18. Available from: http://www.eipa.eu/files/repository/eipascope/20090709111448_Art2_Eipascoo2009_01.pdf; CHRISTIANSEN, T., OETTEL, J.M. y VACCARI, B. (2009) (eds.), 21st Century Comitology: Implementing Committees in the Enlarged European Union, *EIPA 2009/01*, Maastricht. Available from: <http://publications.eipa.eu/en/details/show/1832>

19 Como es sabido, el artículo 291 del TFUE se basa en el tercer guión del artículo 202 y el cuarto guión del artículo 211 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, por los que se otorga a la Comisión, y en determinadas circunstancias al Consejo, el derecho a ejercer competencias de ejecución. Sin embargo, el artículo 290 del TFUE confiere a la Comisión una nueva competencia para adoptar actos no legislativos de alcance general que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales del acto legislativo. El artículo 291 del TFUE regula el ejercicio de las competencias de ejecución por parte de la Comisión o, en algunos casos específicos, del Consejo.

20 Op. cit.

nes establecidas en el Tratado²¹.

Si el legislador otorga la delegación de poderes a la Comisión, le corresponde establecer los límites de éstos en cada acto legislativo. El artículo 290, apartado 1, párrafo segundo, del Tratado impone al legislador delimitar de forma expresa los objetivos, el contenido, el alcance y la duración de la delegación de poderes. Con ello define dos tipos de límites a la delegación de poderes: límites sustanciales y límites temporales²².

La doctrina afirma que nos encontramos ante un nuevo mundo con los actos delegados, sobre todo por la eliminación de los Comités para su adopción, aunque la Comisión pueda recurrir a grupos de expertos y Agencias de la UE²³.

La Comisión se propone llevar a cabo el trabajo preparatorio que considere necesario para garantizar que, por una parte, desde el punto de vista técnico y jurídico, los actos delegados respondan exactamente a los objetivos fijados por el acto de base y, por otra parte, que desde el punto de vista político e institucional se reúnan todos los requisitos necesarios para evitar que el Parlamento Europeo o el Consejo emitan objeciones. Excepto en la hipótesis de que dicho trabajo preparatorio no requiriese ningún nuevo conocimiento, la Comisión tiene intención de consultar sistemáticamente a los expertos de las autoridades nacionales de todos

21 El artículo 291 del TFUE, por otro lado, permite a la Comisión adoptar actos de naturaleza ejecutiva, no legislativa. [En virtud del artículo 291, apartado 1 del TFUE, en combinación con el artículo 4, apartado 3, del TUE], los Estados miembros son responsables de la ejecución y entrada en vigor de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión Europea, y por consiguiente ejercen su propia responsabilidad y no la de la Unión. Así pues, esta competencia de los Estados miembros únicamente puede restringirse cuando la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión exija condiciones uniformes. Este es el único caso en el que la Comisión debe ejercer, en virtud del artículo 291 del TFUE, sus competencias de ejecución. En este caso la responsabilidad es obligatoria [COM(2009) 673 final, p.3 y sig].

22 La delegación de poderes a la Comisión para la adopción de actos delegados por un período indefinido *"contraviene la exigencia de delimitar de manera explícita la duración de la delegación de poderes, un requisito ideado para permitir un control regular y eficaz de la Comisión en el ejercicio de los actos «cuasi legislativos». Constituye una violación del principio de proporcionalidad y, por extensión, del principio de subsidiariedad y, de conformidad con el artículo 8 del Protocolo (nº 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, podría llevar a la presentación de un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por violación del principio de subsidiariedad (DO L 83 de 30.3.2010, p. 206)".* La propia Comisión reconoce esto en COM(2009) 673 final, p.5 y sig. y véase el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la "Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 485/2008 del Consejo, relativo a los controles, por los Estados miembros, de las operaciones comprendidas en el sistema de financiación por el Fondo Europeo Agrícola de Garantía" [COM(2010) 761 final - 2010/0366 (COD)].

23 KAEDING, M. y HARDACRE, A.: "Implementation and Transposition...., p.20.

los Estados miembros que se encargarán de la aplicación de los actos delegados una vez adoptados. Esta consulta se efectuará en el momento oportuno para que los expertos puedan proporcionar a la Comisión una contribución útil y eficaz. Para ello, la Comisión podrá constituir grupos de expertos o recurrir a los grupos de expertos existentes²⁴.

Por último, respecto a los actos delegados, uno de los aspectos que queda abierto o faltó de concreción consiste en que no se ha definido el método de control del ejercicio de la delegación puesto que no se establece en el Tratado la participación de Comité alguno y queda tan sólo la oposición y el ejercicio de la revocación por el Consejo o la Comisión²⁵. El Tribunal de Justicia no ha aportado hasta el momento otro criterio que el de estar a la voluntad del legislador (Asunto C-427/12 para. 40)

En cuanto a los actos de ejecución, la Comisión no ejerce ninguna facultad de carácter «cuasi legislativo»; su poder es estrictamente ejecutivo. Los Estados miembros son los encargados «naturales» de la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión, pero cuando son necesarias unas condiciones uniformes de ejecución la Comisión debe ejercer su competencia ejecutiva. Su intervención no es facultativa: cuando se cumplen las condiciones del artículo 291 es obligatoria²⁶.

En el Reglamento CE nº 182/2011 se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión, es el llamado nuevo *Reglamento de la Comitología*. Al citado Reglamento se le anexa una Declaración de la Comisión que hace expresa referencia a los Comités de Gestión de la PAC.

24 COM(2009) 673 final.

25 Como señala la Comisión en la Comunicación citada anteriormente, el artículo 290, apartado 2, del nuevo Tratado, define las dos condiciones a las que el legislador puede someter la delegación de poderes: por una parte, el derecho de revocación y, por otra, el derecho «a expresar objeciones», es decir, el derecho de oposición. Mientras que la oposición es una «censura específica» dirigida contra un acto delegado claramente identificado, la revocación priva a la Comisión, de forma general y absoluta, de sus poderes delegados. Por consiguiente, la oposición debe considerarse como el método de control «de Derecho común» que el legislador ejerce sobre el conjunto de los actos delegados, mientras que la revocación se presenta como una medida más excepcional, justificada, por ejemplo, por haber surgido algún elemento que pudiera poner en entredicho el propio fundamento de la delegación de poderes.

26 COMISIÓN EUROPEA (2009): Comunicación al Parlamento y al Consejo sobre la aplicación del artículo 290 del..., p.4.

Cuando un Comité de Gestión de la Política Agrícola Común (PAC) haya emitido un dictamen desfavorable, la Comisión ha de presentar el proyecto de medida en cuestión al Consejo, el cual puede tomar una decisión distinta en un plazo de un mes. No obstante, no queda excluido que la Comisión actúe, ya que tiene la posibilidad de aplicar la medida o retrasar su aplicación (art. 7 del Reglamento 182/2011).

Así, la Comisión puede tomar la medida si considera, tras sopesarla, que la suspensión de su aplicación generaría, por ejemplo, perjuicios irreversibles al mercado [«su no adopción en el plazo imperativo pudiera causar una perturbación importante en los mercados (...) o para los intereses financieros de la Unión.»]. La disposición hace referencia a situaciones en las que no se puede esperar hasta que el comité vote de nuevo sobre el mismo u otro proyecto de medida porque, mientras tanto, el mercado se vería gravemente afectado por, por ejemplo, el comportamiento especulativo de los operadores. Tales situaciones se pueden plantear, concretamente, en el contexto de la gestión diaria de la PAC (por ejemplo, en la fijación de las restituciones por exportación, la gestión de las licencias o la cláusula especial de salvaguardia), en la que, con frecuencia, es necesario tomar decisiones rápidamente, las cuales pueden tener consecuencias económicas significativas en los mercados y, por tanto, en los agricultores y operadores, aunque también en el presupuesto de la Unión.

Las reglas actuales dotan a la Comisión de un instrumento que permite proteger el interés común de toda la Unión mediante la adopción de una medida al menos de manera provisional. En los casos en los que el Parlamento Europeo o el Consejo indiquen a la Comisión que consideran que un proyecto de acto de ejecución excede las competencias de ejecución establecidas en el acto de base, la Comisión revisará inmediatamente el proyecto de acto de ejecución teniendo en cuenta las posiciones expresadas por el Parlamento Europeo o el Consejo. Si, posteriormente, el Consejo decide en otro sentido, la medida puesta en marcha por la Comisión, por supuesto, se convierte en redundante.

Antes de decidir si el proyecto de acto de ejecución ha de adoptarse, modificarse o retirarse, la Comisión informará al Parlamento Europeo o al Consejo de la actuación que tiene intención de seguir y de las razones para ello.

Respecto a los actos de ejecución, con el nuevo Reglamento de la Comitología, con carácter general, **en el procedimiento de examen**, la Comisión solo puede adoptar un acto de ejecución si el comité emite un dictamen favorable. La Comisión hará constar en la exposición de motivos del Reglamento que "Las

medidas previstas en el presente Reglamento se ajustan al dictamen del Comité de gestión de la organización común de mercados agrícolas", como ha sido el caso del Reglamento de ejecución (UE) nº 29/2012 de la Comisión de 13 de enero de 2012 sobre las normas de comercialización del aceite de oliva²⁷. Cuando el Comité de gestión no opina en el plazo establecido, la Comisión puede adoptar el acto o modificarlo para que sea revisado por el Comité de apelación o revisión si lo que ha ocurrido es que no se ha alcanzado la mayoría cualificada a favor o en contra.

La Comisión hará constar en la exposición de motivos de la norma adoptada que "*El Comité de Gestión de la Organización Común de Mercados Agrícolas no ha emitido un dictamen en el plazo fijado por su Presidente*" como es el caso del Reglamento de ejecución (UE) nº 543/2011 de la Comisión, de 7 de junio de 2011, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) nº 1234/2007 del Consejo en los sectores de las frutas y hortalizas y de las frutas y hortalizas transformadas²⁸

En caso de dictamen desfavorable, la Comisión puede proponer una versión modificada del proyecto de acto en un plazo de dos meses o recurrir al comité de revisión o de apelación en un mes. Cuando se recurre al citado Comité de revisión (que es el Consejo en todo caso), su dictamen debe ser favorable para que pueda adoptarse el proyecto de acto²⁹.

Como señala la propia Comisión en la Declaración adjunta al Reglamento de Comitología, de manera excepcional, ésta puede adoptar un acto de ejecución incluso en el caso de dictamen desfavorable de un comité cuando tal acto sea necesario para evitar perturbaciones significativas en los mercados en el sector de la agricultura o un riesgo para los intereses financieros de la Unión. En tal caso, la

27 DOUE L 12 de 14.1.2012.

28 DOUE 157, de 15.6.2011.

29 Según el artículo 3.7 del Reglamento CE nº 182/2011 "... *Cuando sea aplicable, el mecanismo de control incluirá la remisión a un comité de apelación. El comité de apelación adoptará su propio reglamento interno por mayoría simple de los miembros que lo componen, a partir de una propuesta de la Comisión. Cuando se remita una cuestión al comité de apelación, este se reunirá a los 14 días como muy pronto, salvo casos debidamente justificados, y a las seis semanas como muy tarde de la fecha de la remisión. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3, el comité de apelación emitirá su dictamen en un plazo de dos meses a partir de la fecha de la remisión. Un representante de la Comisión presidirá el comité de apelación*". El presidente fijará la fecha de la reunión del comité de apelación en estrecha cooperación con los miembros del comité, con el fin de permitir a los Estados miembros y a la Comisión garantizar el nivel adecuado de representación. La Comisión convocará la primera reunión del comité de apelación a más tardar el 1 de abril de 2011, con el fin de adoptar su reglamento interno.

Comisión presenta un acto de ejecución al comité de apelación inmediatamente después de su adopción. Si el comité de revisión emite un dictamen desfavorable, se revoca el acto de ejecución.

En caso de emergencia, un acto jurídico de base puede otorgar un efecto inmediato a las medidas de ejecución adoptadas por la Comisión. De tal modo, la Comisión puede adoptar los actos de ejecución sin tener que consultar al comité competente. Sin embargo, la duración de dichos actos no puede exceder de seis meses. Además, el acto debe ser presentado, a más tardar, 14 días después de su adopción al comité de apelación. Si el comité de apelación emite un dictamen desfavorable, el acto de ejecución queda revocado.

Por norma general, el procedimiento de examen se aplica a la adopción de los actos de ejecución que tienen un alcance general; relativos a programas con implicaciones importantes (la PAC y la política pesquera común, el medio ambiente, la protección de la salud y la seguridad de las personas, los animales y las plantas, la política comercial común y la fiscalidad).

Cuando el acto de base se adopte con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, el Parlamento Europeo o el Consejo podrán indicar en todo momento a la Comisión que, en su opinión, un proyecto de acto de ejecución excede las competencias de ejecución establecidas en el acto de base. En tal caso, la Comisión revisará el proyecto de acto correspondiente, teniendo en cuenta las posiciones expresadas, e informará al Parlamento Europeo y al Consejo de si se propone mantener, modificar o retirar el proyecto de acto de ejecución.

Según el nuevo Reglamento de Comitología, el **procedimiento consultivo** se aplica, en general, en el resto de casos. En el procedimiento consultivo, la Comisión decide la adopción del acto teniendo en cuenta en la mayor medida de lo posible las conclusiones de los debates mantenidos en el comité.

Como el resultado de esta estructura de decisión puede crear incoherencias entre el conjunto normativo de los actos de ejecución y la legislación adoptada por procedimiento ordinario de la que traen causa, el Reglamento de comitología prevé ciertas prerrogativas para el Consejo y el Parlamento.

5. Varia: Nombramientos, informes y relaciones con los Parlamentos nacionales.

A) Los nombramientos en las Instituciones de la UE y el Parlamento Europeo

La mayor relevancia y participación en los procesos de nombramiento de las personas al frente de las Instituciones de la UE ha sido reseñado anteriormente como elemento que pone de manifiesto el incremento de la fuerza institucional del Parlamento Europeo en el proceso de construcción europea.

Como dispone el artículo 17.7 del TFUE, teniendo en cuenta el resultado de las elecciones al Parlamento Europeo y tras mantener las consultas apropiadas, el Consejo Europeo propondrá al Parlamento Europeo, por mayoría cualificada, un candidato al cargo de Presidente de la Comisión. El Parlamento Europeo elegirá al candidato por mayoría de los miembros que lo componen en votación secreta como establece el artículo 105 de su Reglamento. Si el candidato no obtiene la mayoría necesaria, el Consejo Europeo propondrá en el plazo de un mes, por mayoría cualificada, un nuevo candidato, que será elegido por el Parlamento Europeo por el mismo procedimiento.

El Tratado dispone que el Consejo, de común acuerdo con el Presidente electo, debe proponer una lista con las demás personalidades que van a formar parte de la Comisión. Esta lista se realiza en función de las propuestas de los Estados miembros. De acuerdo con el artículo 106 del Reglamento parlamentario, los candidatos propuestos por el Presidente electo de la Comisión y por el Consejo para los diferentes puestos de comisarios, en función de sus competencias previsibles, serán invitados a comparecer ante las comisiones pertinentes. Estas audiencias serán públicas. Además, el Reglamento contempla que el Presidente del Parlamento podrá invitar al Presidente electo de la Comisión a que informe al Parlamento sobre la distribución de las carteras en el Colegio de Comisarios propuesto de acuerdo con sus directrices políticas³⁰.

30 Conforme a lo que determina el citado artículo 106 del Reglamento, el Presidente del Parlamento presentará al Colegio de Comisarios y su programa en un Pleno del Parlamento al que se invitará al Presidente del Consejo Europeo y al Presidente del Consejo. La declaración irá seguida de un debate y los grupos políticos o cuarenta diputados como mínimo podrán presentar propuestas de resolución. Tras la votación de una propuesta de resolución, el Parlamento elegirá o rechazará a la Comisión por mayoría de los votos emitidos en votación nominal. Sobre la base de dicha aprobación, la Comisión será nombrada por el Consejo Europeo, por mayoría cualificada. En cuanto a las comparecencias de los futuros Comisarios, la comisión o comisiones competentes invitarán al Comisario propuesto a realizar una declaración y a contestar preguntas. Las audiencias se organizarán de tal forma que los Comisarios propuestos puedan revelar al Parlamento toda

Los artículos 204 a 206 del Reglamento del Parlamento Europeo regulan la elección del Defensor del Pueblo Europeo que se realiza mediante votación secreta y por mayoría de los votos emitidos, al comienzo de cada legislatura del Parlamento Europeo para un período que coincide con la duración de la misma (HA. 228 TFUE).

Por último, el Parlamento Europeo participa de diferentes modos y con diferente intensidad en el nombramiento de jueces y abogados generales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (artículo 107 bis del Reglamento), en el nombramiento de los miembros del Tribunal de Cuentas (artículo 108 del Reglamento y 286 TFUE) y en el nombramiento de los miembros del Comité Ejecutivo del Banco Central Europeo (artículo 109 del Reglamento y 283 TFUE).

B) Informes

De acuerdo con el artículo 48 del Reglamento parlamentario, se reconoce a las Comisiones parlamentarias el derecho de iniciativa para la adopción de informes sobre los temas de su competencia, previa autorización de la Conferencia de Presidentes, y presentar al Parlamento Europeo una propuesta de resolución al respecto.

C) Recursos al Tribunal de Justicia

Como hemos señalado anteriormente, una de las mejoras institucionales más significativas de las reformas de los Tratados fue el reconocimiento de la legitimación activa del Parlamento para acudir ante el Tribunal de Justicia de la UE. De acuerdo con el artículo 128 RP, dentro de los plazos establecidos por los Tratados y por el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para los recursos interpuestos por las instituciones de la Unión Europea y las personas físicas o jurídicas, el Parlamento examinará la legislación de la Unión y las medidas de ejecución para asegurarse de que se han respetado plenamente los Tratados, en particular por lo que se refiere a los derechos del Parlamento³¹.

la información pertinente. Estas audiencias son de gran calado mediático y pueden hacer reconsiderar la candidatura de los Comisarios, como se puso de manifiesto en el caso del Sr Buttiglione.

31 Por un lado, se prevé que la comisión competente informará al Parlamento, oralmente si fuere necesario, cuando presuma violación del Derecho de la Unión. El Presidente interpondrá recurso ante el Tribunal de Justicia, en nombre del Parlamento, con arreglo a la recomendación de la comisión compe-

D) Los acuerdos internacionales

El Parlamento Europeo tiene también un rol específico en la adopción de compromisos internacionales por la UE. Según el artículo 90 del Reglamento del Parlamento Europeo, cuando se proyecte iniciar negociaciones sobre la celebración, prórroga o modificación de un acuerdo internacional, la comisión competente podrá decidir elaborar un informe o supervisar de otra forma el procedimiento e informará a la Conferencia de Presidentes de Comisión sobre tal decisión. Si procede, podrá recabarse la opinión de otras comisiones de conformidad con el apartado 1 del artículo 49 del Reglamento³².

tente. Al comienzo del período parcial de sesiones siguiente, podrá solicitar al Pleno que se pronuncie sobre el mantenimiento del recurso. El Presidente retirará el recurso si el Pleno se pronuncia en contra por mayoría de los votos emitidos. Si el Presidente interpusiere un recurso en contra de la recomendación de la comisión competente, éste solicitará al Pleno que se pronuncie sobre el mantenimiento del recurso al comienzo del período parcial de sesiones siguiente. Por otro, el Presidente presentará observaciones o intervendrá en nombre del Parlamento en procedimientos judiciales, previa consulta a la comisión competente. Si el Presidente pretende apartarse de la recomendación de la comisión competente, informará de ello a dicha comisión y remitirá el asunto a la Conferencia de Presidentes, exponiendo sus motivos. Si la Conferencia de Presidentes estima que, excepcionalmente, no procede que el Parlamento presente observaciones o intervenga ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando se está cuestionando la validez jurídica de un acto del Parlamento, el asunto se someterá sin demora al Pleno. De igual modo, en caso de urgencia, el Presidente podrá actuar con carácter cautelar para respetar los plazos fijados por el órgano jurisdiccional de que se trate. Junto al procedimiento referido, como caso singular, el apartado 6 del artículo 90 establece un procedimiento específico para la decisión del Parlamento con respecto al ejercicio del derecho de solicitar al Tribunal de Justicia, con arreglo al apartado 11 del artículo 218 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, un dictamen sobre la compatibilidad de un acuerdo internacional con los Tratados. Esta disposición constituye una «lex specialis» que prevalece sobre la norma general establecida en el artículo 128.

32 El Reglamento hace recaer en los presidentes y ponentes de la comisión competente y, en su caso, de las comisiones asociadas, la capacidad de decisión para tomar conjuntamente las medidas apropiadas para velar por que se facilite al Parlamento, con carácter periódico e inmediatamente toda la información, en su caso con carácter confidencial, en todas las etapas de la negociación y conclusión de los acuerdos internacionales, incluyendo los proyectos y los textos finales de las directrices de negociación adoptadas, así como otras informaciones de utilidad, por parte de la Comisión y del Consejo de conformidad con sus obligaciones según el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En segundo lugar, el Parlamento puede solicitar que se suspendan las negociaciones de un acuerdo internacional hasta que el Parlamento no se haya pronunciado sobre un mandato de negociación concreto. Para ello, la solicitud al Consejo deberá ser adoptada a propuesta de la comisión competente, de un grupo político o de cuarenta diputados como mínimo y el Parlamento deberá haberse pronunciado al efecto sobre la base de un informe de la comisión competente. En este punto, antes de iniciar las negociaciones, la comisión competente se pronunciará sobre el fundamento jurídico elegido para el inicio de la negociación. En el supuesto de que la Comisión no indique fundamento jurídico o existieren dudas acerca de su pertinencia, se aplicarán las disposiciones contempladas en el artículo 37. En cualquier fase de las negociaciones, el Parlamento, sobre la base de un informe de la comisión competente y tras haber examinado cualquier propuesta pertinente que se haya presentado al respecto de conformidad con el artículo 121, podrá aprobar recomendaciones y solicitar que éstas se tengan

El tribunal de Justicia ha abordado la cuestión de el consentimiento del PE ha de ser previo o cabe obviarlo por el Consejo cuando se trata de acuerdos o decisiones de dimensión internacional (C-103/12 y C-399/12).

E) Relaciones con los Parlamentos nacionales: COSAC

Las relaciones entre el Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales se encuentran reguladas por un Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos Nacionales en la UE. Además, como es sabido, tras Lisboa, en el artículo 3 bis del TUE se dispone que los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el Protocolo de aplicación³³.

en cuenta antes de la celebración del acuerdo internacional de que se trate. Al término de las negociaciones, pero antes de la firma del acuerdo, se remitirá al Parlamento el proyecto de acuerdo para que éste emita dictamen o dé su aprobación, conforme al procedimiento del artículo 81 del Reglamento. Antes de proceder a la votación sobre la aprobación, la comisión competente, un grupo político o al menos una décima parte de los diputados podrán proponer que el Parlamento solicite el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad de cualquier acuerdo internacional con las disposiciones de los Tratados. Si el Parlamento se pronuncia favorablemente sobre dicha propuesta, la votación sobre la aprobación se aplazará hasta que el Tribunal emita su dictamen. En tercer lugar, el Parlamento emitirá dictamen o dará su aprobación sobre la celebración, prórroga o modificación de un acuerdo internacional o de un protocolo financiero celebrados por la Unión Europea en votación única por mayoría de los votos emitidos. No se admitirán enmiendas al texto del acuerdo o protocolo. Por último, si el dictamen aprobado por el Parlamento fuere negativo, el Presidente solicitará al Consejo que no celebre el acuerdo de que se trate. Si el Parlamento denegare su aprobación a un acuerdo internacional, el Presidente notificará al Consejo que el acuerdo no puede concluirse.

33 De igual modo, en el artículo 8A se dispone que "... Los Parlamentos nacionales contribuirán activamente al buen funcionamiento de la Unión, para lo cual: a) serán informados por las instituciones de la Unión y recibirán notificación de los proyectos de actos legislativos de la Unión de conformidad con el Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea; b) velarán por que se respete el principio de subsidiariedad de conformidad con los procedimientos establecidos en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad; c) participarán, en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia, en los mecanismos de evaluación de la aplicación de las políticas de la Unión en dicho espacio, de conformidad con el artículo 61 C del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y estarán asociados al control político de Europol y a la evaluación de las actividades de Eurojust, de conformidad con los artículos 69 G y 69 D de dicho Tratado; d) participarán en los procedimientos de revisión de los Tratados, de conformidad con el artículo 48 del presente Tratado; e) serán informados de las solicitudes de adhesión a la Unión, de conformidad con el artículo 49 del presente Tratado; f) participarán en la cooperación interparlamentaria entre los Parlamentos nacionales y con el Parlamento Europeo, de conformidad con el Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea.». En consecuencia, en el Reglamento del Parlamento Europeo se dispone que el Parlamento mantendrá periódicamente informados de sus actividades a los Parlamentos nacionales de los Estados miembros. La organización y la promoción de una cooperación interparlamentaria eficaz y regular en el seno de la Unión, en virtud del artículo 9 del Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea, se negociarán sobre la base de un mandato otorgado por la Conferencia de Presidentes, previa consulta a la Conferencia de Presidentes de Comisión. El Parlamento aprobará los acuerdos que versen sobre estos

En este marco, cualquier comisión podrá iniciar directamente un diálogo con los Parlamentos nacionales, a nivel de comisiones, dentro de los límites impuestos por los créditos presupuestarios destinados al efecto. Ello podrá incluir los mecanismos adecuados para una cooperación en la fase pre-legislativa y post-legislativa. En cuanto a la participación en el procedimiento legislativo, todo documento relativo a un procedimiento legislativo de la Unión que un Parlamento nacional transmita oficialmente al Parlamento Europeo se remitirá a la comisión competente para el fondo del asunto sobre el que trate dicho documento.

En este ámbito la Conferencia de los Órganos Especializados en Asuntos Europeos (COSAC)³⁴, cuyo funcionamiento se regula en el artículo 131 de Reglamento³⁵, es el Comité donde se reúnen los representantes de los parlamentos nacionales y del PE.

6. Conclusiones.

Sin perjuicio de otras consideraciones que se puedan realizar sobre el lugar del parlamentarismo en el proceso de construcción europea, hay que destacar una serie de conclusiones sobre la función de control parlamentario y la función legislativa con carácter específico.

En este contexto, en el marco del PE, la función de control parlamentario requiere una simplificación de las formas de control y una disminución de los tiempos asignados a las intervenciones. Asimismo, será necesaria una ampliación de su ámbito; no sólo para controlar a la Comisión sino también para poder llegar a ejercer el control sobre el Consejo de Ministros en las áreas en las que tiene mayor protagonismo en el proceso de toma de decisión comunitario. La simplificación de las formas de control tiene que ir acompañada de un perfeccionamiento

asuntos de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 127.

34 <http://www.cosac.eu/en/>

35 En cuanto a su composición, se dispone que, a propuesta del Presidente, la Conferencia de Presidentes designará a los miembros de la delegación del Parlamento en la COSAC y podrá otorgar mandato a la misma. La delegación estará presidida por uno de los Vicepresidentes del Parlamento Europeo encargados de las relaciones con los Parlamentos nacionales y por el presidente de la comisión competente para los asuntos institucionales. Los demás miembros de la delegación serán elegidos teniendo en cuenta los asuntos que se vayan a examinar en la reunión de la COSAC, e incluirán, en la medida de lo posible, a representantes de las comisiones competentes para dichos asuntos. La delegación presentará un informe después de cada reunión. El Reglamento dispone que se tomará debidamente en consideración el equilibrio político global en el seno del Parlamento.

del ejercicio del mismo por los diputados, que habitualmente centran su actividad de control en asuntos relativos a su circunscripción de origen sin construir una visión más global de la misma.

En cuanto a la función colegislativa, el procedimiento legislativo ordinario tiene una serie de virtudes, que ya han sido descritas, pero también un conjunto de dificultades o hándicaps como son la extensión temporal del mismo que incluso puede llevar a utilizar como instrumento de negociación la posibilidad de apurar al máximo las lecturas que garantiza el procedimiento. Por eso, ya se han escuchado partidarios, en el marco del Reglamento parlamentario, de articular alguna posibilidad de conciliación con carácter permanente.

Además, es conocido por todos que el procedimiento legislativo ordinario, en razón de la materia, puede considerarse incluso técnicamente incomprensible. Esto hace que las normas acaben siendo también excesivamente detalladas e inaccesibles para los juristas, jueces y funcionarios que son los llamados a ponerlas en práctica en los Estados, sin mencionar ya a la ciudadanía y sectores a la que van dirigidas y que tendrían que comprenderlas fácilmente. Este defecto es común a los poderes normativos con carácter general, no sólo a los europeos. En la actualidad, es necesario realizar un esfuerzo por evaluar la calidad de las normas. Este desafío se afronta desde la UE sobre la base del principio de buen gobierno y la iniciativa SLIM que permite hacer una valoración de impacto competitivo de las normas existentes y de las que se proponen adoptar.

En definitiva, la revisión de las funciones parlamentarias del PE ponen de manifiesto que, tras Lisboa, el Parlamento Europeo se configura en la piedra angular del proceso de integración comunitario y en el primer instrumento de legitimación democrática de la UE pero encuentra enormes dificultades para facilitar la conexión entre los electores y elegidos y para acercar el contenido de sus debates a los intereses de la ciudadanía europea.

II. ARTÍCULOS Y NOTAS

SUMARIO

- **Francisco José Eguiguren Praeli**, "El fortalecimiento de la democracia y del presidencialismo en la experiencia reciente de los países sudamericanos".
- **Francisco Ruiz González**, "Austeridad versus Representatividad en la Ley Electoral de Castilla-La Mancha".
- **Eloy Espinosa-Saldaña Barrera**, " ¿Tiene límites la labor del Juez(A) constitucional en un contexto como el actual?".
- **Jorge O. Bercholc**, "Reforma judicial y democratización de la justicia en la Argentina. La compleja articulación de la democracia y la república".
- **Simon Osladil**, La designación de los Magistrados constitucionales como garantía de su legitimidad".
- **M^a Nieves Pacheco Jiménez**, "Responsabilidad médica derivada de negligencia en el diagnóstico prenatal: acciones wrongful birth y wronful life. Repercusión de la proyectada ley de protección de la vida del concebido".
- **Marta Molero Martín-Salas**, "Mujer y discapacidad: "doble barrera" en el ámbito laboral".

EL FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA
Y DEL PRESIDENCIALISMO EN LA EXPERIENCIA
RECIENTE DE LOS PAISES SUDAMERICANOS

Francisco José Eguiguren Praeli

El "presidencialismo" es un rasgo distintivo de los gobiernos latinoamericanos, teniendo como principal característica la acentuada concentración personal del poder y del liderazgo político en el Presidente de la República, electo mediante el voto popular directo. A menudo ello ha afectado el fortalecimiento de las instituciones democráticas, en especial cuando el Presidente cuenta con el respaldo de una mayoría parlamentaria que, si bien le facilita el gobierno, impone escaso límites o control a sus actos. De allí que haya sido frecuente señalar que para afianzar la democracia en los países de la región, se requiera reformar el régimen político para moderar significativamente dicho presidencialismo o, al menos, corregir sus excesos.

Durante las tres últimas décadas, se ha producido un indudable afianzamiento de la estabilidad democrática en la gran mayoría de países de Sudamérica, que se manifiesta en la realización periódica de procesos electorales bastante confiables, de donde surgieron gobiernos legítimamente electos, por la mayoría del voto popular, que lograron culminar su mandato. Ello ha permitido una continuidad electoral democrática sin precedentes en la experiencia política de la región, evidenciada en la ausencia de los antes frecuentes golpes de estado, a cargo de militares o de civiles en alianza con éstos. El hecho de que durante este lapso también hayan existido algunos pocos casos, aunque por tiempo breve, de regímenes de facto en ciertos países, constituye sólo una excepción que no afecta a la tendencia general antes señalada.

Pero este positivo avance en la continuidad electoral democrático y en la apertura del espectro político, mediante la participación y acceso al poder de fuerzas políticas de izquierda (frecuentemente excluidas o ilegalizadas en el pasado), se ha dado en el marco del simultáneo fortalecimiento del ya tradicional Presidencialismo Latinoamericano, con sus consabidos riesgos para el funcionamiento de las instituciones democráticas. El rasgo más relevante de dicho fortalecimiento ha sido la incorporación de la posibilidad de reelección inmediata del Presidente de la República, mediante la realización de reformas constitucionales o el dictado de una nueva Constitución, promovidas por el gobernante de turno, quien así pudo conseguir ser elegido para un nuevo mandato presidencial.

De allí que pese a esta significativa estabilidad democrática electoral, el funcionamiento concreto de las instituciones democráticas en los países sudamericanos ha tenido grados y matices distintos en cada caso, en función de las particulares estructuras sociales, políticas y económicas imperantes en cada país. A continuación presentaremos y analizaremos el proceso de incorporación constitucional en los países sudamericanos de la reelección presidencial inmediata y

del sistema de elección del Presidente de la República por el sistema de segunda vuelta, formulando también algunas reflexiones sobre sus efectos e implicancias.

La incorporación constitucional de la posibilidad de reelección inmediata del presidente de la república.

Como es sabido, los países latinoamericanos, tras obtener su independencia de la dominación colonial e instaurar nuevas repúblicas, acogieron un régimen de gobierno de tipo presidencial, inspirados en el instaurado en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Cabe tener presente que en dicho país, a fin de evitar la concentración del poder presidencial o el riesgo de su perpetuación en el cargo, posteriormente se estableció que el Presidente sólo podría ejercer hasta dos mandatos consecutivos, es decir, la posibilidad de reelección presidencial inmediata por una sola vez.

Pero a diferencia de los Estados Unidos, en muchos de los países latinoamericanos sus sucesivas constituciones fueron incorporando al régimen presidencial diversas instituciones propias de los régímenes parlamentarios, tales como la necesidad del refrendo ministerial para la validez de los actos y decisiones presidenciales, la existencia de un Consejo de Ministros dentro del Poder Ejecutivo, como instancia deliberativa y de aprobación para ciertas materias de gobierno; llegándose en algunos países a incluir la posibilidad de interpelación y censura de los ministros por el parlamento. Es evidente que en esta determinación incidió la negativa experiencia política vivida en muchos países latinoamericanos, donde predominaban gobiernos de facto y golpes de estado, el autoritarismo y la arbitrariedad como práctica gubernamental, la concentración personal del poder en el presidente y su intención de perpetuarse en el poder. Así, la introducción de elementos parlamentarios en el régimen presidencialista imperante buscaba frenar los excesos del poder presidencial.

Paradójicamente, la incorporación en el diseño constitucional del régimen político de algunos elementos parlamentarios en el régimen presidencial, producida en muchos de los países latinoamericanos, no logró consolidar el papel moderador buscado frente a los excesos y distorsiones en el funcionamiento del gobierno presidencial, ni impidieron la configuración del Presidencialismo Latinoamericano. Ello quizás debido al fuerte arraigo popular alcanzado por la institución presidencial, al peso de la prolongada tradición política autoritaria y a la debilidad o carencia de un sistema democrático y pluralista de partidos políticos.

Otra de las medidas adoptadas en muchas constituciones de los países latinoamericanos, apartándose del esquema norteamericano, fue la restricción a la posibilidad de permitir la reelección inmediata del Presidente, exigiendo cuando menos el transcurso de un período de gobierno para una nueva elección. Se trataba de una reacción explicable frente a las frecuentes dictaduras que se mantenían en el poder por muchos años en países del continente, sea sin realizar elecciones o recurriendo a ellas en forma amañada y fraudulenta.

No obstante, a partir de la década del 90 del siglo pasado se inició un movimiento en la dirección opuesta en la mayoría de países de Sudamérica, estableciendo la posibilidad de reelección inmediata del Presidente de la República, por una sola vez. Para ello, casi siempre, quien ejercía la presidencia promovió la reforma constitucional, o también la aprobación de una nueva Constitución, que habilitaban específicamente esta eventualidad.

Quizás el primer intento exitoso en Sudamérica de establecer la factibilidad de la reelección presidencial inmediata, por una sola vez, se dio en el Perú, con la Constitución de 1993, impuesta por la mayoría imperante en el órgano constituyente, ligada al Presidente Alberto Fujimori. Dicho gobernante fue elegido en 1990 para un mandato de cinco años, sin reelección inmediata, según la Constitución de 1979. Para promover su reelección, Fujimori dio un autogolpe de estado, en abril de 1992, con el apoyo de la cúpula militar, convocándose luego a un congreso constituyente que aprobó la Carta Política de 1993, cuyo artículo 112º (abandonando la tradición política peruana) disponía: *"El mandato presidencial es de cinco años. El Presidente puede ser reelegido de inmediato para un período adicional. Transcurrido otro período constitucional, como mínimo, el ex presidente puede volver a postular, sujeto a las mismas condiciones."*

Al amparo de dicha norma constitucional, Fujimori culminó su mandato hasta 1995 y luego pudo postular para ser reelecto, por amplio margen de votos, para un segundo período consecutivo, de 1995 al 2000. Sin embargo, al igual que poco después sucedería en otros países sudamericanos en situación similar, el oficialismo sostuvo que el nuevo mandato presidencial en curso no era una reelección inmediata sino un "primer mandato", admitiendo entonces la posibilidad de que Fujimori pueda volver a postular para un tercer mandato consecutivo (la cuestionada re-reelección), como si se tratara de la primera reelección inmediata. Para este efecto, el Congreso, dominado por la mayoría oficialista, aprobó la denominada "ley de interpretación auténtica", que permitió la indebida reelección de Fujimori en el 2000, para un nuevo período hasta el 2005, en un proceso acusado de fraudulento.

No obstante, al hacerse de conocimiento público groseros casos de corrupción del régimen, Fujimori se vio obligado a anunciar que recortaría su mandato a solo un año y convocaría a nuevas elecciones, en las que no participaría. Poco después, en noviembre del 2000, aprovechando un viaje al exterior, fugó del país y renunció a la presidencia. Tras la caída del régimen fujimorista, el Congreso aprobó la reforma constitucional del artículo 112º, mediante la ley N° 27365, disponiendo: *"El mandato presidencial es de cinco años, no hay reelección inmediata. Transcurrido otro periodo constitucional, como mínimo, el ex presidente puede volver a postular, sujeto a las mismas condiciones."**

En el caso de Argentina, durante el gobierno de Carlos Saúl Menem (1989 - 1995), se aprobó la reforma constitucional de 1994, que introdujo la posibilidad de la reelección presidencial inmediata por una sola vez (Art. 90º) y redujo el mandato presidencial de seis a cuatro años. Bajo este nuevo marco, Menem fue reelecto para el período 1995 - 1999. Posteriormente, tras el gobierno del Presidente Néstor Kirchner, su esposa, Cristina Fernández de Kirchner fue electa Presidenta para el período 2007 - 2011, siendo luego reelecta para un nuevo mandato, del 2011 al 2015.

En el caso del Brasil, la Constitución de 1988 estableció un mandato presidencial de 5 años, sin reelección inmediata; sin embargo, una reforma constitucional de 1998 redujo el mandato presidencial a cuatro años y admitió la reelección inmediata por una vez. Fue así que el Presidente Fernando Henrique Cardoso, que gobernaba el país de 1995 a 1998, pudo ser reelecto para un nuevo mandato, de 1999 al 2002. Posteriormente, Luiz Inácio Lula da Silva fue elegido Presidente para el período 2003 - 2006, obteniendo luego la reelección para el período 2007 - 2010.

En Venezuela, Hugo Chávez Frías fue electo Presidente en 1999, con amplio apoyo popular y en clara expresión de rechazo ante el desprestigio del sistema político y sus partidos tradicionales. Con este sustento político, el Presidente Chávez convocó a una asamblea constituyente, que aprobó la Constitución de 1999, cuyo artículo 230º establecía un mandato presidencial de seis años, con reelección inmediata por una vez. Tras jurar la nueva Constitución, Chávez fue electo para el período 2001 - 2007, que se consideró posteriormente como un primer mandato, siendo nuevamente reelecto para el período 2007 - 2013.

Cabe mencionar que en el 2007, Chávez sometió a referéndum popular una reforma amplia de la Constitución venezolana, una de cuyas normas buscaba introducir la posibilidad de reelección presidencial inmediata indefinida, con la

evidente intención de propiciar su permanencia prolongada en el poder. Si bien la reforma constitucional fue desaprobada en el referéndum, en el año 2009 se convocó a un nuevo referéndum específicamente para habilitar la reelección presidencial inmediata por una vez, lo que si resultó aprobado. Gracias a ello, el Presidente Chávez volvió a postular y fue reelegido en el 2013 para un nuevo período, pero por su delicado estado de salud falleció poco después sin poder asumir el cargo.

En Colombia, el Presidente Álvaro Uribe fue elegido para gobernar del 2002 al 2006. Pero una reforma constitucional del artículo 197º, aprobada mediante el acto legislativo 2310, del 2004, habilitó el ejercicio de la presidencia hasta por dos períodos consecutivos, precisando que quien ejercía el cargo antes de la vigencia de esta reforma, sólo podría ser elegido para un único nuevo período presidencial. Con este sustento, Uribe pudo postular y ser reelecto para gobernar del 2006 al 2010. Y si bien luego pretendió, como había ocurrido en otros países, que se interpretara su nuevo mandato en curso como el "primero", para buscar una nueva reelección a la culminación del mismo, esta posibilidad fue descartada por la Corte Constitucional.

En Bolivia, el Presidente Evo Morales fue elegido para el período 2006 - 2010, La nueva Constitución, aprobada mediante referéndum popular en el 2009, dispone en su artículo 87º que el mandato presidencial es de cinco años y que cabe la reelección inmediata por una sola vez. Con esta base, el Presidente Morales fue reelecto para el período 2010 - 2015.

Finalmente, en el Ecuador el Presidente Rafael Correa Delgado fue electo en el 2007, convocando poco después a una asamblea constituyente, en la que obtuvo amplia mayoría. La nueva Constitución del 2008, en su artículo 144º, establece un mandato presidencial de cuatro años, con la posibilidad de la reelección inmediata por una sola vez. A su amparo, fue electo para un nuevo mandato del 2009 al 2013, siendo reelecto para el período 2013 - 2017. También aquí el mandato ejercido antes de la reforma constitucional no fue computado para efectos de las siguientes dos reelecciones consecutivas.

En definitiva, la mayoría de los países de Sudamérica (7 de 10) establecieron durante las últimas décadas, mediante reforma constitucional o una nueva Constitución, la posibilidad de reelección presidencial inmediata por una sola vez; cronológicamente, fueron los casos de Perú, Argentina, Brasil, Venezuela, Colombia, Bolivia y Ecuador. Posteriormente, en el Perú, mediante una reforma constitucional luego de la caída del gobierno de Fujimori, se eliminó esta norma,

retornando al sistema tradicional de exigir para una nueva elección del Presidente el que haya transcurrido al menos un período presidencial.

Actualmente, además del Perú, la reelección presidencial inmediata está prohibida por la Constitución de Chile, que establece un mandato de cuatro años (antes era de seis) según la reforma del 2005; y en el Uruguay, con un mandato de cinco años. En estos casos, el ex Presidente sólo podrá postular a una nueva elección luego de transcurrido, al menos, un período presidencial. Esta restricción es más estricta en el Paraguay, donde la Constitución (en el Art. 229º) establece un mandato presidencial de cinco años y prohíbe no sólo la reelección inmediata sino cualquier nueva elección de un ex Presidente. En Latinoamérica, este último criterio sólo es compartido también en México (donde la Constitución de 1917 estableció la elección del Presidente por una sola vez, con la prohibición absoluta de cualquier nueva elección), en Guatemala y Honduras.

Cabe destacar que la aprobación de una norma constitucional que habilite la posibilidad de reelección presidencial inmediata por una sola vez, sea mediante reforma constitucional o una nueva Constitución, fue siempre promovida por un Presidente en ejercicio, que se benefició con la misma y quedó habilitado para postular y obtener la reelección inmediata. Para ello sin duda resultó decisivo el apoyo popular de que disfrutaba el gobernante y la mayoría que ostentaba en el parlamento o en la asamblea constituyente convocada. Estos fueron los casos de los presidentes Fujimori en Perú, Menem en Argentina, Cardoso en Brasil, Chávez en Venezuela, Uribe en Colombia, Morales en Bolivia y Correa en el Ecuador. Basados en este nuevo marco constitucional, también obtuvieron la reelección inmediata los presidentes Lula da Silva, de Brasil, y Cristina Fernández, de Argentina. Un dato político importante, es que todos los presidentes Sudamericanos que postularon a la reelección inmediata triunfaron en las elecciones y la consiguieron.

Si bien la posibilidad de habilitar la reelección presidencial inmediata indefinida no está contemplada en ninguna Constitución de los países de Sudamérica, hubo un intento del Presidente Chávez de implantarla en Venezuela, en el 2007, pero el referéndum popular rechazó la propuesta global de reforma constitucional, que incluía dicha norma. Lo que existe, entonces, en una mayoría de países sudamericanos, actualmente seis de diez, es la posibilidad de reelección presidencial inmediata por una sola vez. Puede decirse que con ello se ha terminado por acoger, a diferencia del pasado, la fórmula adoptada desde hace muchos años atrás en los Estados Unidos de Norteamérica.

Pero a pesar que la normativa constitucional adoptada en estos países autoriza sólo hasta dos períodos presidenciales consecutivos, muchos de los gobernantes lograron imponer como interpretación que el mandato ejercido durante la reforma constitucional que promovieron, que los habilitaba precisamente para postular a la reelección presidencial inmediata, no sea considerado como tal, computándose como "primer mandato" el iniciado luego de la nueva elección producida tras la reforma. Por esta vía, presidentes como Fujimori, Chávez y Correa han podido obtener más de dos reelecciones consecutivas. En cambio, los presidentes Menem y Uribe intentaron hacer lo mismo, pero no fueron habilitados para realizar la nueva postulación en busca de una tercera reelección.

El hecho de que en la mayoría de constituciones sudamericanas se exija como requisito para postular a la Presidencia de la República, además de ser nacional del país por nacimiento, el haber cumplido los 30 ó 35 años, sea al momento de la elección o postulación, edad relativamente baja en función del promedio actual de vida, permite que los presidentes se puedan mantener en actividad política por un período de tiempo significativo. Si a ello se suma la tendencia al caudillismo y la tradición presidencialista, la incorporación de la reelección presidencial inmediata, por una vez, o de una elección futura del ex presidente, transcurrido al menos un período presidencial, encuentra un sustento político y social propicio. Esta situación reciente contrasta con la tendencia pasada, que buscó impedir, a nivel constitucional, la reelección presidencial inmediata por la experiencia de regímenes dictatoriales o autoritarios prolongados, que impidieron el desarrollo de la democracia en el continente.

La elección del presidente de la república mediante el sistema de segunda vuelta.

La exigencia de que para lograr la presidencia de la república no baste con obtener la más alta votación en la elección, sino que se requiera alcanzar una mayoría absoluta, como la mitad más uno del total de los votos, tiene como antecedente constitucional más conocido el caso de Francia. Allí, si ninguno de los candidatos obtiene más de la mitad de los votos, se produce necesariamente una segunda votación donde dirimen los dos candidatos más votados en la primera vuelta. Este sistema de elección mediante "segunda vuelta", denominado "battage", se contempló en la Quinta República Francesa, aunque tiene antecedentes previos en dicho país.

Su utilización en la Quinta República respondía a una clara intención política

conservadora: dificultar el triunfo electoral de la izquierda, que aunque ganara la primera vuelta, no alcanzaría la mitad más uno de los votos, realizándose una segunda vuelta entre las dos fuerzas políticas más votadas, lo que permitiría una "alianza" anti izquierda de los distintos grupos de derecha, que conseguirían finalmente el triunfo. Este sistema produjo el resultado deseado en varias ocasiones, salvo cuando pudo lograr el triunfo la izquierda encabezada por Francois Mitterrand (electo en 1981 y reelecto hasta 1995) y, más recientemente, Francois Hollande, ganador de las elecciones presidenciales en Francia en el 2012.

En Sudamérica, durante las últimas décadas diversas constituciones han incorporado también, con algunas variantes, el sistema de segunda vuelta para la elección del Presidente de la República. En favor de la segunda vuelta se suele argumentar que es una forma de fortalecer la legitimidad del régimen político y del Presidente de la República, exigiendo para obtener la presidencia lograr más de la mitad del total de los votos, sea en primera vuelta o en la segunda, ostentando así una mayoría absoluta de respaldo del conjunto de los sufragios. Con ello se quiere evitar la llegada al gobierno de fuerzas políticas que, aunque puedan haber ganado la elección, cuenten con una mayoría simple de votos que resulta escasa o poco representativa dentro del conjunto, constituyéndose así en una "primera minoría" política. Se sostiene, entonces, que un Presidente que no haya alcanzado una mayoría absoluta de votos, carece de suficiente legitimidad para gobernar, propiciando la debilidad del régimen político o su eventual inestabilidad.

Quienes cuestionan la conveniencia de adoptar el sistema de segunda vuelta para la elección presidencial, sostienen que la democracia es el gobierno de una mayoría, que para ser representativa no tiene por qué ser una mayoría absoluta entre el conjunto de los participantes. Para ello existe el principio de alternancia en el poder, que permite gobernar a quien obtuvo simplemente la mayoría de votos en la elección. La mayoría absoluta de los votos, que se logra en la primera votación o en la segunda vuelta, al competir sólo dos candidatos, refleja una mera "mayoría matemática", que no se traduce necesariamente en una mayoría política real ni consistente. Y es que la experiencia indica que el voto "sincero" del elector es el que expresa en la primera votación, viéndose obligado en la segunda vuelta a escoger entre dos candidatos que pueden no ser los suyos, optando por dar su apoyo electoral a alguien a quien no respalda verdaderamente. La segunda vuelta contribuye a polarizar al electorado entre dos opciones, y suele propiciar pactos políticos "anti naturales" o meramente coyunturales entre las fuerzas políticas, con el objetivo de impedir el triunfo de un rival, o de permitir, a quienes no alcanzaron a pasar a la segunda vuelta, votar escogiendo a quien consideran el "mal menor".

En Sudamérica, actualmente cinco países exigen obligatoriamente lograr una mayoría absoluta de más de la mitad de los votos para alcanzar la Presidencia de la República; de no obtenerse esta votación, se requerirá realizar una segunda vuelta entre los dos candidatos que recibieron las mayores votaciones en la primera vuelta. Estos son los casos del Perú, Brasil, Colombia, Chile y Uruguay.

En el Perú, la Constitución de 1979 incorporó la exigencia de obtener más de la mitad de los votos válidamente emitidos para acceder a la Presidencia de la República; si ningún candidato lo lograba en la primera votación, se recurre a una segunda vuelta entre los dos candidatos que consiguieron las mayores votaciones. No obstante, la propia Constitución dispuso que este sistema de elección no sería de aplicación en los comicios previstos para el año 1980, sino que se implementaría recién en las elecciones presidenciales de 1985. La vigente Constitución Peruana de 1993 recoge esta misma exigencia, en el artículo 111º; esta norma señala expresamente que para determinar esta mayoría no se computarán los votos nulos o en blanco. La segunda vuelta se realizará a los 30 días de difundido los resultados oficiales de la primera vuelta.

En Brasil, la Constitución de 1988 dispone que para ser electo Presidente se requiere obtener la mayoría absoluta de los votos; de no alcanzarse ésta, se procederá a una segunda elección, entre los dos candidatos más votados, ganando quién obtenga la mayoría simple. En Colombia, el artículo 190º de la Constitución establece que el Presidente de la República será elegido por la mitad más uno de los votos; si ningún candidato obtiene dicha mayoría, se celebrará una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde, en la que sólo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las más altas votaciones. Será declarado Presidente quien obtenga el mayor número de votos.

En Chile, el artículo 26º de la Constitución señala que el Presidente será elegido en votación directa y por mayoría absoluta de los sufragios válidamente emitidos. Similar criterio contiene la Constitución del Uruguay, cuyo artículo 151º establece que el Presidente y el Vicepresidente de la República serán elegidos conjunta y directamente por el Cuerpo Electoral, por mayoría absoluta de votantes. Si ninguna de las candidaturas obtuviese la mayoría exigida, se celebrará una segunda elección entre las dos candidaturas más votadas.

Otros tres países sudamericanos, Argentina, Bolivia y Ecuador, contemplan también la exigencia de obtener más de la mitad de los votos para acceder a la Presidencia de la República, con la previsión de una segunda vuelta si ningún candidato lo logra en la primera votación. Sin embargo, esta exigencia se ve fle-

xibilizada, resultando innecesaria en ciertos supuestos, donde bastará el triunfo en la elección, a pesar de no alcanzar el ganador la mayoría absoluta, siempre que obtenga una votación significativa y una diferencia ostensible sobre sus rivales.

Así, en Argentina no será necesaria la segunda vuelta, según prevé el artículo 97º de la Constitución, cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta hubiere obtenido más del cuarenta y cinco por ciento de los votos afirmativos válidamente emitidos. Otro supuesto en que también puede evitarse la realización de una segunda vuelta, contemplado en el artículo 98º de la Carta Política, es cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta hubiere obtenido por lo menos el cuarenta por ciento de los votos afirmativos válidamente emitidos y, además, existiere una diferencia mayor de diez puntos porcentuales respecto del total de los votos afirmativos válidamente emitidos sobre la fórmula que le sigue en número de votos.

En Bolivia, el artículo 166º de la Constitución dispone que será proclamada a la Presidencia y a la Vicepresidencia la candidatura que haya reunido el cincuenta por ciento más uno de los votos válidos. Sin embargo, precisa que no se requerirá realizar la segunda vuelta cuando el ganador haya obtenido un mínimo del cuarenta por ciento de los votos válidos, con una diferencia de al menos diez por ciento en relación con la segunda candidatura.

Similar criterio sigue la Constitución del Ecuador, cuyo artículo 165º dispone: *"El Presidente y el Vicepresidente de la República (...) serán elegidos por mayoría absoluta de votos, en forma universal, igual, directa y secreta. Si en la primera votación ningún binomio hubiere logrado mayoría absoluta, se realizará una segunda vuelta electoral dentro de los siguientes cuarenta y cinco días, y en ella participarán los candidatos que hayan obtenido el primero y segundo lugares, en las elecciones de la primera vuelta. No será necesaria la segunda votación, si el binomio que obtuvo el primer lugar, alcanzare más del cuarenta por ciento de los votos válidos y una diferencia mayor de diez puntos porcentuales sobre la votación lograda por el ubicado en segundo lugar. Los diez puntos porcentuales serán calculados sobre la totalidad de los votos válidos."*

Frente a estos ocho países sudamericanos que, con algunos matices y excepciones, contemplan la existencia de una segunda vuelta para la elección del Presidente, sólo en dos Estados se establece el acceso a la Presidencia con el triunfo de una mayoría simple de votos: Son los casos del Paraguay (Art. 230º de la Constitución) y de Venezuela (Art. 228º de la Constitución).

En este panorama, es cierto que la exigencia de una mayoría absoluta de votos para alcanzar el cargo de Presidente de la República, hace mucho más difícil la posibilidad de triunfo de un candidato en la primera votación, y torna casi inevitable la segunda vuelta. Las excepciones a la segunda vuelta previstas en países como Argentina, Bolivia o Ecuador, cuando un candidato obtiene en la primera vuelta una mayoría simple significativa, superior al cuarenta por ciento, y una distancia superior a diez puntos sobre el segundo más votado, parece una alternativa menos onerosa desde el punto de vista político.

Considero que la obligatoriedad de la segunda vuelta puede llevar a serias distorsiones políticas, como la derrota de quien obtuvo una mayoría muy significativa de votos en la primera vuelta y una clara diferencia sobre el segundo contendor. Así sucedió en el Perú, en las elecciones del 2006, cuando Ollanta Humala fue derrotado por Alan García en la segunda vuelta, gracias a la conformación de un "acuerdo" electoral anti progresista. Algo similar casi estuvo a punto de volver a ocurrirle al propio Humala en las elecciones del 2011, pero esta vez ello no sucedió y repitió, aunque en forma muy ajustada, el triunfo obtenido en la primera vuelta.

La exigencia de una mayoría absoluta de votos para ganar las elecciones presidenciales, suele convertir a la primera votación en una suerte de mero proceso de "descarte", donde el objetivo fundamental de los candidatos es quedar entre los dos primeros para pasar a la segunda vuelta, donde todo se decidirá. Esta situación ha favorecido que en Chile, por ejemplo, desde el inicio del proceso electoral se conformen bloques o frentes entre las fuerzas políticas para la conformación de la fórmula presidencial, a fin de tener mayor seguridad de llegar a la segunda vuelta. Algo totalmente distinto ha sucedido en el Perú, tanto por el multipartidismo existente como por la gran debilidad orgánica de la mayoría de partidos.

Reflexiones finales.

Consideramos que la habilitación de la reelección presidencial inmediata por una sola vez, no tiene por qué estimarse como necesariamente positiva o negativa. Más que una valoración en abstracto de la misma, corresponde evaluar la conveniencia o inconveniencia de su incorporación constitucional en atención a la realidad política y a la experiencia electoral de cada país.

La reelección presidencial inmediata se convierte en un incentivo y un "premio" político para el gobernante, cuya gestión ha logrado el respaldo popular, a

la par de permitir la continuidad de un programa gubernamental cuya ejecución puede requerir un lapso mayor que la duración del mandato presidencial. Su funcionamiento no ha tenido objeción en los Estados Unidos y tampoco ha merecido mayores observaciones en diversos países sudamericanos, donde pudo verificarse la legitimidad de los procesos electorales y que el Presidente reelecto gozaba del respaldo de una mayoría de votos. Es ello lo que debe exigirse y evaluarse para determinar si la reelección presidencial inmediata resulta adecuada o no en un país, y no el grado de simpatía o rechazo que el analista o el opinante pueda tener respecto a un determinado candidato o a la orientación política de su gobierno. Claro está, siempre que tal reelección y gobierno se desenvuelvan dentro de la vigencia del sistema democrático.

Consideramos que la reelección presidencial inmediata, por una sola vez, no se constituye en una amenaza para el sistema democrático cuando el sistema político imperante en el país garantiza la existencia del pluralismo y de reglas de juego democráticas, de procesos electorales limpios e igualitarios, con órganos electorales independientes y confiables. Por el contrario, la inexistencia de estas condiciones políticas democráticas básicas, convierte a la reelección presidencial inmediata en muy perjudicial e inconveniente, como quedó evidenciado en el Perú, durante la reelección del régimen autoritario de Fujimori, para citar un ejemplo concreto.

Lo que si parece recomendable es que la reelección presidencial inmediata, allí donde se admite, deba restringirse a una sola vez, descartando la posibilidad de su carácter indefinido; este es el criterio acogido en todos los países de Sudamérica que la han incorporado en sus constituciones. Ello nos parece positivo por evitar la tentación personalista de "perpetuación" en el poder, riesgo latente en el Presidencialismo Latinoamericano. Cabe señalar que esta reelección presidencial inmediata, por una sola vez, resulta mucho más explicable en mandatos presidenciales de corta duración, de cuatro o hasta cinco años, lo que contrasta con el caso de Venezuela, donde el mandato presidencial es más extenso.

Como ya hemos anotado, todos los presidentes sudamericanos que intentaron la reelección inmediata, luego de conseguir previamente la aprobación de reformas de la Constitución para habilitarla, tuvieron éxito y la consiguieron. Han sido los casos de Fujimori en Perú, Menem en Argentina, Cardoso en Brasil, Chávez en Venezuela, Uribe en Colombia, Morales en Bolivia y Correa en Ecuador. Luego, bajo el marco constitucional ya existente, también la lograron Lula en Brasil y Cristina Fernández en la Argentina. Para justificar la adopción de esta reelección presidencial inmediata, por una sola vez, en general se argumentó la necesidad de

continuidad en el poder del Presidente, por un nuevo mandato consecutivo, para que prosiga la ejecución del programa de gobierno o las reformas propugnadas. En todos los casos, resultó decisivo el respaldo popular con que entonces contaba el gobernante.

Si bien esas reelecciones presidenciales no tuvieron objeción sustantiva sobre la legitimidad del resultado electoral, indudablemente contribuyeron a fortalecer el liderazgo caudillista del Presidente reelecto y la tendencia a la personalización del poder. Esta identificación entre la continuidad del proyecto gubernamental y la necesaria permanencia de un mismo Presidente, explica el uso frecuente, en varios de los países sudamericanos, de interpretaciones de la norma constitucional que permitieron "sacarle la vuelta" a la previsión de reelección presidencial inmediata solo por una vez, consiguiendo en los hechos lograr más de dos mandatos consecutivos. Estos fueron los casos de los presidentes Fujimori, Chávez y Correa, así como del frustrado intento de Uribe.

A la luz de la experiencia de los procesos electorales de reelección presidencial inmediata, un aspecto que si requiere ser observado y regulado con detalle, a fin de garantizar reglas mínimas de igualdad electoral, es el control a la actuación del Presidente en ejercicio candidato a la reelección inmediata. Ello demanda, por ejemplo, impedir el uso o aprovechamiento por éste de recursos públicos o del aparato gubernamental, en favor de su campaña. Hay quienes sugieren que durante la campaña debería prohibirse la participación del Presidente-candidato en la inauguración de obras públicas o en actos de gobierno que puedan utilizarse con fines políticos. Si bien esta observación parece razonable, para evitar la parálisis del gobierno en curso podría evaluarse, por ejemplo, la conveniencia de contemplar una norma que disponga que al producirse la inscripción de la candidatura del Presidente que postula a la reelección inmediata, necesariamente éste deba dejar el cargo en manos del Vicepresidente y quedar apartado de cualquier función de gobierno.

Mención especial creemos que merece el caso de Chile, por orientarse en una dirección claramente diferente a esta reelección inmediata del Presidente. Y es que en este país, debido a que existe la prohibición constitucional de la reelección presidencial inmediata, la continuidad en el poder de un mismo grupo político o de un programa gubernamental, ha podido darse mediante mandatos consecutivos de distintos presidentes (Aylwin, Frei, Lagos y Bachelet), todos ellos pertenecientes a la misma coalición política, la alianza denominada de la Concertación. Por esta vía se ha fortalecido la institucionalidad política y el sistema de partidos, antes que la personalización del poder presidencial. Algo similar, aunque por un lapso

aún menor, se viene dando en el Uruguay. En cambio en el Perú, bajo una similar regulación constitucional que prohíbe la reelección presidencial inmediata, las tres últimas elecciones, luego de la caída del régimen autoritario de Fujimori, fueron ganadas por agrupaciones políticas diferentes a la del Presidente saliente.

En cuanto a la exigencia de obtener la mitad más uno de los votos para alcanzar la presidencia de la república y el obligatorio recurso a la segunda vuelta, cuando ello no ocurre en la primera elección, situación prevista en las constituciones de Perú, Brasil, Colombia, Chile y Uruguay, la existencia de esta institución no nos parece que ofrezca un aporte significativo o indispensable para la consolidación democrática. Y es que requerir una mayoría tan elevada para ganar la presidencia en la primera votación, no sólo torna casi inevitable la segunda vuelta sino que no se compadece con la realidad política imperante en nuestros países, donde prima el multipartidismo o al menos no existe únicamente dos partidos nacionales importantes.

En todo caso, encontramos más razonable y práctica la fórmula prevista por las constituciones de Argentina, Bolivia y Ecuador, que, a pesar de exigir también obtener una mayoría absoluta de más de la mitad de los votos, permite evitar la realización de la segunda vuelta cuando el ganador de la primera elección obtuvo una mayoría significativa, sea del cuarenta o el cuarenta y cinco por ciento de los votos, y más de diez puntos de ventaja sobre el segundo candidato más votado.

En cambio, la estipulación de que para ganar la presidencia baste obtener una mayoría simple, sin establecer una cifra mínima de votos, como sucede en los casos de Venezuela y Paraguay, puede recibir algunas dudas u objeciones. Y es que si bien cumple con el requisito democrático de que gobierne quien obtenga la mayoría de votos, puede tender a propiciar la proliferación de agrupaciones políticas, o favorecer que se obtenga la presidencia con una mayoría demasiado exigua y poco representativa, que puede ocasionar la debilidad política del nuevo gobierno o, eventualmente, la ingobernabilidad debido a la composición del parlamento.

Otro aspecto que revela la inconsistencia de la segunda vuelta para la elección presidencial, y que relativiza notablemente su utilidad, es que ésta sólo se aplica para la elección del Presidente de la República, pero no para el Congreso. De este modo, puede ocurrir, y a menudo ha sucedido, que la supuesta legitimidad política que brindaría al Presidente haber obtenido más de la mitad del total de los votos válidos, sea en primera o en segunda vuelta, no necesariamente ha ido aparejada de que disponga de una mayoría absoluta de parlamentarios en el Congreso, ya que la conformación política definitiva de este órgano queda esta-

blecida con la primera votación. Y si bien se nos podrá decir que esta mayoría parlamentaria podrá conseguirse ulteriormente mediante alianzas y acuerdos, no menos cierto es que ello también puede lograrse en el caso de un Presidente que haya ganado sin obtener la mayoría absoluta de votos. Incluso ello le será más necesario en este último supuesto. Con lo cual, la segunda vuelta para la elección presidencial tiene un efecto más simbólico que políticamente efectivo o útil para la legitimidad del gobernante elegido.

Finalmente, al margen de estas reflexiones sobre las implicancias de la reelección presidencial inmediata y la exigencia de una segunda vuelta para la elección del Presidente, lo cierto es que en muchos de los países sudamericanos existe una gran debilidad orgánica e institucional de los partidos políticos. Estos suelen ser, más bien, agrupaciones constituidas en torno a la figura de un líder o caudillo, situación que se acentúa cuando éste es el Presidente de la República. Ello no sólo limita o debilita las posibilidades de fortalecimiento de la institucionalidad democrática, sino que explica la tendencia manifiesta a incorporar la reelección presidencial inmediata, al menos por una vez consecutiva, lo que termina contribuyendo al fortalecimiento del Presidencialismo imperante en Latinoamérica.

Resumen

El trabajo analiza como el fortalecimiento de la democracia electoral en los países de Sudamérica ha supuesto también el reforzamiento del presidencialismo, evidenciado en la incorporación constitucional de la posibilidad de reelección presidencial inmediata en la mayoría de países de la región.

Abstract

The paper analyzes how the strengthening of the electoral democracy in the countries of South America has also supposed the reinforcing of the presidentialism, demonstrated in the constitutional incorporation of the possibility of immediate presidential re-election in most of countries of the region

Palabras clave

Presidencialismo - reelección presidencial inmediata - segunda vuelta electoral - democracia.

Keys words

Presidentialism - inmediate presidential re-election - second round voted - democracy.

AUSTERIDAD VERSUS REPRESENTATIVIDAD EN LA LEY ELECTORAL DE CASTILLA-LA MANCHA

Francisco Ruiz

Universidad de Castilla-La Mancha

francisco.ruizg@uclm.es

SUMARIO

1. *Introducción.*
2. *Las Leyes Electorales en CLM*
3. *Impacto de la reducción de diputados*
4. *Objetivos deseables en la reforma electoral.*
5. *Propuesta para compaginar representación territorial y proporcionalidad.*
 - 5.1 *Simulación para las Elecciones de 2011.*
 - 5.2 *Alternativas.*
 - 5.3 *Sobre la provincia como circunscripción.*
6. *Conclusiones.*

Anexo: simulación de los resultados históricos.

Referencias.

1. Introducción.

Desde un punto de vista funcional, no jurídico, existen dos grandes clases de sistemas políticos parlamentarios, según el papel que se quiere que desempeñe el parlamento (Maravall, 2013): a) Gubernamentalista: el parlamento sirve para elegir y cambiar el gobierno; o b) Representativa: el parlamento es la representación de la sociedad.

En los primeros el ciudadano vota en una elección de tipo dual: quiero que sigan los que gobiernan o quiero quitarlos. Estos sistemas suelen emplear métodos electorales mayoritarios buscando, antes que nada, gobiernos estables con mayoría absoluta. En los segundos el ciudadano designa al grupo con el que se siente mejor representado. En este caso el objetivo central es que el parlamento sea un reflejo de la voluntad de la ciudadanía y para ello se suelen emplear métodos electorales proporcionales que garantizan la representación de las distintas posturas según su peso social, de forma que el gobierno se constituye mediante acuerdos entre posturas que son compartidas, en principio, por la mayoría de la población.

La Constitución Española (CE) opta por la segunda opción al establecer un régimen de democracia basada en principios de representación proporcional, tanto para el Congreso de los Diputados (artículo 68)¹, como para los parlamentos autonómicos (artículo 152). Por tanto, en España, los parlamentos deben representar de forma adecuada la voluntad ciudadana manifestada en las urnas, tanto como garantía de que las leyes que emanen de ellos sean reflejo de la voluntad popular, como para que el gobierno elegido por el parlamento sea representativo de dicha ciudadanía².

Para concretar lo anterior, la ley electoral de una comunidad autónoma establece los detalles jurídicos, políticos y matemáticos, que perfilan el tipo de democracia representativa por el que se opta, es decir, cómo y en qué medida son representados los ciudadanos en el parlamento. Este artículo se centra en el caso de la ley electoral de Castilla-La Mancha (CLM), que ha sido y está siendo motivo de debate jurídico, político y social, incluso a nivel estatal. Para ello, el resto del artículo se organiza de la siguiente manera: en la sección 2 se presentan las características de la actual ley electoral de CLM, así como una comparativa con los restantes sistemas electorales autonómicos. La sección 3 presenta una evalua-

1 La excepción es el Senado para el que se establece un sistema mayoritario.

2 Si no fuera así cabría plantearse para qué se necesita el parlamento. Bastaría con que los ciudadanos designaran directamente al gobierno.

ción cuantitativa de las implicaciones que podría tener la reducción de diputados derivada de la reforma estatutaria que está siendo debatida en el Congreso de los Diputados. En la sección 4 se presentan los objetivos que, a juicio del autor, debería tener el futuro sistema electoral para CLM para a adecuarse mejor a los principios constitucionales ya mencionados. A continuación, en la sección 5, se presenta el método electoral de Suecia como caso de éxito de la aplicación de dichos objetivos y se presenta la adaptación, propuesta por el autor, al sistema electoral para CLM, que permite conjugar la reducción de diputados con el principio de proporcionalidad. La propuesta se completa con un análisis de sus consecuencias y algunas posibles alternativas. Por último, en la sección 6 se extraen unas conclusiones y en un anexo final se presentan los resultados de una simulación ‘qué hubiera pasado si’ al aplicar la propuesta a todas las elecciones autonómicas anteriores.

2. Las Leyes Electorales en CLM.

El sistema electoral de CLM en el periodo democrático actual ha mantenido una serie de características comunes³ con los sistemas estatal y de las demás autonomías:

- Usar la provincia como circunscripción⁴.
- Emplear el método d'Hondt, como fórmula matemática para repartir los escaños entre partidos (listas) en función de los votos en cada circunscripción.
- Emplear listas cerradas y bloqueadas (el elector puede elegir la lista-partido pero no puede elegir personas).

Lo que ha cambiado a lo largo del tiempo ha sido, básicamente, la cifra de diputados que se elige en cada provincia. La tabla 1 resume esta evolución y las elecciones en que se aplicó cada cifra. Observando la tabla 1 se aprecia que la cifra de diputados ha seguido una evolución en línea con los cambios poblaciones sufridos por las provincias. A pesar de ello, el número de escaños a elegir en cada provincia ha sido en los últimos años motivo de disputa entre los dos partidos grandes, PP y

³ En su origen fueron establecidos en 1977 en la ley electoral provisional para el Congreso constituyente. Y fueron confirmadas en la CE y en las posteriores leyes electorales estatales.

⁴ Salvo en alguna comunidad uniprovincial (Asturias y Murcia) y en los archipiélagos, dada la particularidad isleña.

PSOE. Uno de los motivos de la disputa es que dicha cifra no se deriva de forma automática (matemática) a partir del reparto de la población entre las provincias⁵, sino que es establecida de forma rígida directamente en la ley electoral. Así, la actual ley electoral regional establece en su artículo 16 (Cortes CLM, 2012):

1. Las Cortes de Castilla-La Mancha están formadas por 53 diputados.
2. A cada provincia le corresponden los siguientes diputados en representación territorial: Albacete 10 diputados, Ciudad Real 12 diputados, Cuenca 9 diputados, Guadalajara 9 diputados y Toledo 13 diputados.

Tabla 1. Evolución de las cifras de escaños y población.

	ESCAÑOS				POBLACIÓN	
Albacete	10	10	10	9	401580	339373
Ciudad Real	12	11	11	10	526628	475129
Cuenca	9	8	8	8	215165	215975
Guadalajara	9	8	7	7	257442	143473
Toledo	13	12	11	10	705516	474634
TOTAL CLM	53	49	47	44	2106331	1648584
Elecciones	>2012	2011	1987-2007 (x7)	1983	Censo2011	Censo1981
Gobierno	PP	PSOE	PSOE	PSOE		

Elaboración propia con datos de población de (INE, 2013).

La disputa ha surgido cada vez que el partido gobernante en la región ha querido cambiar las cifras de escaños de las provincias en la ley electoral. La oposición le ha acusado de hacerlo en función de sus intereses partidistas para salir beneficiado en las conocidas como 'provincias impares' (las que eligen una cifra impar de diputados). Este conflicto ha ocurrido con la actual ley de 2012 (gobierno PP) y con la anterior de 2007 (gobierno PSOE). La propuesta presentada aquí tiene, entre otras ventajas, la de eliminar la causa del conflicto al dejar de influir las provincias impares en el resultado global en escaños (ver sección 4).

5 Al estilo de como es establecido en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General en su artículo 162, al indicar que a cada provincia le corresponde un mínimo inicial de dos Diputados, y que los doscientos cuarenta y ocho Diputados restantes se distribuyen entre las provincias en proporción a su población de derecho.

Si comparamos los 53 diputados con las cifras de los demás parlamentos autonómicos (ver tabla 2), se deriva que las Cortes de CLM se encuentran ya, con la actual ley, entre los parlamentos más austeros en cuanto a su tamaño en proporción a la población⁶. Así, autonomías con población similar a CLM tienen 60 escaños (Canarias) o 75 (País Vasco). Otro aspecto clave a destacar es que CLM tiene ya uno de los sistemas menos proporcionales al elegir, en promedio, 10'6 diputados por circunscripción frente a 19'8 en las demás autonomías. En este aspecto debe tenerse en cuenta que existe consenso entre los expertos internacionales en que el tamaño de la circunscripción es el factor más importante para la proporcionalidad y que con ratios inferiores a 9-10 escaños por circunscripción la proporcionalidad se pierde (Carey y Hix, 2011).

Este punto de partida en CLM, diferente al de las otras autonomías, se hace totalmente evidente si representamos gráficamente los ratios de habitantes por escaño frente a la población de la autonomía (figura 1). Con la actual ley (53 diputados) CLM queda por encima en habitantes por escaño de lo que le correspondería en base a su cifra global de población (la línea recta de la figura 1 es un ajuste de los datos de las otras 16 autonomías). Además, como se muestra en la figura 1, el futuro cambio del sistema electoral de CLM a una horquilla de 25-35 diputados supondrá alejar más aún a CLM de la media en las otras dieciséis autonomías.

3. Impacto de la reducción de diputados.

La reducción de diputados desde los actuales 53 hasta una cifra entre 25 y 35 tiene unas consecuencias especiales que no se producen en otras reducciones propuestas en otros parlamentos autonómicos⁷ porque parten de tamaños de circunscripciones considerablemente mayores que las de CLM (ver tabla 2 y figura 1). Por ejemplo, en la Comunidad Valenciana se propone reducir desde los actuales 99 diputados a 79, lo que significa bajar los escaños provinciales de Alicante, Castellón y Valencia, respectivamente, de 35 a 28, 24 a 19, y 40 a 32. Aún con la reducción, el tamaño de las circunscripciones en esta autonomía seguiría siendo mucho más grande que el de CLM con los 53 diputados actuales. Esta diferencia es la que hace que la reducción en CLM, al llevar a tamaños de circunscripción de 5 a 7 diputados, necesite de mecanismos correctores para garantizar el principio de proporcionalidad, cosa que no ocurre en el resto de las reformas planteadas.

6 Austeridad que se ve aumentada a nivel económico si tenemos en cuenta que los diputados regionales sólo cobran dietas y no sueldo por desempeñar este cargo.

7 En estos momentos hay propuestas, al menos, en la Comunidad Valenciana, Extremadura, Galicia y Madrid.

Tabla 2. Comparativa del tamaño de los parlamentos autonómicos.

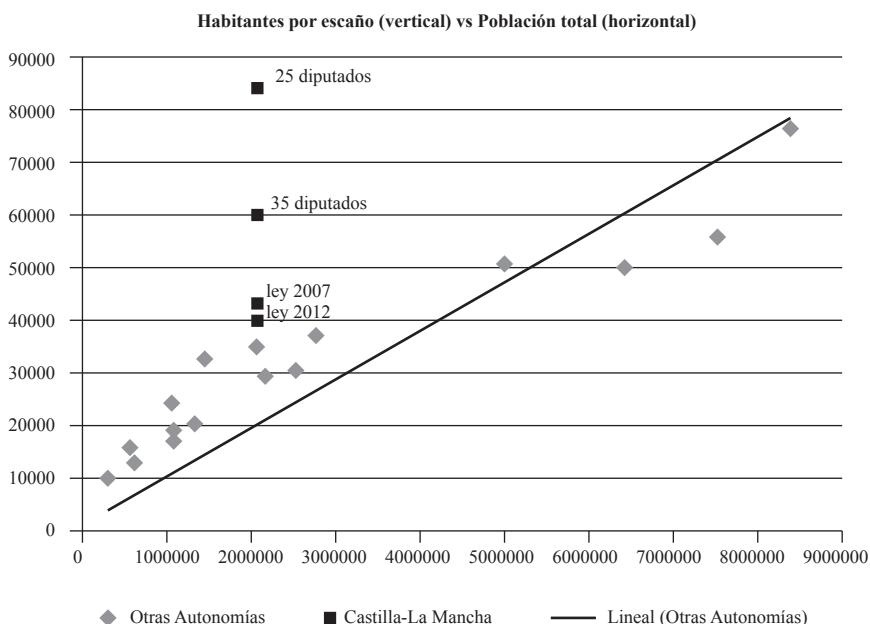
Tamaño de las Circunscripciones Autonómicas (elecciones 2011-2012)						Escaños por	
Comunidad Autónoma	Población 2011	Escaños	Población por escaño	Provincias	Circunscripciones	Provincia	Circunscripción
Andalucía	8371270	109	76801	8	8	13.6	13.6
Aragón	1344509	67	20067	3	3	22.3	22.3
Asturias (Principado de)	1075183	45	23893	1	3	45.0	15.0
Baleares (Illes)	1100503	59	18653	1	4	59.0	14.8
Canarias	2082655	60	34711	2	7	30.0	8.6
Cantabria	592542	39	15193	1	1	39.0	39.0
Castilla y León	2540188	84	30240	9	9	9.3	9.3
Cataluña	7519843	135	55703	4	4	33.8	33.8
Extremadura	1104499	65	16992	2	2	32.5	32.5
Galicia	2772928	75	36972	4	4	18.8	18.8
Madrid (Comunidad de)	6421874	129	49782	1	1	129.0	129.0
Murcia (Región de)	1462128	45	32492	1	5	45.0	9.0
Navarra (Comunidad Foral de)	640129	50	12803	1	1	50.0	50.0
País Vasco	2185393	75	29139	3	3	25.0	25.0
Rioja (La)	321173	33	9733	1	1	33.0	33.0
Valenciana (Comunidad)	5009931	99	50605	3	3	33.0	33.0
OTRAS 16 AUTONOMÍAS	44544748	1169	38105	45	59	26.0	19.8

AUSTERIDAD VERSUS REPRESENTATIVIDAD
EN LA LEY ELECTORAL DE CASTILLA-LA MANCHA

Tamaño según distintas opciones, en Castilla-La Mancha						Escaños por	
Ley electoral	Población 2011	Escaños	Población por escaño	Provincias	Circunscripciones	Provincia	Circunscripción
Ley de 2007 (PSOE)	2106331	49	42986	5	5	9.8	9.8
Ley de 2012 (PP)	2106331	53	39742	5	5	10.6	10.6
Estatuto de 2013 (PP)	2106331	25-35	60181-84253	5	5	5-7	5-7

Elaboración propia a partir de (JEC, 2013) e (INE, 2013).

Figura 1. Comparativa visual de la relación escaños/población.



Elaboración propia a partir de los datos de la tabla 2.

La desproporcionalidad entre votos y escaños es provocada, principalmente, por repartir los escaños en circunscripciones de tamaño pequeño. Mostramos a continuación un ejemplo de ello. Imaginemos que tenemos que repartir 25 diputados entre los partidos A, B, C y D cuyos votos son, respectivamente, el 40%, 38%, 12% y 10%. Si hacemos un único reparto regional global - en base a los votos totales regionales - salen 10 escaños para A, otros 10 para B, 3 para C y 2 para D⁸. Pero si hacemos 5 repartos de 5 diputados cada uno (repartos provinciales), resulta que en cada provincia A consigue 3 y B 2⁹, de forma que en el computo total A se llevaría 15 diputados y B 10, quedando sin representación C y D. La tabla 3 muestra estas cifras. Mientras que en el reparto único de 25 diputados sólo hay un 4% de diferencia entre los porcentajes de voto y de escaños, en los repartos provinciales dicha diferencia se multiplica por 11, hasta llegar a ser del 44%. Este ejemplo muestra que un reparto por provincias con pocos diputados cada una puede producir una composición del parlamento que no refleje adecuadamente la voluntad popular, dejando sin efecto en la práctica el principio de proporcionalidad.

Tabla 3. Diferencia entre reparto único regional y repartos en circunscripciones pequeñas.

Partido	% votos	Reparto Escaños		% Escaños		Desproporcionalidad	
		1 x 25	5 x 5	1 x 25	5 x 5	1 x 25	5 x 5
A	40%	10	3 (x 5) = 15	40%	60%	0%	20%
B	38%	10	2 (x 5) = 10	40%	40%	2%	2%
C	12%	3	0 (x 5) = 0	12%	0%	0%	12%
D	10%	2	0 (x 5) = 0	8%	0%	2%	10%
Suma	100%	25	5 (x 5) = 25	100%	100%	4.0%	44.0%

Elaboración propia.

8 Aplicando la fórmula d'Hondt.

9 Suponiendo, por sencillez, que en todas las provincias-circunscripciones se produce un resultado parejo del voto. Esto evita además el posible efecto de otros factores ajenos al que queremos demostrar.

En la literatura especializada se han propuesto diversas maneras de medir las características de los sistemas electorales¹⁰. Uno de los indicadores más conocidos es el índice de desproporcionalidad de Gallagher (1991)¹¹, que permite comparar unos sistemas con otros en cuanto a la proporcionalidad votos-escaños. Aplicado al ejemplo anterior nos confirma que los repartos provinciales, con índice=18, producen un parlamento muy desproporcional, incluso peor que el de algunos sistemas mayoritarios¹², al contrario que el reparto único de los 25 diputados (índice=2). Para el actual Congreso de los Diputados el índice de Gallagher vale 6'9 (Gallagher, 2013), lo que significa un grado de proporcionalidad intermedio porque, aunque hay circunscripciones muy pequeñas, existen otras de tamaño considerable que las compensan (127 diputados son elegidos en provincias con 10 o más escaños).

En el caso del parlamento de CLM con 25-35 diputados, todas las circunscripciones serán de tamaño pequeño, y por ello, salvo que se apliquen mecanismos correctores, el grado de desproporcionalidad del sistema electoral estará más cercano de los sistemas mayoritarios que de los proporcionales.

4. Objetivos deseables en la reforma electoral.

En base a los principios de democracia representativa y parlamentarismo con sistema proporcional establecidos en la CE, teniendo en cuenta las características tradicionales del sistema electoral español y castellano-manchego, y considerando los problemas de distanciamiento entre los partidos políticos y los ciudadanos, el autor considera que cualquier reforma electoral en CLM debería perseguir los siguientes objetivos:

- O1: Que todas las provincias estuvieran representadas de forma adecuada en base a su población.
- O2: Que se cumpliera el principio de proporcionalidad, especialmente en el sentido de garantizar la ordinalidad entre votos y escaños, es decir, que no pueda ocurrir que un partido A con más votos que otro B acabe teniendo menos escaños.

10 La web ‘Sistema electoral’ (http://www.sistemaelectoral.es/?page_id=35) incluye un buen resumen de las principales.

11 Se calcula como la raíz de la suma (dividida entre dos) de las diferencias entre el porcentaje de voto y de escaños de cada partido elevadas al cuadrado. Cuanto más se acerca a cero su valor, más proporcional es el sistema electoral.

12 Por ejemplo, para Francia (elecciones de 2012) vale 17'7 y para Reino Unido (elecciones de 2010) vale 15'1 (Gallagher, 2013).

- O3: Que se evite el riesgo de excesiva fragmentación parlamentaria y, a la vez, se garantice la representación en el parlamento de las fuerzas políticas con apoyo significativo en las urnas.
- O4: Que los ciudadanos puedan elegir a las personas que les representen.

Adicionalmente a estos objetivos básicos, sería muy conveniente añadir otros de tipo pragmático:

- O5: Que la reforma sea estable, eliminando las causas de conflicto, que impiden el consenso en la actualidad. Es decir, que el nuevo sistema electoral deje de ser motivo de disputa.
- O6: Que sea sostenible en el tiempo, de forma que prevea mecanismos de adaptación a los cambios futuros.
- O7: Que la manera de cumplir lo demás objetivos sea lo más simple posible.

Todos estos objetivos son neutrales, es decir, no benefician a ninguna fuerza política en detrimento de las otras. Por tanto, deberían ser asumibles por todas ellas. Evidentemente, lograr el consenso requiere un ejercicio de responsabilidad de las partes dejando de lado sus intereses partidistas.

¿Se pueden compaginar y cumplir a la vez todos los objetivos mencionados? La respuesta es que sí. El problema no es técnico sino de voluntad política. En la literatura especializada existen propuestas que permiten llevar a la práctica cualquier objetivo que se pretenda, incluidos los 7 antes formulados¹³.

¿Incluso con la reducción del tamaño de las Cortes de CLM a la horquilla de 25-35 escaños? Incluso así, pero con ciertas prevenciones ya que, como se ha mostrado en las secciones 2 y 3, la situación en CLM será diferente a la de cualquier otra autonomía debido a los tamaños de circunscripción mucho más pequeños. Con esta nueva situación se reduce mucho el abanico de opciones para cumplir los 7 objetivos a la vez. En especial, para satisfacer de forma simultánea los dos primeros, representación territorial adecuada (O1) y proporcionalidad adecuada entre votos y escaños (O2), es necesario recurrir a mecanismos que hasta ahora no han sido utilizados en España, si bien están sobradamente probados al estar incorporados, desde hace bastantes años, en la legislación electoral de diversos países con alto prestigio y reconocimiento internacional a su sistema político.

13 La única limitación viene dada por el sentido común: que los objetivos no sean contradictorios de forma que resulte imposible cumplir dos de ellos a la vez. Pero este no es el caso en la lista de objetivos planteados.

5. Propuesta para compaginar representación territorial y proporcionalidad.

Reducir el tamaño de las Cortes de CLM a 35 o menos diputados, elegidos en circunscripciones provinciales y sin incorporar algún mecanismo de ajuste, provocará que el sistema electoral de CLM tenga muy baja proporcionalidad. Esta afirmación se deriva de las evidencias cuantitativas mostradas en los apartados anteriores que muestran el fuerte incremento de la desproporcionalidad al aplicar repartos de escaños en circunscripciones pequeñas.

Para evitar el incumplimiento de la proporcionalidad votos-escaños (O2), garantizando a la vez los otros objetivos mencionados, existen varias alternativas en los sistemas electorales empleados a lo largo del planeta. Probablemente el más sencillo sea el empleado en Suecia desde 1967¹⁴, que está basado en un mecanismo de ‘escaños de ajuste’ (Linusson, 2011). Este mecanismo consiste en que los escaños se reparten en dos fases. Primero una parte de ellos se asignan por circunscripciones, y después se asigna otra parte – respetando los escaños conseguidos por cada partido en la fase anterior - para ajustar la proporcionalidad entre votos y escaños totales. En el caso concreto de Suecia se eligen 310 diputados repartidos en 29 circunscripciones en la fase primera y otros 39 en la fase segunda (escaños de ajuste). Este mecanismo se emplea también en Dinamarca¹⁵ y en Noruega¹⁶.

El mecanismo de escaños de ajuste es mucho más simple que el método empleado en Alemania ya que evita varias complejidades que tiene el sistema electoral del país germano: i) las circunscripciones uninominales, que requieren una administración electoral especializada y con expertos que revisen los límites cada ciertos años¹⁷; ii) el doble voto; y iii) el tamaño variable de la cámara, imposible de conocer *a priori*.

Existen otras propuestas de mecanismos basados en escaños de ajuste o escaños compensatorios, pero son más complejas que el método sueco. Entre ellas cabe mencionar la formulada por el ‘Grupo de Investigación en Métodos Electro-

14 Web oficial en inglés: http://www.val.se/in_english/general_information/.

15 Con 40 escaños de ajuste en un parlamento de 175 miembros (<http://www.thedanishparliament.dk/Publications/>).

16 Que tiene 19 escaños de ajuste de un total de 169 (http://www.regjeringen.no/en/dep/krd/information-campaigns/election_portal/valgordningen1/the-norwegian-electoral-system.html?id=456636#3).

17 Origen también de posibles conflictos como la manipulación no razonable de los límites (*gerrymandering*).

rales' (GIME)¹⁸ de la Universidad de Granada para las elecciones al Congreso de los Diputados, que propone tres fases de asignación de escaños porque, además de cumplir nuestros objetivos O1 y O2, busca también el trato equitativo entre los partidos nacionalistas-regionalistas y los de ámbito estatal (GIME, 2009), problemática que no es necesario abordar en CLM.

Pasamos a expresar la propuesta concreta, adaptada a la situación de las Cortes de CLM con un máximo de 35 diputados, para después motivarla en base al cumplimiento de los objetivos expresados en la sección 4. La asignación de escaños vendría definida por las siguientes características:

- i. Las Cortes tienen 35 diputados.
- ii. En una primera fase se reparten 26 diputados en base a los votos provinciales. A cada una de las cinco provincias le corresponden un mínimo de 2 diputados y el resto se reparten entre ellas de manera proporcional a su última población oficial empleando el método de los cocientes mayores (exactamente igual que en el Congreso de los Diputados).
- iii. En cada provincia, los escaños anteriores se reparten entre los partidos:
 - a. Que han obtenido al menos el 5% de los votos válidos provinciales.
 - b. Aplicando la fórmula d'Hondt.
- iv. En una segunda fase, otros 9 escaños [de ajuste] se reparten en base a la suma de votos regionales de cada partido:
 - a. Que han obtenido al menos el 5% de los votos válidos regionales.
 - b. Aplicando la fórmula d'Hondt.
 - c. Garantizando que cada partido mantiene o incrementa los escaños obtenidos en iii.
- v. Los escaños se asignan a candidatos mediante un sistema de listas desbloqueadas: en una provincia que elige n diputados el elector puede marcar, si lo desea, hasta $n-1$ nombres de los n que aparecen en la papeleta (igual que para el Senado).

18 www.ugr.es/~sistemaelectoral/.

A continuación se explica el porqué de cada característica. Se eligen 35 diputados (i), el límite más alto de la horquilla futura, porque, como se verá después, es necesario para poder cumplir los siete objetivos a la vez. Además, debemos recordar que con esa cifra el parlamento regional sería bastante más austero que las otras 16 autonomías, con 60181 habitantes por escaño frente a una media de 38105, y 7 escaños por provincia frente a una media de 26 (ver tabla 2).

Para que el mecanismo de escaños de ajuste funcione adecuadamente es necesario que la cifra de este tipo de escaños sea, al menos, uno más que el número de circunscripciones y supere el 10% del total. Con ‘adecuadamente’ nos referimos a que se respete la ya mencionada regla de ordinalidad, es decir, el orden de los partidos por votos totales debe mantenerse en los escaños. Por tanto deberíamos disponer de, al menos, 6 escaños de ajuste. Teniendo esto en cuenta, en la tabla 4 se han representado todas las alternativas posibles para los escaños asignados por votos provinciales¹⁹. Si miramos las cifras de población vemos que hay tres grandes escalones o saltos, con más de cien mil habitantes de diferencia. Para respetarlos, en la tabla 4 se han seleccionado las filas que cumplen que Albacete tiene 1 escaño más que Cuenca y Guadalajara, Ciudad Real 1 más que Albacete, y Toledo uno más que Ciudad Real. Solo hay dos casos, 21 y 26, que respetan dichos saltos de población. Para una mejor representatividad se elige la cifra de 26 (ii). Establecida esa cifra, los escaños de ajuste definitivos serán 9 (iv), resultado de 35 menos 26. En consecuencia, el objetivo de representación territorial (O1) se materializa gracias al reparto por votos provinciales de 26 escaños, sin dejar de cumplir a la vez el objetivo de proporcionalidad entre votos totales y escaños (O2), gracias a los 9 escaños de ajuste.

19 El problema de repartir los escaños entre las diversas circunscripciones se conoce en inglés con el término ‘*appointment*’.

Tabla 4. Opciones de cifras de diputados por provincias.

	AB	CR	CU	GU	TO	CLM
Población	401580	526628	215165	257442	705516	2106331
Escaños posibles en fase primera	4	4	3	3	5	19
	4	5	3	3	5	20
	4	5	3	3	6	21
	4	5	3	4	6	22
	5	5	3	4	6	23
	5	5	3	4	7	24
	5	6	3	4	7	25
	5	6	4	4	7	26
	5	6	4	4	8	27
	5	7	4	4	8	28
	6	7	4	4	8	29

Elaboración propia.

Por otro lado, para cumplir el objetivo O3 se establece un umbral del 5% de los votos válidos, tanto en los repartos provinciales (iii.a) como en el ajuste regional (iv.a). El objetivo O4 (listas desbloqueadas) se cumpliría gracias a la última característica. Si se desea que los ciudadanos o militantes participen mediante primarias para elegir a los cabezas de lista, entonces dichos cabezas de lista deberían ser los primeros en resultar elegidos, quedando fuera del mecanismo de voto preferencial a candidatos.

Los tres objetivos pragmáticos se logran en paralelo a los cuatro principales ya analizados. Así, la estabilidad (O5) se logra al desaparecer el motivo de la disputa por las llamadas ‘provincias impares’ (provincias con un número impar de diputados). Con esta propuesta las provincias impares ya no son importantes porque si un partido resultase beneficiado en las provincias impares durante los repartos provinciales de los 26 diputados, en el reparto de los 9 diputados de ajuste se compensaría automáticamente. Los escaños de ajuste se llaman así precisamente porque evitan que un partido pueda tener más diputados que otro aunque tenga menos votos, una situación nada deseable en términos democráticos, pero factible con la ley electoral actual y más probable aún con la reducción de diputados sin mecanismos correctores. La sostenibilidad en el tiempo (O6) también se garantiza gracias a que las cifras de diputados por provincias se calculan automáticamente en base a la población (característica ii). Por último, sobre el objetivo de sencillez (O7), por definición relativo, podemos decir que se ha optado por la

propuesta más sencilla entre todas las planteadas en la literatura especializada para cumplir los objetivos marcados.

5.1 Simulación para las Elecciones de 2011.

A continuación se muestra cómo hubiera funcionado el método con los resultados de las elecciones autonómicas de 2011. En primer lugar, el reparto por partidos de los 26 diputados de la fase primera (ver fila correspondiente en tabla 4) sería el mostrado en la tabla 5. En cada reparto provincial solo participan los partidos que han obtenido al menos el 5% de los votos.

Tabla 5. Resultados de la primera fase.

Partido	CLM			AB			CR			CU			GU			TO	
	votos	%voto	esc.	votos	%voto	esc.	votos	%voto	esc.	votos	%voto	esc.	votos	%voto	esc.		
PP	564954	48.11	14	48.39	3	46.13	3	47.44	2	49.83	2	49.11	4				
PSOE	509738	43.40	12	41.66	2	46.34	3	46.59	2	38.02	2	42.88	3				
otros (*)	99724	8.49		9.95		7.52		5.97		12.16		8.02					
Válidos	1174416	100.00	26	100.00	5	100.00	6	100.00	4	100.00	4	100.00	7				

Elaboración propia. (*) *incluidos blancos*

En la segunda fase se hace un reparto global de los 35 diputados entre los partidos con más del 5% de los votos regionales (tabla 6). En dicho reparto se aplica el método D'Hondt, pero partiendo de los escaños asignados en la fase anterior, 14 para el PP y 12 para el PSOE (celdas con fondo oscuro). Los 9 escaños de ajuste se muestran en celdas con fondo claro y cifras en negrita. El resultado final es el mostrado en la tabla 7.

Tabla 6. Reparto de escaños de ajuste en la segunda fase.

Divisor	1	...	12	13	14	15	16	17	18	19	20
PP	564954	...	47080	43458	40354	37664	35310	33233	31386	29734	28248
PSOE	509738	...	42478	39211	36410	33983	31859	29985	28319	26828	25487

Elaboración propia.

Tabla 7. Resultados finales.

CLM				
Partido	votos	%	escaños	%
PP	564954	48.11	18	51.43
PSOE	509738	43.40	17	48.57
otros (*)	99724	8.49		
Válidos	1174416	100.00	35	100.00

Elaboración propia. (*) *incluidos blancos*

Los escaños asignados en la fase primera a cada partido en cada provincia se adjudicarían a los miembros de la correspondiente lista que recibiesen más votos preferenciales o, en su defecto, por orden de aparición en la lista. Los escaños de ajuste asignados en la fase segunda a cada partido se adjudicarían a los miembros de la correspondiente lista regional. En este último caso no habría voto preferencial.

En el anexo se incluyen los resultados que se hubieran obtenido aplicando este método en las ocho elecciones autonómicas celebradas en CLM hasta la fecha.

5.2 Alternativas.

El método presentado es el más sencillo para cumplir los siete objetivos planteados. Existen algunas alternativas para ciertas partes de la propuesta, si bien suponen mayor complejidad y, en algunos casos, desventajas adicionales. Cabe citar las siguientes:

- El reparto entre partidos de los escaños de ajuste se puede realizar en base a los ‘restos’ en vez de los votos totales regionales, entendiendo por restos los votos de cada partido en cada provincia que no se han aprovechado en el reparto provincial (primera fase). Este método ha sido propuesto, para el Congreso de los Diputados, por el Consejo de Estado (2009), en su informe sobre la reforma del régimen electoral general (página 195). Además de más complejo que el método sueco, su principal inconveniente es que no garantiza la ordinalidad entre votos y escaños. Esto último se debe a que puede ocurrir que los escaños de ajuste ‘cuesten’ menos votos que los escaños de reparto provincial.

- Los escaños de ajuste se pueden adjudicar a candidatos en base a las listas provinciales en vez de listas regionales, de forma que todos los escaños (los 35) acabarían asignados a diputados presentados por una provincia. El problema es que para ello se necesita un paso más, relativamente complejo, para, sabiendo cuantos escaños totales corresponden a cada provincia y cuantos totales corresponden a cada partido, asignar cada uno de los nueve escaños de ajuste a una pareja provincia-partido. Los métodos matemáticos para ello se conocen como ‘biproporcionales’ (Balinski y Peyton, 2001; GIME, 2008).
- También se podría suprimir la característica v (listas desbloqueadas) sin afectar al resto de la propuesta.

5.3 Sobre la provincia como circunscripción.

Concluimos el análisis de la propuesta con una revisión del papel de la provincia como circunscripción. Al igual que la CE en su artículo 68, el actual estatuto de autonomía establece que la provincia será la circunscripción electoral (artículo 10)²⁰. Esto no significa que se cree algún tipo de vínculo legal entre cada diputado electo y la provincia en cuyo reparto fue elegido. De hecho, el artículo 10 de la actual ley electoral regional dice literalmente que ‘Los Diputados de Castilla-La Mancha representan a toda la región y no estarán sujetos a mandato imperativo alguno’ (Cortes CLM, 2012). En consecuencia, en CLM usar la provincia como circunscripción electoral solo tiene efectos en cuanto al reparto de escaños y no en cuanto a ‘representatividad territorial’ reconocida.

En la propuesta formulada en este artículo se reparten algunos escaños de ajuste en base a los votos totales, lo cual se podría interpretar como una violación de que la circunscripción sea la provincia. En opinión del autor esto sería una interpretación restrictiva al imponer una única manera lícita de repartir los escaños: sólo en base a los votos provinciales, sin poder tener en cuenta de ninguna manera los resultados globales, incluso si es a costa de infligir el principio de proporcionalidad. Esta postura restrictiva no casa con la doctrina del Consejo de Estado, cuando en la página 197 de su informe sobre la reforma electoral (Consejo de Estado, 2009), en relación con el uso de escaños adicionales para

20 Aspecto que si se cambiara facilitaría la adopción de métodos más sencillos para compaginar la representación de las provincias y la proporcionalidad entre votos y escaños.

corregir las desproporciones de los repartos provinciales, indica lo siguiente: "... *las fuerzas políticas más votadas a escala nacional deben contar con una presencia parlamentaria acorde al porcentaje de sufragios que éstos hayan obtenido. Desde esta perspectiva, la distribución de restos a nivel nacional, en cuanto correctivo de las penalizaciones que sufren los partidos menos votados de ámbito estatal, podría encontrar un fundamento constitucional legítimo. En tal sentido, no debe olvidarse que la atribución de escaños se realizaría en función de los restos de votos de cada una de las provincias. De este modo, la circunscripción electoral seguiría siendo la provincia, y sólo los votos excedentes en cada una de ellas podrían tenerse en cuenta -en cómputo global nacional- para la atribución de escaños, en coherencia con la consideración del Congreso como cámara de representación nacional.*"

Así mismo, en la página 210 manifiesta: "*Igualmente posible sería que los restos sobrantes a nivel provincial, en cuanto votos que no han servido a las respectivas candidaturas para obtener representación, se utilicen -en computo global- para la atribución de escaños adicionales a aquellos partidos que, por las características del sistema electoral español, tengan mayores restos. Las objeciones de naturaleza constitucional que suelen oponerse a este mecanismo de compensación parecen superables en la medida en que la provincia seguiría siendo la única circunscripción electoral y sólo los votos sobrantes tras el escrutinio provincial podrían utilizarse para tal cometido, en aras de corregir situaciones de desventaja que, por sus singulares características, puedan entrar en conflicto con valores constitucionales de rango superior, entre los que la igualdad de oportunidades de los partidos políticos -deducida del artículo 23.2 de la Constitución- ocupa un lugar preeminente.*"

Si bien el Consejo de Estado está hablando de repartir escaños de ajuste en base a los restos y no en base a los votos totales como en nuestra propuesta, la diferencia entre ambos es meramente matemática, la cifra de votos que se emplea para el reparto, sin afectar a la esencia. De forma paralela a cómo argumenta el Consejo de Estado, opinamos que la provincia no deja de ser la circunscripción porque el reparto de escaños de ajuste se hace teniendo en cuenta, o sea, respetando, los repartos provinciales.

Si a pesar de todo lo anterior, se quisiera aplicar la interpretación restrictiva, la manera de cumplir incluso esta interpretación sería asignando al final todos los escaños a provincias, incluidos los de ajuste, empleando un método biproporcional, ya mencionado. Pero recordemos que el coste de ello sería una mayor complejidad, innecesaria a juicio del autor.

6. Conclusiones.

En función del tamaño de circunscripción resultante, reducir el tamaño de un parlamento puede tener efectos significativos en el grado de proporcionalidad de un sistema electoral. Bajar de 30 a 15 escaños por circunscripción supone el mismo porcentaje (50%) de reducción que de 10 a 5, pero en el primer caso la proporcionalidad sigue garantizándose mientras que en el segundo no. Así, si no se adoptan mecanismos de ajuste, novedosos en España pero ampliamente usados en otros países, la reducción del tamaño de las Cortes de CLM a 25-35 diputados conducirá al sistema electoral de esta autonomía a ser una isla de baja proporcionalidad entre los sistemas electorales autonómicos. Para evitar esta situación se ha propuesto una adaptación del método empleado en Suecia, basado en escaños de ajuste asignados en base a los votos totales, adicionales a los escaños repartidos según los votos provinciales. Entre sus ventajas se encuentran:

- Se evita la pelea permanente por las ‘provincias impares’ porque el número de diputados de cada provincia se calcula automáticamente en base a la población, sin que sea cada gobierno el que decide según otros criterios o intereses.
- Al añadir diputados de ajuste, adicionales hasta sumar 35, se garantiza la ordinalidad entre votos y escaños, de forma que el ganador en votos nunca será perdedor en escaños y se garantiza el principio constitucional de proporcionalidad.
- Deja de tener importancia, en los resultados, si en una provincia se reparte un número par o impar de escaños.
- Al incluir un límite mínimo del 5%, a nivel provincial y regional, se evita el riesgo de un parlamento demasiado fraccionado.
- Al implantar listas desbloqueadas los ciudadanos podrán decidir cuales personas de cada partido prefieren que les representen y se contribuiría a reducir el alejamiento actual entre los representantes y los representados.

Anexo: simulación de los resultados históricos.

A continuación se presentan una serie de tablas que resumen los resultados históricos en las 8 elecciones autonómicas realizadas en CLM hasta la fecha. Se muestran los resultados globales obtenidos con la propuesta presentada en este artículo y los escaños reales obtenidos con la ley electoral en vigor en cada momento. Los interesados pueden solicitar al autor toda la información detallada del cálculo de estas tablas, así como de cualquier otro aspecto o cifras indicados en el artículo.

2011	Votos		Escaños		
Partido	Total	%	Propuesta	%	Reales
PP	564954	48.11	18	51.43	25
PSOE	509738	43.40	17	48.57	24
otros	99724	8.49			
TOTAL	1174416	100.00	35	100.00	49

2007	Votos		Escaños		
Partido	Total	%	Propuesta	%	Reales
PSOE	572849	51.96	19	54.29	26
PP	467319	42.38	16	45.71	21
otros	62395	5.66			
TOTAL	1102563	100.00	35	100.00	47

2003	Votos		Escaños		
Partido	Total	%	Propuesta	%	Reales
PSOE	634132	57.83	22	62.86	29
PP	402047	36.66	13	37.14	18
otros	60405	5.51			
TOTAL	1096584	100.00	35	100.00	47

1999	Votos		Escaños		
Partido	Total	%	Propuesta	%	Reales
PSOE-prog.	561332	53.42	20	57.14	26
PP	424531	40.40	15	42.86	21
otros	65001	6.19			
TOTAL	1050864	100.00	35	100.00	47

AUSTERIDAD VERSUS REPRESENTATIVIDAD
EN LA LEY ELECTORAL DE CASTILLA-LA MANCHA

1995	Votos		Escaños		
Partido	Total	%	Propuesta	%	Reales
PSOE	483888	45.70	17	48.57	24
PP	469127	44.30	16	45.71	22
IU	80482	7.60	2	5.71	1
otros	25377	2.40			
TOTAL	1058874	100.00	35	100.00	47

1991	Votos		Escaños		
Partido	Total	%	Propuesta	%	Reales
PSOE	489307	52.17	20	57.14	27
PP	336776	35.91	13	37.14	19
IU	57745	6.16	2	5.71	1
otros	54015	5.76			
TOTAL	937843	100.00	35	100.00	47

1987	Votos		Escaños		
Partido	Total	%	Propuesta	%	Reales
PSOE	435121	46.33	17	48.57	25
AP	319978	34.07	12	34.29	18
CDS	98539	10.49	4	11.43	4
IU	50366	5.36	2	5.71	
otros	35205	3.75			
TOTAL	939209	100.00	35	100.00	47

1983	Votos		Escaños		
Partido	Total	%	Propuesta	%	Reales
PSOE	416194	46.70	18	51.43	23
AP-PDP-UL	364685	40.92	15	42.86	21
PCE	61132	6.86	2	5.71	
otros	49188	5.52			
TOTAL	891199	100.00	35	100.00	44

Referencias.

- (Balinski y Peyton, 2001): Michel L. Balinski, M. L. and H. Peyton Young (2001). Fair Representation. Meeting the Ideal of One Man, One Vote. Brookings Institution Press: Washington, D.C., 2nd edition.
- (BOE, 1985): Boletín Oficial del Estado. Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. El texto vigente desde el 8 de septiembre de 2011 se encuentra en la web de la Junta Electoral Central (<http://www.juntaelectoralcentral.es/portal/page/portal/JuntaElectoralCentral/JuntaElectoralCentral/NormElec>).
- (Carey y Hix, 2011): John M. Carey and Simon Hix. The Electoral Sweet Spot: Low-Magnitude Proportional Electoral Systems. *American Journal of Political Science*, 55(2), 383-397.
- (Consejo de Estado, 2009): Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de Modificación del Régimen Electoral General. Disponible en <http://www.consejo-estado.es/bases.htm>.
- (Cortes CLM, 2010): Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, versión en vigor desde 16-julio-2010. Disponible en www.cortesclm.es/paginas/estatuto/estatuto_act.pdf.
- (Cortes CLM, 2012): Ley 4/2012, de 17 de mayo, por la que se adecúa la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-la Mancha. Disponible en <http://www.cortesclm.es/paginas/verley.php?id=4/2012>.
- (Gallagher, 1991): Michael Gallagher. Proportionality, Disproportionality and Electoral Systems. *Electoral Studies* ,10, 33–51.
- (Gallagher, 2013): Michael Gallagher. Election indices dataset. Disponible en http://www.tcd.ie/Political_Science/staff/michael_gallagher/ElSystems/index.php.
- (GIME, 2008): Grupo de Investigación en Métodos Electorales. Elecciones al Congreso de los Diputados de España, Reparto Biproporcional de Escaños. Universidad de Granada. Disponible en <http://www.ugr.es/~sistemaelectoral/RGB.html>.

- (GIME, 2009): Grupo de Investigación en Métodos Electorales. Un Sistema Electoral Ecuánime para el Congreso de los Diputados. Universidad de Granada. Disponible en <http://www.ugr.es/~sistemaelectoral/RGB.html>.
- (INE, 2013): Instituto Nacional de Estadística. Cifras de población y censos demográficos. Disponible en http://www.ine.es/inebmenu/mnu_cifraspob.htm.
- (JEC, 2013): Junta Electoral Central. Normativa Electoral Autonómica. Disponible en <http://www.juntaelectoralcentral.es/portal/page/portal/JuntaElectoral-Central/JuntaElectoralCentral/NormElec/NormaAuto>.
- (Linusson, 2011): Svante Linusson. Proportionality in the Swedish electoral system, ‘*Workshop on electoral methods*’. May 30-31. Disponible en www.math.kth.se/wem/Linusson.pdf.
- (Maravall, 2013): José María Maravall. Las promesas políticas. Galaxia Gutenberg.
- (Miller, 2010): Jason C. Miller. Community as a Redistricting Principle: Consulting Media Markets in Drawing District Lines. *Indiana Law Journal Supplement*, Vol. 5. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1635614.

Palabras Clave

Ley electoral, Cortes de Castilla-La Mancha, Número de diputados, Escaños de ajuste.

Resumen

La reforma en curso del estatuto de autonomía de Castilla-la Mancha reduce la cifra de diputados del parlamento regional desde los 53 actuales a una horquilla de 25-35. Esto supondrá un nuevo sistema electoral, único y diferente al de las demás autonomías del Estado porque el tamaño de las circunscripciones, principal determinante de la proporcionalidad entre votos y escaños, será mucho más reducido. En este artículo se realiza un análisis de la nueva situación, mostrando con números la fuerte reducción de la proporcionalidad que supondría seguir con el tradicional sistema de reparto puro provincial de los diputados, y se propone un sistema, basado en el método empleado en Suecia, que garantiza a la vez el principio de proporcionalidad entre votos y escaños y una adecuada representación territorial de las provincias. La propuesta tendría también otros beneficios para la calidad democrática y eficacia del sistema político regional.

¿TIENE LÍMITES LA LABOR DEL JUEZ(A) CONSTITUCIONAL EN UN CONTEXTO COMO EL ACTUAL?

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera¹

SUMARIO

Anotaciones iniciales.

Un primer elemento a tomar en cuenta: el redimensionamiento del concepto "Constitución".

Un segundo aspecto a analizar: el redimensionamiento del margen de acción del juez(a) constitucional.

Algunos alcances sobre los eventuales límites al actual accionar del juez(a) constitucional.

1 Magistrado del TC de Perú. Catedrático de Pre y Posgrado de las universidades Pontificia Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, de Piura e Inca Garcilaso de la Vega. Profesor Principal y ex Director General de la Academia de la Magistratura del Perú. Profesor visitante o conferencista invitado en diversas universidades europeas, latinoamericanas y peruanas. Integrante de las mesas directivas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, y las Asociaciones Peruanas de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Procesal. Miembro del Comité Académico del XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional y del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, entre otras instituciones.

Anotaciones iniciales.

Hoy los ejes de preocupación y debate dentro del Derecho Constitucional han variado, o por lo menos, se han diversificado, tomando especial relevancia algunas materias que antes, o no se analizaban, o se veían en forma más bien tangencial.

Así por ejemplo, actualmente es un tema central, sin duda alguna, el de la interpretación constitucional, pero no solamente a nivel de su naturaleza, sino, y sobre todo, en lo referido a sus alcances y eventuales límites. Dicho con otras palabras: sin soslayar la importancia de esta materia, actualmente el énfasis no se encuentra centrado en quién interpreta la Constitución en forma vinculante y ejerce control constitucional. Se pregunta también qué implica esta labor interpretativa, y cuál es su relación, por ejemplo, con las tareas de argumentación (si ésta es, como dicen algunos(as), la interpretación o parte de la interpretación; o si, en una lógica más propia de otras concepciones, la argumentación es una labor que se desarrolla luego como sustento de la interpretación ya realizada). Se pregunta además, e incluso con mayor incidencia que frente a lo vinculado a la justificación de la labor de un juez(a) constitucional, se cuestiona principalmente sobre hasta dónde puede llegar con esta tarea interpretativa.

Antes de intentar proporcionar algunos elementos que permitan comprender mejor este nuevo estado de cosas, así como las preguntas y problemas que él mismo genera, hay aspectos que deben ser revisados siquiera someramente. Uno de ellos es el del redimensionamiento del concepto "Constitución". Otro el del redimensionamiento de la labor del juez(a) constitucional. Este nuevo estado de cosas ha llevado a algunos a anotar que, gracias a los importantes cambios producidos al respecto, ese(a) juez(a) constitucional, hoy muchísimo más que un mero "legislador negativo", tiene competencias no solamente crecientes, sino que no admitirían mayores límites que su self restraint.

El objeto de este trabajo es precisamente el de, luego de intentar explicar cuál es el actual estado de la cuestión en temas tan relevantes como Constitución, interpretación constitucional y juez(a) constitucional, señalar que el crecimiento de responsabilidad y retos para el juzgador(a) no implica que su labor, a pesar del nuevo contexto, se encuentra exenta de límites, algunos de los cuales buscaré bosquejar en este mismo texto. Sin más preámbulos, paso entonces a abordar la compleja tarea que acabo de plantear.

Un primer elemento a tomar en cuenta: el redimensionamiento del concepto "Constitución".

Como ya es de conocimiento general, el concepto "Constitución" ha sufrido importantes modificaciones en su comprensión. Primero se circunscribía a ser la descripción de un estado de cosas (en ese tenor, por citar un caso, se encuentra más bien lo planteado por Aristóteles y sus "Constituciones de Atenas"²). Luego se lo entendió como un acuerdo político de la mayor relevancia, pero que no tenía connotación jurídica directa y específica, papel reservado a la ley (norma jurídica por excelencia al ser expresión de la voluntad general y del conocimiento y pensamiento construido racionalmente, todos ellos aspectos centrales de la perspectiva política y filosófica imperante en la época³). Actualmente se le reconoce ante todo como una norma jurídica (o con más propiedad, como anotó García de Enterría⁴, como un conjunto normativo de tipo jurídico) con características especiales.

Ahora bien, oportuno es anotar que incluso en los alcances de norma jurídica o conjunto normativo de tipo jurídico que se le reconoce a la Constitución se han presentado importantísimos cambios. Y es que se debe tener presente que si bien ya con Marbury versus Madison en 1803 a nivel del Tribunal Supremo estadounidense (con antecedentes de ello incluso en lecturas que algunos realizan de la Carta Magna firmada por Juan sin tierra, o de lo resuelto por el juez Coke en el Bonham Case⁵, así como en textos incluidos en "El Federalista", o en pronunciamientos de algunas Cortes estadales en los Estados Unidos) se reconocía el carácter normativo de la Constitución, claramente puede comprobarse que lo planteado por el Chief Justice Marshall, y lo resuelto posteriormente por ese alto Tribunal durante el siglo diecinueve y buena parte del siglo veinte, cuando habla del rol normativo de la Constitución, parece poner énfasis en la fijación de procedimientos y competencias antes incluso que en la protección de los derechos recogidos en su texto constitucional.

Otro tanto bien puede señalarse del valiosísimo aporte construido o promovi-

2 Ver al respecto ARISTÓTELES- "Las Constituciones de Atenas". La primera edición y traducción en español es aquella editada en Madrid por el Instituto de Estudios Políticos en 1948.

3 En ese tenor, entre otros, PÉREZ TREMPS, Pablo- "Tribunal Constitucional y Poder Judicial". Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

4 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo- "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional". Madrid, Cívitas, varias ediciones.

5 Una muy interesante lectura del Bonham Case y sus reales alcances, distinta a la que hoy habitualmente se maneja la encontramos en REY MARTÍNEZ, Fernando- "La dignidad humana en serio. Desafíos actuales de los Derechos Fundamentales". México, Porrúa, 2013.

do por Kelsen en la Europa Continental del primer tercio del siglo veinte⁶. Consecuente con sus posturas sobre el Derecho, el gran autor austriaco ponía especial énfasis en el rol de la Constitución como un instrumento de limitación del poder, y por ende, como espacio normativo básicamente destinado a establecer procedimientos y competencias, en un escenario en donde (sobre todo en Europa Continental) no se quería aceptar una comprensión que podríamos llamar "valorativa" de las cosas, y se intentaba muchas veces distinguir entre Derecho y Moral, entre Derecho y Justicia, o entre reglas y principios⁷.

Sin embargo, es a partir de la segunda posguerra es que la percepción de las cosas comienzan a variar. La Constitución ya no es un conjunto normativo básicamente destinado a determinar procedimientos y competencias, sino pone hoy énfasis en recoger y potencias una serie de principios, valores y derechos a ejercerse dentro de una realidad concreta, y que orientan o buscan orientar la comprensión del ordenamiento jurídico de un Estado determinado, y además, el desarrollo del quehacer político, económico o social de la sociedad donde debe regir esa Constitución. A ello van apuntando (con indudables matices, idas y venidas que aquí no puedo detallar), la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense desde la Corte Warren, o la labor de diversos juzgadores(as) europeos, sobre todo la de aquellos que pertenecen a Cortes o Tribunales Constitucionales.

Elementos importantes en esta evolución son, entre otros, en Europa Continental, la fórmula de Radbruch (1946), por la cual lo jurídico no es tal si no responde a un umbral de justicia⁸; la potenciación de la dignidad de la persona como eje para la comprensión y comprensión del Derecho y los derechos; o los criterios utilizados para poder justificar los pronunciamientos emitidos en los denominados juicios de Nuremberg. En el caso estadounidense bien puede resaltarse, junto a otros acontecimientos, la reacción de la Corte Suprema Federal de dicho país frente al Court Packing Plan promovido por Franklin D. Roosevelt, y, sobre todo, la labor de la Corte Warren. Estos procesos, con significativas diferencias entre sí, nos llevan en ambos casos, y sin perjuicio de dichas diferencias, a un escenario cualitativamente diferente.

6 Coincidí entonces con, entre otros, PRIETO SANCHÍS, Luis- "Iusnaturalismo, positivismo y control de la Ley. Los presupuestos históricos, ideológicos doctrinales de la jurisdicción constitucional". En: Fundamentos N.4, Universidad de Oviedo, 2006, especialmente p. 98.

7 Un buen resumen de lo vivido en este contexto lo encontramos en LÓPEZ GARCÍA, José Antonio- "Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica". En: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, et. al. (coord.)- "Tutela de Derechos en sede jurisdiccional". Lima, Fondo Editorial del Poder Judicial, 2012, sobre todo p. 59 y ss.

8 Un buen resumen y una clara explicación sobre los alcances de este planteamiento lo encontramos en ALEXY, Robert- "El concepto y la validez del Derecho". Barcelona, Gedisa, 1997, especialmente p.34.

Estamos hoy ante un contexto en donde la misma comprensión de lo que se entiende por Derecho va variando, pues comienza a darse -muchas veces, justo es decirlo, de manera más formal que real- un alejamiento de posturas iuspositivistas más bien clásicas; o un apartamiento de posturas que ven al Derecho solamente como un medio de control social, para acercarse a perspectivas que le asumen como un medio para la satisfacción de necesidades ciudadanas, e incluso como un instrumento para la atención de determinados intereses efectuando un uso alternativo de la normativa ya existente.

En ese contexto, el Estado Constitucional será limitación del poder y sus diferentes manifestaciones, pero, sobre todo, tendrá como justificación última y principal el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales, potenciando para ello una actuación que responde a una comprensión de las cosas en función a ciertos principios y valores de carácter irrenunciable. La Constitución seguirá siendo entonces aquella norma o conjunto normativo que articula y limita los "Poderes del Estado" y el poder dentro del Estado, pero pasará fundamentalmente a ser el espacio donde se consagran los principios y valores (indisponibles e inquebrantables) en los cuales debe sustentarse todo el ordenamiento jurídico de un país en particular, además de sustentarse su quehacer político, económico o social.

Este cambio en la comprensión del rol de la Constitución tiene, como bien puede suponerse, múltiples consecuencias. Una de ellas, a la cual aquí pasaré a referirme a continuación, es la del redimensionamiento de la labor del juez(a) constitucional, pertenezca éste a la judicatura ordinaria o a un Tribunal Constitucional de sus diferentes países, con matices en función al modelo asumido en cada caso en particular.

Un segundo aspecto a analizar: el redimensionamiento del margen de acción del juez(a) constitucional.

Acontecimientos como los reseñados en anteriores apartados de este mismo texto han obligado a un replanteamiento del rol y atribuciones de quien es el juez(a) constitucional. En un escenario propio de un Estado Constitucional (lo mismo obviamente no puede predicarse de un Estado con una Constitución de tipo semántico⁹), se hace evidente que existe un mejor empoderamiento y una ampliación de competencias del juez(a) constitucional.

9 LOEWENSTEIN, Karl- "Teoría de la Constitución". Barcelona, Ariel, 1964, p. 213-222

Este juzgador(a) constitucional refuerza su labor como intérprete vinculante de la Constitución, pero ya no se limita a evaluar la correspondencia del ordenamiento jurídico vigente con el texto constitucional, sino que se convierte en el responsable de dar el marco de comprensión de las leyes, demás normas y actos para que todos estos sean entendidos conformes con la Constitución. Esta labor, dependiendo de si allí existe un modelo difuso, uno concentrado o uno mixto de jurisdicción o justicia constitucional¹⁰.

Se dará entonces una completa derrota del denominado legislador negativo, si es que alguna vez esta postura rigió en la práctica, y no fue más bien una precaución kelseniana para preservar la subsistencia del Tribunal Constitucional cuya conformación promovía en un contexto en el cual el discurso y la historia apuntaron siempre a una supremacía del Parlamento. En cualquier caso, el juez(a) constitucional no es tanto un controlador(a), sino un calificado intérprete del ordenamiento jurídico conforme a los principios y valores recogidos en la Constitución, o que se desprenden de ella. Aquello le permite sustentar incluso la emisión de sentencias interpretativas, convirtiéndose para muchos en un legislador positivo, y para otros, entre los cuales me inscribo, en un legislador complementario llamado a actuar en situaciones excepcionales.

El juez(a) constitucional, sin necesidad de adscribirse a posiciones más bien extremas, que confían en un hiperactivista decisionismo jurisdiccional la determinación de lo jurídico, fortalece sus atribuciones siendo el gran responsable de la "constitucionalización del Derecho", en las tres importantes expresiones planteadas en su momento por Louis Favoreu¹¹ (constitucionalización juridización, constitucionalización elevación, constitucionalización transformación). La distribución del poder, el sistema de fuentes o de producción de normas, y la comprensión de las diversas disciplinas jurídicas y sus instituciones en un Estado determinado debe darse de acuerdo con parámetros cuyo punto de partida es su texto constitucional, o lo que pueda desprenderse de él; y es el juez(a) constitucional el intérprete expresamente acreditado para realizar o potenciar esa importante y compleja labor.

10 Para efectos del presente trabajo, usaré estos dos términos como sinónimos.

11 Ver al respecto FAVOREU, Louis- La constitucionalización del Derecho. En: Revista de Derecho de la Universidad de Valdivia (Chile) v.12 n1, 2001, p.31-43. En ese texto, el mismo Favoreu reconoce como antecedente de la formulación que luego él desarrollaría al estudio de Michel Fromont sobre los derechos fundamentales en el orden jurídico de la entonces existente República Federal Alemana, trabajo incluido en los Mélanges Einsemann, de 1974.

Pero y por si lo expuesto no fuese suficiente, el juez(a) constitucional tiene hoy también la vital responsabilidad de, si cabe el concepto, hacer el esfuerzo por la "constitucionalización de la política". Sin desconocer el margen discrecional, o la evaluación de calidad y oportunidad que son propias del quehacer político, corresponde al juez(a) constitucional evitar se caiga en la arbitrariedad. Por ello ahora se entiende la preocupación por reconocer márgenes de revisión jurisdiccional a las denominadas "cuestiones políticas" o "actos políticos" (ya sea en el plano del procedimiento, el del contenido o en ambos) e incluso la apuesta, con mucho predicamento en varios países, por desaparecer la idea de una idea de una irrevisabilidad de ciertas decisiones tomadas por organismos que podemos calificar como "políticos". Lo resuelto en Estados Unidos desde "Baker versus Carr" (1962)¹², o el uso de las técnicas de control de la discrecionalidad administrativa para la revisión judicial de los actos políticos en Europa continental¹³ son dos buenas muestras de lo que viene ocurriendo sobre el particular. Lo político y lo jurídico no son lo mismo, pero en un Estado Constitucional el quehacer político no puede desarrollarse al margen de parámetros constitucionales.

El juez(a) constitucional es pues el responsable de materializar este redimensionamiento de lo jurídico, así como de plasmar esta reformulación de la relación entre lo jurídico y lo político, claras consecuencias de la nueva comprensión del concepto "Constitución" ya reseñada en este mismo texto. En este escenario, oportuno entonces aquí es anotar que, para apuntalar el ejercicio de tantas y tan importantes responsabilidades, al juez (a) constitucional se le va a habilitar, y en algunos casos, el mismo juzgador(a) se va, si cabe el término, a "autohabilitar" el uso de ciertos instrumentos destinados, según se señala, a hacer más efectiva su labor. La utilización del precedente, la generación de nuevos procesos o la creación de nuevos recursos y demás medios procesales (muchas veces dirigidos a garantizar el cumplimiento de sus resoluciones) son buenos ejemplos en ese sentido. Un camino similar seguido para mejorar la legitimación procesal que permite el accionar del juez constitucional también lo es.

12 Un análisis más detallado al respecto lo encontramos en ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy- "Algunos alcances sobre la posibilidad de la revisión judicial de aquellos actos calificados como "políticos" o de "discrecionalidad política". En: Revista Jurídica del Perú. Trujillo, Normas Legales, Año XLVIII, N.14. Enero-Marzo 1998, p.69 y ss.

13 Aquí podemos encontrar como criterios al análisis de los conceptos jurídicos indeterminados, el control de los elementos regulados del acto, la revisión de hechos considerados determinantes, el respeto y cumplimiento de los principios generales del Derecho y la preservación de la finalidad que buscaba ser obtenida por la Administración. La invocación a estos criterios no descarta poder recurrir a otras pautas de actuación judicial como la ponderación, la tutela de derechos fundamentales o el respeto a espacios de libre configuración de la ley por parte del legislador.

Ello en principio no es malo (todo lo contrario), pero puede generar serios problemas, en ocasiones mucho más complejos que aquellos que intenta resolver, si no se toman ciertos recaudos. Así pues, nadie niega las bondades del uso del precedente (predictibilidad, igualdad, transparencia, seguridad jurídica), pero todas estas ventajas se pierden si el precedente no es utilizado para generar o consagrar consensos interpretativos, sino más bien para imponer criterios o lograr un posicionamiento institucional de los jueces (zas) constitucionales en detrimento de las competencias propias y legítimamente ejercidas por, por ejemplo, otras instancias estatales.

De otro lado, si la habilitación de mecanismos para facilitar la actuación de los(as) jueces (zas) constitucionales o garantizar el cumplimiento de sus sentencias se convierte más bien en la autohabilitación de instrumentos sin correlato constitucional directo también nos encontramos ante el riesgo de la configuración de un escenario en el cual no se respetan competencias ajenas o se distorsionan las propias atribuciones, con todo lo que ello puede involucrar.

Siendo entonces este el nuevo escenario de acción del juez(a) constitucional, y estos algunos de los riesgos que ese margen de actuación puede producir, adquiere ahora especial relevancia la pregunta sobre si este juez(a) constitucional tiene límites en sus competencias más allá de su self restraint, y de admitírsele limitaciones, se hace necesario determinar cuáles son, o a qué criterios buscan responder. Adelantando desde ya que el self restraint presenta aquí como una condición necesaria más no suficiente, pasaré a anotar que puntos de vista creo conveniente manejar al respecto.

Algunos alcances sobre los eventuales límites al actual accionar del juez(a) constitucional.

En lo referente a este último tema, el de si puede o no hablarse de límites a la labor de un (a) juez (a) constitucional, he de decir que discrepo con quienes apuestan como la única limitación a la labor de estos magistrados (as) a su propia vocación de no ir más allá de aquello conforme a Derecho en el ejercicio de sus funciones. Considero, al igual que otros autores, que deben tomarse en cuenta algunos factores, los cuales bien pueden sintetizarse en la percepción de lo que implica concebir a los jueces y juezas constitucionales como autoridades con atribuciones jurisdiccionales.

Esto, siquiera haciendo una breve aproximación al tema, involucra tener pre-

senten los límites propios de situaciones como las ya descritas. Y es que si estamos ante autoridades, ello implica que las mismas deben actuar en primer término con racionalidad (de acuerdo con la lógica o con coherencia lógica, o, dicho con otras palabras, con respeto a principios lógicos como los de no contradicción o tercio excluyente, por citar únicamente algunos detectables mediante control de lógicidad).

También el estar ante una autoridad conlleva que ella actúe con respeto a parámetros de razonabilidad, entendida como interdicción de la arbitrariedad, como actuación conforme con fines lícitos (o al menos, no prohibidos por el ordenamiento jurídico vigente) y con respeto a medios proporcionales o adecuados (lo cual significa preguntarse por la idoneidad, necesidad y menor gravedad o proporcionalidad en sentido estricto de los mismos). Por último, y al igual que sucede con cualquier autoridad, el quehacer de jueces y juezas constitucionales tiene que cumplir con un indispensable deber de motivación; y además, ser respetuoso de lo que se conoce como corrección funcional: debe ceñirse a las atribuciones que les asigna el ordenamiento jurídico de su Estado en particular, comprendidas de conformidad con la normativa internacional suscrita por dicho Estado.

De otra parte, y si se toma en cuenta que se habla de autoridades con atribuciones jurisdiccionales, debe además tenerse presente que juezas y jueces constitucionales no deberían actuar en función a juicios de calidad y/o de oportunidad, sino en mérito y respeto a derechos, deberes, competencias e instituciones jurídicas comprendidas dentro de esos parámetros. Y junto a ello, no tendría que olvidar que resuelven en función a la (s) pretensión (es) que se le presenta (n), pudiendo suplir quejas deficientes pero sin que esto involucre desconocer una mínima congruencia personal; y, obviamente, deben respetar los principios, valores y derechos que inspiran el texto constitucional cuya interpretación se le había confiado.

Los múltiples alcances de lo que ya algunos ya vienen denominando "internacionalización del Derecho" (triunfo de posturas monistas y de la comprensión del ordenamiento jurídico nacional conforme a los tratados suscritos o a situaciones consideradas como de ius cogens, conversión del juez (a) nacional en garante del Derecho Internacional y titular del control de convencionalidad, papel de límite heterónomo al constituyente futuro que cumplen los tratados ya suscritos por su Estado en particular) también aparecen hoy como limitaciones a la labor de un juez(a) constitucional que resulta hoy imposible soslayar¹⁴. Finalmente, la natura-

14 Esto es más evidente cuando hoy en nuestros países la Corte Interamericana viene impulsando el

leza de los casos sometidos a conocimiento del juez(a) constitucional, descartada la posibilidad de obtener una respuesta "correcta", y reconociendo la existencia no solamente de casos fáciles, sino de lo que muchos llaman casos intermedios, casos difíciles y hasta casos trágicos¹⁵, debe indudablemente también tomarse en cuenta como un límite a la labor de jueces y juezas constitucionales.

Estamos pues ante parámetros que, en la lógica de pesos y contrapesos tan cara al Estado Constitucional, tienen una importancia insoslayable. Debe tenerse presente que los(as) jueces (zas) constitucionales son muy calificados integrantes de una judicatura especializada con márgenes de acción que deben entenderse en forma acotada. Constitucionalización del Derecho no es "hiperconstitucionalización" del ordenamiento jurídico impulsado desde sede jurisdiccional.

Jueces y juezas constitucionales no son constituyentes (pueden complementar su labor, más no subrogarse en su lugar), pues no fueron elegidos para eso, ni cuentan con legitimidad para asumir estas tareas. Tampoco son legisladores, y por ende, no son los intérpretes vinculantes ordinarios de la Constitución, ni les corresponde dejar de lado la labor legislativa si ella puede comprenderse como conforme a los parámetros constitucionales. No tener en cuenta los recaudos presentados en este texto, o no exigir su cumplimiento, puede acarrear una serie de dificultades para el buen funcionamiento institucional y el cabal ejercicio de los derechos fundamentales en un Estado determinado. De allí la necesidad de comprometerse con asegurar su plena vigencia, salvo mejor parecer.

control de convencionalidad, en mérito al cual las autoridades con atribuciones jurisdiccionales (desde Arellano Almonacid contra Chile, caso del año 2006), e incluso las autoridades con funciones ejecutivas o legislativas (en ese sentido la resolución emitida en el contexto de la supervisión del cumplimiento de la sentencia Gelman versus Uruguay, resolución emitida este año 2013) deben respetar lo previsto en la Convención Americana y en la interpretación vinculante de la misma, prefiriendo ello incluso a lo previsto en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado que en su momento firmó este tratado en particular.

15 Ver, entre otros, lo manifestado por ATIENZA, Manuel- "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos". En: Doxa N.6. Abril 1997.

REFORMA JUDICIAL Y DEMOCRATIZACIÓN DE LA JUSTICIA
EN LA ARGENTINA. LA COMPLEJA ARTICULACIÓN
DE LA DEMOCRACIA Y LA REPÚBLICA.

Jorge O. Bercholc

*Doctor en Derecho Político, Especialista en Sociología Jurídica,
Profesor e investigador, facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.*

SUMARIO

El contexto.

Los proyectos de reforma.

A modo de conclusión.

Uno de los temas de alto impacto del discurso presidencial de Cristina Fernández de Kirchner de apertura de las sesiones del Congreso en la Argentina, del pasado 1 de marzo de 2013, fue el anuncio de un plan para democratizar la justicia. Esta cuestión fue reafirmada en la agenda presidencial en el reciente discurso de apertura de sesiones del 1 de marzo de 2014. Ello, sin embargo, no es una novedad en los discursos presidenciales, no solo de la actual Presidente, sino desde 1983 a la fecha, pues a medida que la democracia, entendida como régimen político de gobierno del Estado, se fue consolidando, el enunciado del concepto estuvo relacionado a ideas más sustantivas.¹ A lo Bobbio, se usó el término en el sentido de "democratizar la democracia", expandirla como práctica para la toma de decisiones en las agencias del Estado y de designación de sus agentes a todos los ámbitos posibles, no solo al proceso de selección, reclutamiento y remoción del personal político que ocupa roles en la administración estatal.

La intensa polémica en torno a la reforma judicial para democratizar la justicia que, tal cual anunció en el discurso referido, impulsó el gobierno en el acto llevado a cabo el 8 de Abril de 2013 en el Museo del Bicentenario y que raudamente desarrolló su derrotero parlamentario, hace necesario diferenciar y desagregar las ponencias y posiciones de los sujetos e instituciones activas en el debate, en, al menos, tres niveles de discusión.

El primero de ellos es de coyuntura, conveniencia y actualidad política cruda, donde los enunciadores tienen en la mira, intereses propios públicos y privados, las elecciones y el posicionamiento ante el electorado. El segundo es de carácter genérico, de diseño institucional pero de tipo filosófico-prescriptivo. El tercer nivel es el referido al núcleo duro del diseño institucional, a los motivos y objetivos de la reforma judicial, el qué, por qué, para qué y cómo de la democratización de la justicia aquí y ahora y para el caso concreto. Veamos.

El primer nivel de discusión, el más transitado por todos los actores relevantes del debate resulta difícil de compartir y participar en él. Los argumentos son descalificadores, las contrapartes no se escuchan, lo que pueda debatirse sólo es útil para reforzar los efectos cognitivos preexistentes. Se ha argumentado de un modo apocalíptico o heroico, según el origen del enunciado y, sin pudor, se esgrimieron falsedades e inexactitudes y se anuncian catástrofes por venir.

1 Bercholc Jorge O., Bercholc Diego J., *Los discursos presidenciales en la Argentina democrática (1983-2011)*, Lajouane, Buenos Aires, Noviembre 2012.

El segundo nivel podríamos encuadrarlo en un marco de discusión de filosofía política y teoría del Estado. Se trata de un tipo de discusión genérico y prescriptivo, en el cual los argumentos rondan el eje prodemocrático-participativo, esgrimido por el gobierno, versus los límites republicanistas a saber, la división de poderes, los frenos y contrapesos, los "checks and balances", el control de gestión, esgrimido por la oposición, las corporaciones multi-mediáticas y, en general, pues aparecen matices, por las organizaciones que aglutinan a jueces y abogados.

El tercer nivel, a mi juicio, el más pertinente y conducente, remite a la discusión técnica y específica del caso concreto del poder judicial en la Argentina en su relación con los otros poderes políticos del Estado, y las características concretas de la reforma compuesta por seis proyectos de ley, desde una perspectiva de sociología jurídica e institucional, no fue el más transitado. Es explicable aunque no justificable, se trata de temas técnicos, complejos, no marketineros, sin atractivo para el consumo masivo, salvo un excesivo reduccionismo y simplificación de sus tensiones e implicancias, a fin de hacerlos medianamente comprensivos para el público masivo y para la utilización de consignas mediáticas, pero con el grave perjuicio de que ese reduccionismo no es fiel reflejo de las cuestiones a debatir y resolver.

El contexto.

La coyuntura política nos muestra distintos disparadores que han motivado al gobierno en la propuesta de la reforma judicial. La demora en la resolución judicial del conflicto con el Grupo Clarín y, por ende, el estado de virtual "suspensión" de la ley de servicios audiovisuales²; la parálisis en la que se encontraba y aún se encuentra el Consejo de la Magistratura generando una demora inusitada en el proceso de designación de jueces y la consecuencia de un hecho gravísimo, la enorme cantidad de juzgados de distintos fueros que carecen de juez titular y se hallan ocupados por jueces subrogantes y/o interinos o por secretarios de los juzgados³; y las demoras también excesivas en el avance de los procesos

2 Tema resuelto a la fecha de la publicación de este artículo mediante la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 29 de octubre de 2013 que declaró constitucional a la norma impugnada. La sentencia está disponible en <http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp>

3 Según un estudio de la Asociación por los Derechos Civiles -ADC-, uno de cada cinco jueces nacionales ocupa el cargo como suplente y el 20% de ellos no es juez, sino un secretario designado internamente para ocupar ese lugar. Según un informe de la Asociación por los Derechos Civiles el 18,7% de los jueces son subrogantes y el récord lo tiene el fuero laboral, con 35 vacantes, seguido por el criminal, con 25, y el civil, con 23. En cinco de los veinticinco fueros hay 30% o más de jueces subrogantes. El porcentaje mayor se evidencia en la justicia federal de Salta, donde el porcentaje se eleva al 35,71, seguido

por violación de los derechos humanos en ocasión de la represión del terrorismo de Estado. Pero también existen otras cuestiones estructurales e históricas, que preexisten a la coyuntura política y que deben ser tenidas en consideración.

Un estudio sobre nuestro país de la socióloga Ana Kunz, demuestra que la extracción u origen social de los jueces que han integrado la Corte Suprema en Argentina en el período 1930-1983 resulta fuertemente elitista. Dividiendo la estratificación social en cuatro categorías, un 17 % de los Ministros pertenecieron a la clase alta -sólo un 2% del total de la sociedad pertenece a ese estrato, por lo que hubo entonces un 750 % de sobre-representación de ese estrato en la Corte-. La segunda categoría, clase media-alta, tuvo un 39 % de Ministros en la Corte -8% sobre el total social lo que implica un 395 % de sobre-representación-; la tercera categoría, clase media, presenta porcentajes estabilizados del 39 % y 30 % respectivamente; la cuarta categoría, clase baja, tiene un 3,8 % de Ministros en la Corte y un 60 % en el total social. Estos datos corroboran que se encuentran marcadamente sobre-representadas, en el más alto Tribunal del Poder Judicial, las clases más aventajadas de la sociedad argentina y sub-representada la clase baja y mayoritaria de la población. Si bien esto ha cambiado en la Corte desde la restauración democrática en 1983, no parece registrarse el mismo proceso en el resto del poder judicial. El fenómeno no sólo es visible en nuestro país. En Alemania un estudio del juez Walter Richter, sobre una base de datos construida con información personal de 856 jueces, permitió determinar que la mayoría proviene de familias de jueces o juristas y que generalmente tienden a desempeñar su trabajo en las jurisdicciones en las que han nacido, y a contraer matrimonio con personas de su misma condición social. Además, el 60 % pertenece a la clase media alta (profesionales libres, altos funcionarios del Estado, empresarios) y el 35 % a la clase baja o media baja (empleados, artesanos, pequeños comerciantes). También se observó que los jueces pertenecientes al estrato superior avanzan con mayor rapidez en la carrera que los del grado inferior. En España, otro investigador, el sociólogo Juan José Toharria, observó que más de la mitad de los jueces provienen de un ambiente constituido por personas que ejercen las profesiones legales o que forman parte del aparato burocrático. Casi ninguno proviene de la clase obrera o del mundo campesino.⁴

por la justicia federal de San Martín con 33,33% y la justicia nacional del trabajo con 31,81%; en cambio, existen jurisdicciones con cifras menos alarmantes, como las de Tucumán y Comodoro Rivadavia, donde tan solo hay un 5,5% de jueces subrogantes. El único fuero de todo el Poder Judicial nacional sin jueces provisarios es el correspondiente a Mar del Plata. El 26,26% de los juzgados de primera instancia de todo el Poder Judicial de la Nación se encuentra a cargo de jueces provisarios. Por su parte, en el fuero criminal y correccional federal –que investiga los delitos que comprometen el accionar de los funcionarios públicos, tales como los casos de corrupción– cuatro de los doce juzgados están vacantes y ocupados por tres subrogantes (dos juzgados se encuentran a cargo de un mismo juez provisario).

4 Estos datos surgen de Bercholc Jorge O., "La independencia de la Corte Suprema a través del con-

Por lo demás, el debate sobre la escasa legitimidad democrática del poder judicial y su carácter contra-mayoritario, que torna indigesto para el "democratismo" el control de constitucionalidad de los actos normativos de los otros poderes por el poder judicial, resulta siempre recurrente, incluso en países muy estables institucionalmente como EEUU, Canadá y Alemania. También, señalamos que existen varias investigaciones académicas rigurosas en nuestro país, Alemania y España, que demuestran el sesgo elitista y auto-referencial de los miembros del poder judicial. Vimos que los jueces de la Corte Suprema argentina hasta 1983 provenían en un 60% de la clase alta o media alta. Por qué entonces, antes estos datos duros de la realidad, esgrimir sólo argumentos de tipo prescriptivo-ideal-filosófico, de análisis contra-fáctico, que soslayan sesgos y tendencias tan marcados. Por qué no considerar que los abogados están sobre-representados en las instituciones y agencias estatales, y que los jueces, además del sesgo por su origen y prácticas sociales ya referidos, reservan para sí un enorme poder de interpretación y adecuación de las normas generales a efectos de su aplicación concreta y cotidiana al universo de casos que resuelven y que inciden directamente en la vida de los ciudadanos. Los límites de la articulación teórica entre dos categorías complejas, democracia y república, que no se relacionan automática ni pacíficamente, sin más, son difusos y complejos y siempre sujetos a diseños y rediseños de ingeniería institucional que, finalmente, deberán pasar por el examen de las fuerzas políticas en juego y de las condiciones objetivas de posibilidad para su realización.

Considerados estos datos, la idea de "democratizar la justicia", de abrirla a la participación y comprensión de la ciudadanía, resulta plausible. Una interpretación literal de esa idea fuerza de "democratizar la justicia", debería entenderse como la adaptación de los principios formales democráticos de participación en el proceso de toma de decisiones, de igualdad a efectos de designaciones sin privilegios estamentales y/o procedimentales, y de aplicación de las reglas de las mayorías a tales fines y de la publicidad de la vida y los actos judiciales.

También se pueden esbozar diseños "democratizadores" más apegados a las ideas "democrático-representativas", por ejemplo, aumentar el número de jueces en los más altos tribunales a fin de lograr una base de funcionarios judiciales que permita una óptima representación sociológica-espejo de los distintos clivajes representables de nuestra sociedad.⁵

trol de constitucionalidad respecto a los otros poderes políticos del Estado, (1935-1998)", Editorial Ediar, Buenos Aires, Setiembre 2004, páginas 39 a 41.

5 Para este tipo de análisis véase, Bercholc Jorge O., La Corte Suprema en el sistema político, Editorial Ediar, Buenos Aires, capítulo 1, en especial ver páginas 67 a 73.

Otras ideas destinadas a torcer la tradicional opacidad judicial respecto a distintos rubros, por ejemplo, opacidad i) de las sentencias y sus procesos decisarios, ii) del patrimonio de los jueces, iii) de sus exenciones tributarias y iv) del lenguaje críptico-técnico propio del ámbito jurídico, se pueden vincular con las categorías de visibilidad y transparencia, en todo caso, tangencialmente democráticas, no contrarias a ella, pero no necesariamente relacionadas con los principios más "naturalmente" democráticos ya mencionados en los dos párrafos anteriores. En todo caso, estas ideas están más emparentadas con principios republicanos, no en veta ético-filosófica, sino en su matriz de "checks and balances", frenos y contrapesos, limitación y control del poder.

Los proyectos de reforma.

i.- Tres de los proyectos impulsados por la Presidente no han generado notorias polémicas, y se encuadran dentro de lo que hemos denominado vías tendientes a obtener visibilidad y transparencia contra la tradicional opacidad del poder judicial. Así, los proyectos de ingreso igualitario al Poder Judicial, de declaraciones juradas patrimoniales de carácter público y de publicidad obligatoria de los fallos de la Corte y otros altos tribunales no han merecido, en general, mayores reparos. Luego, los proyectos de mayor densidad y profundidad en el diseño institucional, y por ello, más discutidos.

ii.- La propuesta de crear Cámaras de Casación -ya existe en materia penal- para los fueros civil y comercial, laboral y de la seguridad social y contencioso administrativo federal, resulta muy interesante y tiene varios años de debate y antecedentes en la doctrina. Esta reforma tiene dos aspectos muy positivos. El primero, quitar sobrecarga de trabajo a la Corte Suprema. En la necesidad de quitarle carga competencial a la Corte, en general, coincide amplia doctrina, que no esté sólo focalizada en la coyuntura y oportunidad política, y que apunte a un debate consistente para el perentorio rediseño de la ingeniería institucional y funcional que requiere el poder judicial en la Argentina. Es este uno de los problemas más serios en el desempeño de la Corte que requiere el desmalezamiento de la avalancha de casos que llegan al Tribunal. La creación de las Cámaras de Casación le permitirán (y debe exigírsele) una aplicación más estricta del artículo 280 del Código Procesal, reformado por la ley 23.774 en Abril de 1990, mediante el cual puede rechazar, incluso sin fundamentación, los casos que considere que no revisten cuestión federal o de importancia institucional suficiente, y sólo seleccionar los casos que considere relevantes, tal cual ocurre en dos de los más prestigiosos tribunales de control de constitucionalidad difuso -como en EEUU y Canadá- que resuelven entre 100 y 200 casos por

año, cooptados por decisión de los propios jueces, del universo de casos que llegan a dichas cortes para ser resueltos.⁶

Sin embargo, a pesar de la sanción del nuevo artículo 280 en 1990, la Corte argentina no redujo sustancialmente la cantidad y variedad de casos que resuelve a través de esa vía pues, como ocurre con otros Tribunales Constitucionales muy prestigiosos, no es afecta a ceder competencias ni poder decisario efectivo. El espectro de Robert Michels, y su "ley de hierro de las oligarquías", sobrevuela la cuestión. Ninguna organización o agencia estatal cede poder efectivo, material y concreto, gratuita y graciosamente y ello, además, porque toda organización genera sus propios intereses relativos al poder que detenta.

En Europa, los tribunales constitucionales de control concentrado de constitucionalidad -los únicos que pueden declarar la inconstitucionalidad de una norma, a diferencia de los de control difuso como en Argentina, EEUU y Canadá entre otros países, sistemas donde cualquier juez de cualquier instancia puede declarar inconstitucional una norma-, tienen sus complicaciones operativas por vía de la protección a los derechos fundamentales a través de los amparos, que generan el 98% de la actividad de la jurisdicción, con la paradoja de que el 98% de esos amparos son rechazados por improcedentes, estos datos reflejan la realidad de los tribunales constitucionales de España y Alemania.⁷ Por otras vías recursivas (el recurso por arbitrariedad), y en otro escenario procesal (el ya referido control difuso), estadísticamente, la deformación de la producción de la Corte Suprema en la Argentina presenta guarismos parecidos. Sólo, aproximadamente, el 2% de

6 La Corte en EEUU se rige por el instituto del certiorari que le otorga la facultad discrecional de admitir recursos extraordinarios si se considera que el caso lo merece por su gran trascendencia nacional, política o social o por haber ocupado la atención de la opinión pública. Para reducir las causas a un número razonable y que la Corte pudiera atender con prontitud los requerimientos de las expandidas funciones del estado en febrero de 1925 se sanciona la ley judicial de reformas que introduce el denominado writ of certiorari por el cual se estrecha la competencia de la Corte y se le otorga un amplio poder discrecional. Debe ser propuesto el tratamiento del caso por lo menos por 4 jueces de la Corte (sobre 9 integrantes) y su creación fue motivada por la necesidad de cambiar el sistema de revisión judicial a efectos de restringir la jurisdicción obligatoria del Alto Tribunal, dada la gran cantidad de casos y cuestiones que eran sometidas a su jurisdicción. La Corte canadiense tiene un sistema de admisión de casos por paneles o salas integrados rotativamente por 3 de sus 9 jueces quienes resuelven cuáles serán los procesos sobre los que se expedirán. Vanossi denominó certiorari criollo a la facultad otorgada por el art. 280 a nuestra Corte en "La extensión jurisprudencial del control de constitucionalidad por obra de la Corte Suprema de la Argentina (Balance de una década de certiorari criollo), Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, n.º IV.

7 Datos que surgen del proyecto "Un estudio comparado de la performance de los Tribunales Constitucionales de la Argentina, Alemania, Canadá y España en el ejercicio del Control de Constitucionalidad", Programación Científica UBACyT 2010-2012, Proyecto 20020090100251.

los casos que resuelve la Corte Suprema son en ejercicio del control de constitucionalidad. La amplia mayoría de los casos son por recursos de arbitrariedad en las sentencias de los tribunales inferiores. Ello significa un control intraorgánico, dentro del propio poder judicial. La Corte Suprema no tiene porque ocuparse de la arbitrariedad, cuestiones procesales que deben quedar en manos de la Casación, con lo que el trabajo de la Corte se vería enormemente alivianado.

Visto así, se debilita el argumento de la mayor demora que las nuevas cámaras pueden generar. No puede haber más demora que la que ya existe en una Corte sobrecargada de trabajo. La Casación sería la "última palabra", salvo que la Corte considere que debe decir algo para remediar alguna notoria inconstitucionalidad en temas de interés institucional o federal.

El segundo aspecto positivo es que puede generar grandes mejoras en la composición técnica de los altos tribunales, pues la especialidad técnica de los jueces a designar puede ser eficazmente resuelta cuando se trata de conformar tribunales con especificidades competenciales, cuestión que en una corte "catch all"⁸ es de compleja solución. Dicho de otro modo, para una eficaz definición de las especificidades técnicas de los jueces a designar y también, para el número óptimo de cargos en la Corte, es necesario, previamente, definir el rol que en la ingeniería institucional del poder judicial quiere asignársele a la Corte. Si la Corte viera alivianado su trabajo y sólo se dedicara a temas de relevancia institucional y constitucional, pues quedará despejado el camino para que los jueces que en el futuro arriben a la Corte sean "publicistas", jueces con experiencia en el área del derecho público, constitucional, administrativo, político y con la sensibilidad y experiencia política necesaria para no ser solamente aplicadores mecánicos de leyes, sino para anticipar y medir los efectos que la aplicación de las normas occasionarán. Jueces que hagan un análisis de legalidad, claro, pero también de previsibilidad respecto a los efectos que las sentencias generen –más adelante retomamos este tópico-. Además, asumiendo las responsabilidades políticas que la división funcional del poder les confiere y por ello, trabajando en cooperación, diálogo e interdependencia con los otros poderes políticos del Estado. Esto es lo que las doctrinas jurídicas actuales imponen en países como Canadá, EEUU y Alemania.⁹ El diálogo y la cooperación que el Presi-

8 Una suerte de Corte de Justicia "atrapatodo"- a la que arriban jueces por motivos y justificaciones muy diversas, sin una dimensión estratégica y ello producto de la indeterminación del rol institucional que debe cumplir el Tribunal. Parafraseamos a Otto Kirchheimer y su "catch all party", partido de todo el mundo o "atrapatodo", idea que pergeño en su trabajo "El camino hacia el partido de todo el mundo" en Teoría y sociología críticas de los partidos políticos, Lenk y Neumann, Anagrama, Barcelona, 1989.

9 Roach Kent, The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue,, October

dente de la Corte Suprema Argentina, Lorenzetti, viene anunciando y requiriendo, desde hace algún tiempo atrás, en sus discursos de apertura del año judicial. Deben evitarse las lecturas "escolares", esquemáticas e ingenuas sobre la independencia de los poderes, pues los casos que resuelven los más altos tribunales, están generalmente cargados de un alto voltaje de efecto político y social. Lo que se impone es la mirada de la cooperación e interdependencia entre los poderes del Estado.¹⁰

iii.- La propuesta sobre el modo de elección del Consejo de la Magistratura, resulta ser uno de los proyectos más polémicos, y ello porque interpela dos conceptos teóricos centrales de la ciencia política y del diseño jurídico-institucional de un Estado, el principio democrático y de la legitimidad mayoritaria versus los controles republicanos ya citados.

No se debe "demonizar", la idea de someter a la voluntad popular mediante el voto a través de las organizaciones políticas autorizadas por la Constitución para la competencia electoral, los partidos políticos, la elección de los consejeros. Esas críticas "demonizadoras" terminan siendo funcionales al discurso "antipolítica". Tampoco es de flagrante inconstitucionalidad, en todo caso existen bienes jurídicos tutelados por la Constitución en contradicción, y habrá que revisar su armonización y compatibilización, toda revisión de constitucionalidad implica una opción de los jueces ante los derechos y garantías fundamentales prescriptos en la Constitución. Por supuesto que es, de los seis proyectos de ley propuestos, el más polémico, o sobre el que se puede contra-argumentar con mayor solidez teórica aunque, por cierto, es un debate que la doctrina viene desarrollando desde el siglo 18. El debate gira en torno al carácter político o técnico que debe asumir el Consejo y, en todo caso, allí no se agota la cuestión, puesto que la función, sea cual fuere el proceso de elección de los consejeros, es el de nombrar jueces que deben someterse previamente a concurso. Pero, quiénes eligen a los jueces?, con qué criterio?, para qué fines?

2001. Irwin Law, Canada. Hogg Peter, Charter dialogue revisited, Osgoode Hall, 2007, Canada.

10 Ello sin perjuicio del debate que sobre la cuestión de la independencia judicial deberá darse más temprano que tarde. Por lo demás la cuestión de la independencia de la justicia no sólo debe abordarse respecto de los otros poderes políticos del Estado. La justicia puede ser dependiente, en el mal sentido, del clamor de la mayoría descuidando a las minorías o de intereses poderosos de ciertas minorías descuidando a las mayorías populares. También algunos autores sostienen que la dependencia interna de la propia estructura judicial es un problema casi mayor que el de la relación con los órganos políticos. En este sentido Zaffaroni en "El poder judicial y el poder" en El sistema penal argentino, pág. 48 , Ad hoc , 1992. Binder en "Independencia judicial y delegación de funciones", pág.305, hace referencia a la dependencia de la justicia de su propia estructura burocrática interna, existente en los propios juzgados, dada por la excesiva carga de trabajo y por la rutina del mismo.

Por un lado los temores a la suma del poder en manos de mayorías circunstanciales, por otro lado el desequilibrio que implica la existencia de sectores sociales sobre-representados en el Estado (por ejemplo los abogados y los jueces) que multiplican esa sobre-representación si la elección de los consejeros queda sometida a la decisión de sectores específicos, no abiertos a la participación ciudadana a través de las organizaciones políticas. Obsérvese que la sobre-representación de los abogados es fácilmente observable en todas las ramas de la administración estatal. Asimismo debe ponderarse el enorme poder de interpretación judicial de los magistrados que, en los hechos, significa casi el ejercicio de facultades legislativas, vía sentencias interpretativas de las leyes y siendo que estas actúan como moldes genéricos aplicables a los problemas y conflictos sociales pero que suelen requerir de interpretaciones y adecuaciones muy flexibles y creativas para que resulten de eficaz aplicación, a los fines de resolver hechos muy concretos y diversos que se someten a los jueces. Vaguedades y ambigüedades que se suplen mediante la ponderación e interpretación judicial.

Otra vez, por un lado los riesgos del democratismo mayoritario y las prevenciones que se generan en ciertas minorías (lo de ciertas no es casual, pues hay muchas minorías que no han sido protegidas por los frenos y contrapesos) con relación a los abusos que las mayorías circunstanciales puedan cometer, por el otro el exceso de republicanismo que, como dijo Guillermo O' Donnell en *Accountability Horizontal, Revista Agora* nº 8, 1998, "... cuando se convierte en principio dominante, tiende a ser el gobierno paternalista de una élite auto-designada..."

Debe tenerse en cuenta también que nunca es apolítica la opción de selección de jueces, y que la opción meramente técnica (de consejeros y/o de jueces), suele encubrir la elección de una justicia "legalista" refractaria de la consagración de derechos colectivos sociales, los que necesariamente implican una contradicción y una opción respecto de ciertos derechos individuales. En una investigación de la Universidad de Buenos Aires¹¹ sobre el control de constitucionalidad por la Corte Suprema argentina se comprobó que durante los gobiernos militares el 58% de los jueces fueron especialistas en derecho privado, o sea "civilistas", en cambio durante gobiernos constitucionales el 71% de los jueces fueron de formación "publicista".

Un juez "civilista" estará naturalmente más preocupado por efectuar estrictos

11 Programación Científica UBACyT 2010-2012, Proyecto 20020090100251, datos de esta investigación sobre el punto que comentamos se pueden consultar en la obra ya citada, "La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad respecto a los otros poderes políticos del Estado, (1935-1998)", Editorial Ediar, páginas 97 a 100 y 127 a 130.

juicios técnicos y de legalidad y por erigirse en un protector de derechos sustantivos subjetivos e individuales en resguardo de los abusos de la administración y legitimado por su cercanía con los ciudadanos merced al ejercicio de la jurisdicción. Es posible que, en ese afán desciende el matiz de previsibilidad, de anticipación que resulta menester tengan sus decisiones a fin de no generar con ellas consecuencias peores que las se quieren evitar.

Un juez *"publicista"* dada su formación y su familiaridad con el mundo de la política, estará más inclinado a juicios que contengan el dato de la previsibilidad, de la anticipación sobre las consecuencias políticas, económicas y sociales de sus decisiones. Así será un juez más proclive a proteger al sistema político construyendo un Tribunal protector de los procesos políticos democráticos, observando como meta el óptimo funcionamiento del sistema y, a dicho fin, se relacionará armónicamente y funcionalmente con los poderes ejecutivo y legislativo. Su acción estará enfocada a la protección de derechos sociales o públicos, y permeable a los cambios que se produzcan en los procesos políticos y sociales.

Autores como Cappelletti han insistido frecuentemente en la idea de que los jueces de "carrera" o civilistas no están preparados para el ejercicio de la jurisdicción constitucional.¹²

También el jurista Otto Bachof sostuvo, analizando la función de control de constitucionalidad, en defensa de un Tribunal especial compuesto por jueces especializados que "... La labor, llena de responsabilidad, de interpretación normativa de la Constitución y de protección de su sistema de valores, necesita una instancia especializada en estas cuestiones, requiere personas de notoria experiencia en cuestiones de Derecho y de práctica constitucionales; una experiencia que no tiene el juez ordinario, ni puede tenerla. También requiere esta función un órgano con un carácter totalmente representativo que pueda decidir por sí solo con suficiente autoridad cuestiones de tan trascendentales consecuencias políticas. Se necesita pues un Tribunal Constitucional especial..."¹³

Los cuadros que siguen nos muestran el perfil de los jueces que integraron la Corte Suprema desde 1935 hasta 2002, y desagregaran las categorías durante gobiernos democráticos y militares.

12 Mauro Cappelletti, "Le contrôle juridictionnel des lois", pág.314, Aix-en-Provence, 1986.

13 Otto Bachof, "Jueces y Constitución", pág. 55, Editorial Civitas, Madrid, 1985.

JUECES EN LA CORTE 1935-2002

	Total	Gobiernos democráticos	Gobiernos militares
Jueces Publicistas	62 %	73 %	27 %
Jueces Civilistas	38 %	50 %	50 %

De este cuadro surge que del total de jueces que se desempeñaron entre 1935 y 2002 en la Corte un 62 % tiene características predominantemente publicistas y un 38 % tiene características predominantemente civilistas.

De los jueces publicistas el 73 % integró la Corte durante gobiernos democráticos y el 27 % durante gobiernos militares.

De los jueces civilistas el 50 % integró la Corte durante gobiernos democráticos y el 50 % durante gobiernos militares.

JUECES EN GOBIERNOS DEMOCRÁTICOS O MILITARES 1935-2002

	Jueces publicistas	Jueces civilistas
Gobiernos democráticos	71 %	29 %
Gobiernos militares	42 %	58 %

El segundo cuadro toma en consideración los gobiernos como variable de análisis. Durante los democráticos la Corte estuvo integrada por un 71 % de jueces publicistas y por un 29 % de jueces privatistas.

Durante los gobiernos militares la Corte estuvo integrada por un 42 % de jueces publicistas y por un 58 % de jueces civilistas.¹⁴

Los gobiernos de facto se preocuparon por nombrar en la Corte jueces de carrera pretendidamente apolíticos o sin actuación política, siendo esta una de las consideraciones para el concepto de "publicista". Esta "ingenua" pretensión

¹⁴ Los cuadros y datos estadísticos son de producción propia extraídos del libro, "La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad respecto a los otros poderes políticos del Estado, (1935-1998)", Editorial Ediar, Buenos Aires, Setiembre 2004, "La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad respecto a los otros poderes políticos del Estado, (1935-1998)", Editorial Ediar, Buenos Aires, Setiembre 2004, página 99.

por despolitizar la justicia, sólo encubre una politización de ella detrás de una apariencia de judicialización de la política.

iv.- Finalmente, el que entiendo, es el más endeble y discutible de los proyectos, el que limita las medidas cautelares contra el Estado. Sin dudas que el disparador del proyecto ha sido el largo conflicto con el Grupo Clarín y las sucesivas medidas cautelares que ha obtenido el grupo y que tuvo en suspenso la aplicación de la ley de servicios audiovisuales durante más de tres años hasta el rechazo de la inconstitucionalidad incoada por parte de la Corte Suprema a fines del año 2013. Las medidas cautelares son, en general, otorgadas muy restrictivamente por los jueces y para ello debe acreditarse el gravamen irreparable que se generaría si no se la otorgase y la verosimilitud del derecho de fondo invocado. Si el reclamo contra el Estado es de índole pecuniaria no se vislumbra dónde estaría el gravamen irreparable, el que por otra parte podría acontecer igual ante una medida estatal de fondo (pensemos en una crisis institucional de las características del corralito en 2001-2002) y aunque las cautelares no estuvieran limitadas en el tiempo, como efectivamente ha ocurrido. La situación irritante en la que una ley de fondo, emanada del congreso, sustentada en amplias mayorías obtenidas transversalmente a los partidos, y en suspenso, por la judicialización del caso sobre un tema que responde a decisiones políticas privativas de los poderes soberanos del Estado, debe ser reorientada con suma prudencia. Si bien se trata de una más que dudosa intromisión del poder judicial en ámbitos netamente de decisión política (se trata del diseño de la política comunicacional del Estado, y tal inteligencia surge transparente de la lectura atenta del fallo de la Sala I de la Cámara Civil y Comercial Federal que declaró inconstitucional algunos artículos de la ley 26.522), se debería dejar bien en claro en el proyecto que la limitación debe responder sólo en tanto y en cuanto no se lesionen derechos fundamentales y que sean de plena reparación pecuniario en caso que el Estado resulte perdidoso.

A modo de conclusión.

Para evitar inconsistencias e incongruencias en la política de democratización de la justicia propuesta por el actual gobierno, quedan pendientes, entre otras vías posibles a tal fin:

i) La redefinición del rol institucional de la Corte Suprema a partir de la creación de las tres nuevas Cámaras de Casación y luego, de acuerdo a lo sugerido en este artículo, procurar obtener en los miembros del Tribunal, una representatividad sociológica-espejo fiel de la sociedad, tal cual se planteó en el decreto 222 del 20 de junio de

2003, contradictorio con los efectos que necesariamente provocará el cumplimiento de la ley 26.183, sancionada el 15 de Diciembre de 2006, que prescribe la reducción paulatina, a medida que se vayan produciendo vacantes, del número de jueces que la integran actualmente, a cinco miembros. La disminución de miembros implicará una merma de la representatividad y democraticidad pretendida por el decreto 222/03. Cómo con 5 miembros representar la cuestión de género, el federalismo, las diversas ideologías socio-jurídico y políticas plausibles de ser representadas en la Corte, incluso, el citado clivaje de la extracción socio-económica de los jueces.¹⁵

ii) El juicio por jurados, que además de estar prescripto en la Constitución en su artículo 24, implicaría un gran aporte para la mejora de la participación real y directa de los ciudadanos en la administración de justicia y para la publicidad de los actos de la jurisdicción.¹⁶

iii) La cuestión tributaria flagrante que mantiene en suspenso la ley 24.631, por la firma de la Acordada de la Corte Suprema, 1/2000, que exime a los jueces del pago del Impuesto a las Ganancias.

Más allá de consensos, disidencias y coyunturas, lo que debe celebrarse es que luego de treinta años de continuidad institucional, por fin, se debatan cuestiones complejas y sofisticadas en relación a la ingeniería institucional del Poder Judicial del Estado, era ya hora y es perentoriamente necesario, dados los desafíos no vedados a los que se enfrenta hoy la administración estatal. Es hora de sacar, del sepulcro cerrado bajo siete llaves, temas muy relevantes, que ofrecen soluciones variadas y que no están definitivamente claras y establecidas.

15 Para este tema puede verse Bercholc Jorge O., *La Corte Suprema en el sistema político*, Editorial Ediar, Buenos Aires, capítulo 1 Bercholc Jorge O., *La Corte Suprema en el sistema político*, Editorial Ediar, Buenos Aires, capítulo 1.

16 Bercholc Jorge O. Revista Encrucijadas de la Universidad de Buenos Aires, n° 35, "El juicio por jurados y sus posibles beneficios para la democratización y publicidad del accionar de la Justicia", Buenos Aires, diciembre de 2005.

Resumen

La reforma judicial para democratizar la justicia que impulsó el gobierno de Cristina Fernández de Kirchner en la Argentina, y que ha avanzado raudamente en el Parlamento, generó una intensa polémica de la que hay que destacar y celebrar, más allá de consensos, disidencias y coyunturas, que luego de treinta años de continuidad institucional, por fin, se debatan cuestiones complejas y sofisticadas en relación a la ingeniería institucional del Poder Judicial del Estado, era ya hora y es perentoriamente necesario dados los desafíos novedosos a los que se enfrenta hoy la administración estatal en la región y en el mundo. De los seis proyectos de reforma anunciados por la Presidente, tres se encuadran dentro de lo denominamos vías tendientes a obtener visibilidad y transparencia contra la tradicional opacidad del poder judicial. Otro de los proyectos apunta a descargar trabajo a la Corte Suprema creando Cámaras de Casación de distintas competencias por materia, ello debería apuntar a que el más alto tribunal argentino concentre sus esfuerzos en los temas de mayor relevancia institucional al estilo de las Cortes Supremas de EEUU y Canadá. Los dos proyectos restantes son los que más revuelo han causado y ello porque interpelan dos conceptos teóricos centrales de la ciencia política y del diseño jurídico-institucional de un Estado, el principio democrático y de la legitimidad mayoritaria versus los controles republicanos, la división de poderes, los "checks and balances", los frenos y contrapesos, el control de la gestión política.

Abstract

The judicial reform to democratize the judicial branch that stimulated the government of Cristina Fernandez de Kirchner in the Argentina, has advanced swiftly in the Parliament, generated an intense polemic of that it is necessary to stand out and celebrate, beyond consensuses, dissents and conjunctures, which after thirty years of institutional continuity, finally, there are debated complex and sophisticated questions in relation to the institutional engineering of the judicial branch of the State. Of six projects of reform announced by the President, three are fitted inside the way tending to obtain visibility and transparency against the traditional opaqueness of the judicial branch. Other one of the projects should to unload work to the Supreme Court creating Courts of Cassation of different competences for matter, it should point that the highest Argentine court concentrates his efforts in the topics of major institutional relevancy in the style of the Supreme Court of USA and Canada. Both remaining projects are those that more commotion they have caused, because they address to two theoretical central concepts of the political science and of the juridical - institutional design of a State, the democracy and the majority legitimacy versus the republican controls, the division of power, " checks and balances", the brakes and counterweights, the political management control.

Palabras claves

Reforma judicial - ingeniería institucional - principio democrático - división de poderes

Keys words

Judicial branch reform - institutional design of the judicial branch – democracy - checks and balances

LA DESIGNACIÓN DE LOS MAGISTRADOS CONSTITUCIONALES
COMO GARANTÍA DE SU LEGITIMIDAD - UNA COMPARACIÓN
ENTRE EL DERECHO ESPAÑOL Y EL DERECHO ALEMÁN

Simón Osladil

Estudiante de Derecho de la Universidad de Passau

SUMARIO

Bibliografía

I. Introducción

II. Los requisitos y las condiciones jurídico-positivas para ser Magistrado

1. Reino de España

- a) Ciudadanía española*
- b) Cualidad profesional y reconocida competencia*
- c) Duración del ejercicio profesional*
- d) Exclusión de reelección*
- e) Incompatibilidades*

2. República Federal de Alemania

- a) Ser elegible como diputado en el Bundestag*
- b) Requisitos profesionales*
 - aa) Tener la capacidad para ser juez o ser jurista diplomado (Diplomjurist)*
 - bb) Número mínimo de jueces federales*
- c) Edad*
- d) Exclusión de reelección*
- e) Incompatibilidades*
- f) Declaración de estar dispuesto a aceptar la función de magistrado*

3. Similitudes y diferencias

- a) Ciudadanía y pleno ejercicio de los derechos políticos y civiles*
- b) Requisitos profesionales*
- c) Edad o duración de ejercicio profesional mínimo anterior*
- d) Exclusión de reelección*
- e) Incompatibilidades*

4. Perspectivas

III. La designación de los Magistrados

1. Reino de España

- a) El procedimiento de elección*
 - aa) El procedimiento de elección en el Congreso de Diputados*
 - bb) El procedimiento de elección en el Senado*
 - cc) El procedimiento de elección en el Gobierno*
 - dd) El procedimiento de elección en el CGPJ*
- b) El nombramiento*
- c) Continuación en el cargo*

2. República Federal de Alemania

- a) El procedimiento de elección*
 - aa) El procedimiento de elección ordinario en el Bundestag*
 - bb) El procedimiento de elección ordinario en el Bundesrat*
 - cc) El procedimiento extraordinario en caso de retraso*
- b) El nombramiento*
- c) Continuación en el cargo*

3. Similitudes y diferencias

- a) Los órganos involucrados*
- b) El procedimiento de elección en las Cámaras*
 - aa) El procedimiento de elección en la Cámara Baja*
 - bb) El procedimiento de elección en la Cámara Alta*
 - cc) Las mayorías exigidas*
 - dd) El procedimiento extraordinario en caso de retraso*
- c) El nombramiento*
- d) Continuación en el cargo*

4. Perspectivas

IV. Conclusión

Bibliografía

- BILLING, WERNER, *Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht*, Duncker & Humboldt, Mainz, 1969
- DENNINGER, ERHARD / HOFFMANN-RIEM, WOLFGANG / STEIN, EKKEHART, *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 3^a edición, Hermann Luchterhand Verlag, München, 2001. Cit. AUTOR, Kommentar zum...
- DOLZER, RUDOLF / KAHL, WOLFGANG / WALDHOFF, CHRISTIAN / GRAßHOF, KARIN, *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 2^a edición, C.F. Müller, Heidelberg, 1968. Cit. AUTOR, Bonner Kommentar...
- ENGLER, HELMUT, "Die Richter des Bundesverfassungsgerichts", en Deutsche Richterzeitung, Carl Heymanns, Köln, 1961.
- ESPÍN TEMPLADO, EDUARDO, *Comentarios a la LOTC*, BOE, Madrid, 2001.
- ESTRADA MARÚN, JOSÉ ANTONIO, *El irresuelto problema del retraso en la designación de magistrados constitucionales. Un apunte a la LO 8/2010, de 4 noviembre, de reforma de la LOTC*", en Revista Aranzadi Doctrinal nº 4/2011, Editorial Aranzadi, S.A.
- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, "El TC Español: Una perspectiva orgánica", en La Justicia Constitucional: Una visión de Derecho Compartido, Tomo III, Ed. Dykinson, Madrid, 2009. *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo XII, Cortes Generales editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1999.
- GARCÍA ROCA, FRANCISCO JAVIER, "La Selección de los Magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones" en Revista General de Derecho Constitucional, nº 15, 2012.
- GECK, WILHELM KARL, *Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter*, Nomos, Baden-Baden, 1986. "Nombramiento y status de los Magistrados del Tribunal Constitucional Federal de Alemania", en Revista Española de Derecho Constitucional, año 8, núm. 22, 1988.

- GEIGER, WILLI, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, Vahlen, Berlin / Frankfurt a. M., 1952.
- GONZÁLEZ RIVAS, JUAN JOSÉ, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, 1^a edición, La Ley, 2010.
- HÄUSSLER, RICHARD, *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung*, Duncker & Humblot, Mainz, 1994.
- JARASS, HANS / PIEROTH, BODO, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG*, C.H. Beck, Münster, 2012.
- KISCHEL, UWE, *Handbuch des Staatsrechts*, Tomo III, 3^a edición, C.F. Müller, Heidelberg, 2005.
- KLEIN, ECKART / BENDA, ERNST, *Verfassungsprozeßrecht*, 2^a edición, C.F. Müller, 2001.
- KLOEPFER, MICHAEL, *Verfassungsrecht I*, C.H. Beck, München, 2011
- KRANENPOHL, UWE, *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses, Verlag für Sozialwissenschaften*, Wiesbaden, 2010
- MAHRENHOLZ, ERNST GOTTFRIED, "Zur Funktionsfähigkeit des BVerfG", en Zeitschrift für Rechtspolitik, 1997
- KRÖGER, KLAUS, *Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tomo I, 1976.
- LANDFRIED, CHRISTINE, *Sollen Bundesverfassungsrichter vom Plenum gewählt werden?*, en Zeitschrift für Rechtspolitik, 2012.
- LECHNER, HANS / ZUCK, RÜDIGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 6^a edición, C.H. Beck, München, 2011.
- LEIBHOLZ, GERHARD / RUPPRECHT, REINHARD, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln-Marienburg, 1968.
- LIMBACH, JUTTA, *Das Bundesverfassungsgericht*, C.H. Beck, 2001.

- MAUNZ, THEODOR / SCHMIDT-BLEIBTREU, BRUNO / KLEIN, FRANZ / BETHGE, HERBERT, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 39^a edición, C.H. Beck, München, 2013. Cit. AUTOR, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*...
- MAUNZ, THEODOR / DÜRIG, GÜNTER / HERZOG, ROMAN, *Grundgesetz Kommentar*, 13^a edición, C.H. Beck, München, 2013.
- OPPERMANN, THOMAS, *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tomo I, C.H. Beck, München, 2001.
- PESTALOZZA, CHRISTIAN, *Verfassungsprozessrecht. Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder.*, 3^a edición, C.H. Beck, München, 1991.
- PIEPER, STEFAN ULRICH, *Verfassungsrichterwahlen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.
- SACHS, MICHAEL, *Verfassungsprozessrecht*, 3^a edición, Mohr Siebeck, 2010.
- SACHS, MICHAEL / STURM, GERD, *Grundgesetz: GG*, 6^a edición, C.H. Beck, Köln, 2011.
- SCHMIDT-BLEIBTREU, BRUNO / HOFMANN, HANS / HOPFAUF, AXEL, *Kommentar zum Grundgesetz*, 12^a edición, C.H. Beck, München, 2011. Cit. AUTOR Kommentar zum...
- SCHLAICH, KLAUS / KORIOTH, STEFAN, *Das Bundesverfassungsgericht*, 9^a edición, C.H. Beck, München, 2012.
- SIEDLER, NINA-LUISA, *Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 1999.
- STADLER, MAX, *Die richterliche Neutralität in den Verfahren nach dem Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Regensburg, 1977.
- STURM, GERD, *Die Inkompatibilität im geltenden deutschen Staatsrecht*, München, 1966.

- TROSSMANN, HANS, *Parlamentsrecht und Praxis des Deutschen Bundestages*, W. Stollfuß Verlag, Bonn, 1967.
- UMBACH, DIETER / CLEMENS, THOMAS / DOLLINGER, FRANZ-WILHELM, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2^a edición, C.F. Müller, Heidelberg, 2005. Cit. AUTOR *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*...
- VON MANGOLDT, HERMANN / KLEIN, FRIEDRICH / STARCK, CHRISTIAN, *Kommentar zum Grundgesetz*, 6^a edición, Vahlen, 2010
- WIEFELSPÜTZ, DIETER, "Die Bundesverfassungsrichter werden vom Deutschen Bundestag direkt gewählt!", en *Die Öffentliche Verwaltung*, n° 24, 2012.

I. Introducción

La Justicia Constitucional en el Reino de España y en la República Federal de Alemania está representada por una institución que ostenta una posición particular en la separación de poderes: el Tribunal Constitucional. La importancia y el alcance político de sus sentencias conllevan necesariamente la precisión de una amplia legitimidad democrática, basada en la voluntad del pueblo.

Por lo tanto, el presente trabajo, que se limita a los ordenamientos jurídicos del Reino de España y de la República Federal de Alemania, tendrá por objeto el análisis de un aspecto particular en el proceso de legitimación del Tribunal Constitucional: La designación de sus Magistrados. Intrínsecamente vinculado con el proceso de designación de los Magistrados constitucionales es el régimen de requisitos que restringe el acceso a la Magistratura constitucional a un grupo de personas especialmente cualificadas para el desempeño de ese cargo.

Para la obtención de algunas conclusiones sobre la legitimidad de los Magistrados constitucionales, que es imprescindible para la legitimidad del mismo Tribunal Constitucional, se procederá, en un primer paso, al examen de las normas jurídicas con respecto a los requisitos y los procedimientos de designación en Alemania y España. A continuación, se comparará las regulaciones jurídicas de ambos países para, finalmente, poder hacer referencia a posibles perspectivas y una serie de propuestas para mejorar el sistema de selección y designación de los Magistrados de los correspondientes Tribunales Constitucionales.

II. Los requisitos y las condiciones jurídico-positivas para ser Magistrado

Antes de proceder a la designación y el nombramiento de los Magistrados, éstos han de cumplir determinados requisitos formales para posibilitar su elegibilidad como miembros del Tribunal Constitucional. A continuación se examinará, por tanto, en un primer paso un análisis de las normas que, en el Reino de España y en la República Federal de Alemania, establecen dichos requisitos, para finalmente compararlos y mostrar perspectivas para el futuro de los respectivos ordenamientos jurídicos.

1. Reino de España

a) Ciudadanía española

La Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC) determina en su art. 18 como primer requisito que los miembros del Tribunal Constitucional "*deberán ser nombrados entre ciudadanos españoles*". Aunque el concepto de ser "*ciudadano español*" no viene definido ni en la Constitución española ni en ninguna ley, la doctrina estima que, para cumplir con la premisa de la norma anteriormente mencionada, se requiere, "*en sentido positivo, ostentar la nacionalidad española (arts. 17 a 26 CC), y, en sentido negativo, no hallarse privado o limitado en el ejercicio de los derechos civiles*".¹

b) Cualidad profesional y reconocida competencia

Además, los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados, y ello no se establece originariamente en la LOTC, concretamente por su art. 18, sino que responde al mandato constitucional del art. 159.2 de la Constitución Española de 1978 (CE). Entre los Magistrados se cuentan Jueces, Magistrados y Magistrados del Tribunal Supremo.² A efectos de la LOTC se considerarán Fiscales los Abogados fiscales, los Fiscales y los Fiscales de Sala, mientras que los Profesores de Universidad tendrán la consideración de Catedráticos y Profesores Titulares.³ Los funcionarios públicos serán exclusivamente los de carrera y los abogados serán aquellos licenciados en Derecho que, incorporados a un colegio en calidad de ejercientes, se dediquen a la defensa y promoción de los intereses jurídicos de otros.⁴ Todos ellos han de ser necesariamente, tal y como viene exigido por la CE y la LOTC, juristas.

Mientras que los requisitos antes mencionados se consideran objetivos, la condición establecida en art. 159.2 CE y art. 18 LOTC de ser jurista de reconocida competencia es un requisito subjetivo, un concepto jurídico indeterminado, difícilmente definible. Mientras una parte de la dogmática jurídica entiende que se exige únicamente una trayectoria profesional impecable, cumpliendo unos requisitos mínimos aceptables de capacidad y competencia,⁵ otro sector doctrinal lo interpreta

1 GONZÁLEZ RIVAS, J., *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, La Ley, 2010, pág. 243.

2 *Ídem*.

3 *Ibid.*, págs. 244-245.

4 *Ibid.*, págs. 246-247.

5 *Ibid.*, pág. 250.

como un instrumento para "*la búsqueda de la idoneidad del cargo, huyendo de los mínimos*" y, más allá, "*buscando entre los candidatos a los mejores*".⁶

c) Duración del ejercicio profesional

Otro requisito más para ser elegido como Magistrado del Tribunal Constitucional es, en virtud del art. 159.2 CE, el ejercicio profesional durante más de quince años o, como concreta la LOTC en su art. 18, en activo en la respectiva función. El cómputo comienza con el ingreso en los cuerpos descritos bajo el párrafo b) anterior, con lo que el requisito se cumple cuando se hubiese llegado a 15 años de ejercicio profesional en alguna de las profesiones habilitantes (sin necesidad de haber sido prestados siempre en la misma profesión), con independencia de su carácter continuado o no.⁷

d) Exclusión de reelección

El acceso a la Magistratura del Tribunal Constitucional queda, con arreglo al art. 16.4 LOTC, limitado a aquellas personas que no hayan ocupado ya ese cargo inmediatamente antes o que no lo hayan desempeñado por un plazo superior a tres años.

e) Incompatibilidades

La última condición que, no obstante, no excluye su elección como Magistrado del Tribunal Constitucional por los órganos electorales, pero sí su designación, es no haber incurrido en ninguna de las incompatibilidades que se establecen en art. 159.4 CE y, adicionalmente y de manera diferente, en el art. 19.1 LOTC.

Así, la LOTC comienza en su art. 19.1.1.º con la estipulación de una incompatibilidad no mencionada en la Constitución Española: el Defensor del Pueblo. A continuación, es pertinente destacar que la Constitución establece que la condición de Magistrado del Tribunal Constitucional es incompatible con todo mandato representativo (art. 159.4 CE), mientras que la LOTC reduce la limitación a los cargos de Diputado y Senador (art. 19.1.2.º LOTC), lo que se justifica por el hecho de que el ejercicio de otros cargos representativos ya está incluido en la incompatibilidad con los cargos políticos o administrativos del Estado, las Comunidades Autónomas, las provincias u otras Entidades locales del art. 19.1.3.º LOTC. Adicionalmente se

6 ESPÍN TEMPLADO, E., *Comentarios a la LOTC*, BOE, Madrid, 2001, págs. 313 y 314.

7 GONZÁLEZ RIVAS, J., *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, op. cit.*, pág. 248.

prohiben "*las funciones directivas de partido político, sindicato y empleo al servicio de los mismos*" (art. 159.4 CE) y, más allá de lo que establece la normativa constitucional, también en "asociaciones, fundaciones, y colegios profesionales, y con toda clase de empleo al servicio de los mismos" (art. 19.1.6.º LOTC). Lo que en art. 159.4 CE se estipula como la incompatibilidad con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, en la LOTC se confirma al declarar incompatible la condición de miembro del Tribunal Constitucional con el ejercicio de cualquier jurisdicción o actividad propia de la carrera judicial o fiscal (art. 19.1.4.º LOTC), con empleos de todas clases en los Tribunales y Juzgados de cualquier orden jurisdiccional (art. 19.1.5.º LOTC) y al tener las incompatibilidades propias de los miembros del Poder Judicial (art. 19.1 LOTC). Por último, se determina la incompatibilidad con el desempeño de actividades profesionales o mercantiles (art. 19.1.7.º LOTC), refiriéndose con ello especialmente a la prestación de servicios, por cuenta ajena o propia, de forma individual o de forma societaria.⁸

Además de la regulación en la LOTC, en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, se fija la incompatibilidad de dos cargos públicos. En concreto, el art. 1.3 establece la incompatibilidad del "*ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad, público o privado, que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia*".

La concurrencia de una causa de incompatibilidad no impide proponerle un candidato elegido al Rey según los arts. 159.1 CE y 16.1 LOTC, pero sí impide el nombramiento de Magistrado del Tribunal Constitucional. En estos casos, se le concede al candidato propuesto un plazo de diez días tras la propuesta para cesar en la actividad o el cargo incompatible, ya que si no lo hiciere, se entiende, según art. 19.2 LOTC, la renuncia del cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional.

2. República Federal de Alemania

a) Ser elegible como diputado en el *Bundestag*

El § 3 I de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (*BVerfGG*) fija como condición para ser Magistrado tener el derecho de sufragio pasivo en las elecciones federales, cuya regulación aparece en los arts. 38 II de la Ley Fundamental

8 *Ibíd.*, pág. 256.

de la República Federal de Alemania (*GG*) y § 15 de la Ley Electoral Federal (*BWG*). Así pues, es elegible quien, en el día de las elecciones federales, sea alemán a los efectos del art. 116 I *GG* y quien haya cumplido los 18 años de edad. No obstante, la última condición no tiene trascendencia, ya que el mismo § 3 I *BVerfGG* exige una edad mínima de 40 años como requisito para ser Magistrado.⁹ No es elegible como diputado en el *Bundestag*, aunque cumpla los requisitos sudichos, quien esté excluido del derecho de sufragio activo (§ 13 *BWG*) o quien, como consecuencia de una resolución judicial, no tenga el derecho de sufragio pasivo o la habilitación de desempeñar cargos públicos (§ 15 II *BWG*).

b) Requisitos profesionales

Los requisitos profesionales son los que consisten en la exigencia de una formación jurídica determinada a cualquier persona que quiera ser Magistrado del Tribunal Constitucional Federal.

aa) Tener la capacidad para ser juez o ser jurista diplomado (*Diplomjurist*)

El § 3 II *BVerfGG* establece que, en general, el desempeño del cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional Federal supone la capacidad requerida para el ejercicio de la judicatura, de acuerdo con la Ley Alemana de la Magistratura (*DRiG*).

El mismo § 3 II *BVerfGG* permite, como excepción de la exigencia de la capacidad para ser juez, que el requisito formal se cumpla al haber obtenido el título de *Diplomjurist* (jurista diplomado) hasta el día 3 de octubre de 1990 en los nuevos estados federales, ya que estas personas realizaron su formación académica en la República Democrática Alemana, donde no pudieron obtener la capacidad requerida para el ejercicio de la judicatura, de acuerdo con la *DRiG*.¹⁰

bb) Número mínimo de jueces federales

En virtud de lo establecido en § 94 I *GG*, el Tribunal Constitucional Federal se compone de magistrados federales y de otros miembros. El § 2 III *BVerfGG* especifica el precepto constitucional al fijar que tres Magistrados de cada Sala, es decir, seis de los dieciséis Magistrados del Tribunal Constitucional Federal, han

9 HEINRICHSMIEIER, P., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, C.F. Müller, Heidelberg, 2005, § 3, apartado 3.

10 HÖRNIG, D., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, C.H. Beck, München, 2013, § 3, apartado 11.

de ser jueces federales. Como tales cuentan aquellos provenientes de los Tribunales Federales que figuran en el art. 95 I *GG*: El Tribunal Federal de Justicia, el Tribunal Federal Contencioso-administrativa, el Tribunal Federal de Hacienda, el Tribunal Federal de Trabajo y el Tribunal Federal Social.¹¹ Sin embargo, se trata de un número mínimo, lo que implica que no han de ser necesariamente tres jueces federales en cada Sala, sino que, desde luego, pueden ser más.¹² Otra exigencia del § 2 III *BVerfGG* es la duración del cargo de los jueces federales: éstos tienen que haber ejercido al menos tres años en un Tribunal Federal.

c) Edad

La edad es uno de los requisitos personales que deberá cumplir una persona para poder ser Magistrado del Tribunal Constitucional Federal. El § 3 I *BVerfGG* establece como edad mínima el cumplimiento de 40 años.¹³ Si bien es cierto que no se preceptúa explícitamente una edad máxima para poder ser elegido como Magistrado, es de suponer que ha de tener menos de 68 años, ya que esta es la edad a la que, según el § 4 III *BVerfGG*, un Magistrado es cesado forzadamente en su cargo.

d) Exclusión de reelección

En conformidad con el § 4 II *BVerfGG* se excluye la reelección de los Magistrados del Tribunal Constitucional Federal, esto es, no pueden ocupar su cargo de nuevo ni inmediatamente tras la finalización de su magistratura,¹⁴ ni en cualquier momento posterior.¹⁵ De ahí que nadie que anteriormente ya haya desempeñado el cargo del Magistrado del Tribunal Constitucional Federal pueda ser nombrado como Magistrado.

e) Incompatibilidades

La condición de Magistrado del Tribunal Constitucional Federal es incompati-

11 PIEPER, S., *Verfassungsrichterwahlen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, pág. 24; HEINRICHSMIEIER, P., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 2, apartado 18; LECHNER, H. / ZUCK, R., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, C.H. Beck, München, 2011, § 2, apartado 8.

12 STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Tomo II, C.H. Beck, Köln, 1980, pág. 364; HOPFAUF, A., *Kommentar zum Grundgesetz*, C.H. Beck, München, 2011, Art. 94, apartado 6.

13 PIEPER, S., *Verfassungsrichterwahlen*, *op. cit.*, pág. 24; HEINRICHSMIEIER, P., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 3, apartado 2; KLOEPFER, M., *Verfassungsrecht I*, C.H. Beck, München, 2011, § 19, apartado 39.

14 KRÖGER, K., *Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tomo I, 1976, pág. 76.

15 BVerfGE 40, 356 (362).

ble, a nivel federal, con la calidad de miembro del *Bundestag*, del *Bundesrat* o del Gobierno Federal y, más allá de esto, no pueden pertenecer tampoco a los órganos equivalentes a nivel de los *Länder*, esto es, tener la calidad de miembro de un parlamento o gobierno de un *Land* (art. 94 I *GG* y § 3 III *BVerfGG*).¹⁶ Sin embargo, la calidad de miembro de uno de los órganos representativos mencionados arriba cesa automáticamente, en virtud del § 3 III *BVerfGG*, con el nombramiento como Magistrado del Tribunal Constitucional Federal, por lo que no se imposibilita su elegibilidad de ningún modo.¹⁷

Aunque no esté explícitamente regulado, existe también una incompatibilidad con el cargo del Presidente Federal, según art. 55 II *GG*, y con el del Delegado del *Bundestag* para las Fuerzas Armadas, en virtud del § 14 III de la Ley sobre el Delegado del *Bundestag* para las Fuerzas Armadas (*WBauftrG*), que no podrán ejercer ningún otro cargo público remuneratorio.¹⁸ La designación como Magistrado del Tribunal Constitucional causa, además, como se establece en los § 101 I *BVerfGG* y § 70 *DRiG*, baja en la función de funcionario y juez. Sin embargo, el cargo de juez federal, como el de notario, no puede ser cesado, por lo que se suspenden sus derechos y obligaciones durante su Magistratura (§ 70 *DRiG*, § 104 II y § 101 I *BVerfGG*). Lo dicho hasta ahora significa, a su vez, que la pertenencia a la Asamblea Federal o la afiliación a un partido político no se contrapone con la condición de miembro del Tribunal Constitucional Federal,¹⁹ como tampoco lo hace el ejercicio de actividades a título honorífico en órganos de representación profesional, comunal o eclesiástica.²⁰

Además de las incompatibilidades políticas, existen las no políticas,²¹ establecidas en el § 3 IV *BVerfGG*, en cuya virtud cualquier actividad profesional es incompatible con la condición de miembro del Tribunal Constitucional Federal. Una actividad es profesional, en virtud del art. 12 I *GG*,²² cuando sea de carácter indefinido

16 STURM, G., *Die Inkompatibilität im geltenden deutschen Staatsrecht*, München, 1966, pág. 78.

17 *Ibid.*, pág. 78; STADLER, M., *Die richterliche Neutralität in den Verfahren nach dem Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Regensburg, 1977, pág. 16.

18 HEINRICHSMIEIER, P., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 3, apartado 17; SACHS, M., *Verfassungsprozessrecht*, Mohr Siebeck, 2010, apartado 51.

19 *Ibid.*, § 3, apartado 16; STADLER, M., *Die richterliche Neutralität in den Verfahren nach dem Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Regensburg, 1977, pág. 19.

20 STADLER, M., *Die richterliche Neutralität in den Verfahren nach dem Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, pág. 16; HEINRICHSMIEIER, P., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 3, apartado 16.

21 STURM, G., *Die Inkompatibilität im geltenden deutschen Staatsrecht*, *op. cit.*, pág. 79.

22 BVerfGE 102, 197 (212); 111, 10 (28); 119, 59 (78); 126, 112 (136).

con ánimo de lucro y cuando sirva a la creación y el mantenimiento de medios de subsistencia.²³ Una excepción expresamente establecida en el § 3 IV *BVerfGG* es el ejercicio de las actividades de un profesor de derecho en una universidad alemana, siempre que las tareas judiciales de los Magistrados no puedan sufrir perjuicio por las tareas de docencia. Además, se permite, sin necesidad de admisión, actividades secundarias como una dedicación a escritor, docente o científica, conferencias en la radio o televisión, siempre que cedan el paso a la actividad principal.²⁴

A diferencia de las incompatibilidades políticas, el ejercicio de cualquier actividad profesional no cesa automáticamente con el nombramiento como Magistrado del Tribunal Constitucional Federal, sino que el Magistrado asume la obligación de no ejercer actividades profesionales incompatibles durante su magistratura.²⁵

f) Declaración de estar dispuesto a aceptar la función de magistrado

Es necesario que cualquier persona que quiera ser Magistrado del Tribunal Constitucional Federal declare por escrito su disposición para desempeñar este cargo (§ 3 I *BVerfGG*). La declaración se deberá entregar al Ministerio Federal de Justicia, asegurando así que se incluya exclusivamente a candidatos comprometidos con en el procedimiento de selección.²⁶ Aunque la retirada de la declaración es posible en cualquier momento,²⁷ lo que resulta del régimen del § 12 *BVerfGG*, según el cual un Magistrado podrá solicitar su destitución en todo momento tras su nombramiento,²⁸ la declaración no se podrá hacer bajo condición, ni a plazo o con reservas.²⁹

23 HEINRICHSMAYER, P., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 3, apartado 19; LECHNER, H. / ZUCK, R., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 3, apartado 12.

24 STERN, K., *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, C.F. Müller, Heidelberg, 1968, Art. 94, apartado 92; LEIBHOLZ, G. / RUPPRECHT, R., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln-Marienburg, 1968, § 3, apartado 3.

25 STADLER, M., *Die richterliche Neutralität in den Verfahren nach dem Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, pág. 17; STURM, G., *Die Inkompatibilität im geltenden deutschen Staatsrecht*, *op. cit.*, pág. 79

26 GECK, W., *Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter*, Nomos, Baden-Baden, 1986, pág. 15; PIEPER, S., *Verfassungsrichterwahlen*, *op. cit.*, pág. 23.

27 GEIGER, W., *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, Vahlen, Berlin / Frankfurt a. M., 1952, § 3, nota 1c; GECK, W., *Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter*, *op. cit.*, pág. 15; PIEPER, S., *Verfassungsrichterwahlen*, *op. cit.*, pág. 23; KISCHEL, U., *Handbuch des Staatsrechts*, Tomo III, C.F. Müller, Heidelberg, 2005, § 69, apartado 1.

28 LECHNER, H. / ZUCK, R., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 3, apartado 5.

29 GEIGER, W., *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, *op. cit.*, § 3, nota 1c; KRÖGER, K., *Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht*, *op. cit.*, pág. 76.

3. Similitudes y diferencias

Antes de proceder al análisis profundo de diferencias entre los dos regímenes jurídicos examinados que regulan los requisitos para el acceso a la Magistratura constitucional, hay que destacar que las similitudes predominan y que las diferencias son, sobre todo, de detalle. Ambos sistemas prevén una serie de requisitos formales, como también condiciones profesionales, un régimen de incompatibilidades y la exclusión de la reelección.

a) Ciudadanía y pleno ejercicio de los derechos políticos y civiles

Como señalado más arriba, ambos países exigen como condición formal e imprescindible la posesión de la respectiva ciudadanía y, además, encontrarse en el pleno ejercicio de los derechos políticos y civiles. La diferencia reside en la forma de la regulación: mientras en Alemania este requisito se establece a través de la exigencia del derecho de ser elegible como diputado en el *Bundestag* (§ 3 I *BVerfGG*), en España se requiere únicamente ser ciudadano español (art. 18 LOTC). Sin embargo, la dogmática jurídica española extiende el requisito, más allá del texto literal de la norma, al pleno ejercicio de los derechos políticos y civiles.³⁰

b) Requisitos profesionales

Aunque existe una corriente doctrinal que defiende la inclusión de jueces legos entre los candidatos al Tribunal Constitucional,³¹ en los países que son objeto del presente análisis se ha impuesto la opinión de establecer tribunales cuyos miembros sean única y exclusivamente juristas (arts. 18 LOTC y § 3 II *BVerfGG*). Si bien es cierto que en Alemania se exige la capacidad para ser juez, en España se les permite el ejercicio de la Magistratura constitucional también a juristas que no poseen esta capacidad (p. ej. abogados, funcionarios públicos, etc.). Sin embargo, esto se debe principalmente a las diferencias entre los sistemas de formación jurídica de ambos Estados.³² Además, la enumeración en la LOTC de profesiones que legitiman el acceso a la Magistratura constitucional debe servir, ante todo, para aclarar e ilustrar a qué profesiones se refiere la exigencia de una duración de ejercicio profesional mínimo, requisito que, como se ha podido ver, no existe en la normativa correspondiente alemana.

30 Véase la nota 1.

31 KORIOTH, S., *Das Bundesverfassungsgericht*, C.H. Beck, München, 2012, apartado 41.

32 En Alemania, la aprobación del segundo examen del Estado implica la licencia para el ejercicio de profesiones tipicamente jurídicas, como la judicatura y la abogacía.

En ambos países se han tomado medidas para garantizar la excelencia del Tribunal Constitucional a través de exigencias especiales para los candidatos que quieran formar parte del mismo:³³ Por un lado, en España se exige que se elijan los Magistrados entre aquellos candidatos que sean juristas de reconocida competencia (§ 18 LOTC), tratando de proporcionar así una excelencia completa y amplia entre los miembros del Tribunal Constitucional. En Alemania, por otro lado, se requiere que seis de los dieciséis Magistrados provengan de los máximos Tribunales de la Federación, habiendo ejercido el cargo de juez federal por un mínimo de tres años (§ 2 III *BVerfGG*). Los jueces federales deberán incluir su amplia experiencia, conocimientos y capacidades judiciales en el trabajo que supone su cargo en el Tribunal Constitucional Federal.³⁴ A diferencia del requisito de la reconocida competencia que, al ser un término jurídico indeterminado, es difícilmente valorable en el proceso de selección de los Magistrados,³⁵ con la exigencia de una presencia mínima de jueces federales se introduce una medida objetiva y eficaz para garantizar la competencia técnico-jurídica de los Magistrados y, con ello, el buen funcionamiento del Tribunal.

c) Edad o duración de ejercicio profesional mínimo anterior

Para asegurar que los Magistrados dispongan de una madurez y experiencia profesional suficiente para el ejercicio de su cargo,³⁶ en Alemania se requiere una edad mínima de 40 años (§ 3 I *BVerfGG*), mientras en España se exige un mínimo de 15 años de ejercicio profesional (art. 159.2 CE) o en activo en su respectiva función (art. 18 LOTC). Aunque ambos conceptos tienen el mismo objetivo, se diferencian en su manera de lograrlo que, respectivamente, parece mejorable: considerando que la edad no es solamente un dato biológico, sino una condición de espíritu,³⁷ la exigencia de una edad mínima introducida en Alemania es un elemento objetivo que podrá garantizar una madurez y experiencia vital mínimas de los miembros del Tribunal Constitucional. No obstante, igual de importante o más aún que la madurez

33 BVerfGE 65, 152, 157.

34 STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, *op. cit.*, pág. 364; LIMBACH, J., *Das Bundesverfassungsgericht*, C.H. Beck, 2001, pág. 23.

35 FERNANDEZ SEGADO, F., "El TC Español: Una perspectiva orgánica", en *La Justicia Constitucional: Una visión de Derecho Comparado*, Tomo III, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, págs. 615 y 713 a 715.

36 PIEPER, S., *Verfassungsrätscherwahlen*, *op. cit.*, pág. 24; HEINRICHSMAYER, P., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 3, apartado 2; KLOEPFER, M., *Verfassungsrecht I*, *op. cit.*, § 19, apartado 39; FERNÁNDEZ SEGADO, F., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo XII, *Cortes Generales editoriales de derecho reunidas*, Madrid, 1999, pág. 148.

37 GARCÍA ROCA, F., "La Selección de los Magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones" en *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 15, Iustel, 2012, pág. 14.

personal, es un mínimo de tiempo de ejercicio profesional antes de acceder al cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional para garantizar un currículo jurídico de excelencia y un amplio conocimiento de casos jurisprudenciales.³⁸ Ahora bien, teniendo en cuenta que la exigencia de una edad mínima no asegura la presencia de capacidades y conocimientos profesionales relevantes, ni tampoco el requisito de una duración mínima de ejercicio profesional en profesiones conexas asegura la existencia de una madurez suficiente, parece pues recomendable la vinculación de ambos requisitos, esto es, el cumplimiento de un tiempo mínimo de ejercicio profesional, complementado por una edad mínima para acceder al cargo.

Como se ha podido observar más arriba, en Alemania se cesa a los Magistrados de su cargo a partir de los 68 años (§ 4 III *BVerfGG*), con lo que consecuentemente se fija una edad máxima para acceder al Tribunal Constitucional. El hecho de que la edad máxima de los Magistrados del Tribunal Constitucional Federal sea mayor que la edad legal de jubilación de los jueces vitalicios, que es de 67 años, según el § 48 I *DRiG*, se explica por el aprovechamiento de la experiencia vital y profesional de los Magistrados en beneficio del Tribunal Constitucional Federal.³⁹ Adicionalmente puede ser interpretada como una expresión de la posición extraordinaria del Tribunal y sus Magistrados.⁴⁰ En la legislación española no se encuentra ninguna regulación semejante a la existente en Alemania respecto de los requisitos para ser Magistrado del Tribunal Constitucional. No obstante, además de un mínimo de edad, no podrá faltar, por las mismas razones, el establecimiento de una edad máxima para ocupar el cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional, ya que el buen funcionamiento del Tribunal Constitucional depende también de la buena salud física y mental de sus miembros.

d) Exclusión de reelección

Una de las similitudes entre ambos regímenes jurídicos es su sistema de irreeligibilidad, esto es, que los candidatos a ser Magistrado no pueden haber desempeñado ya anteriormente ese cargo. No obstante, los conceptos de irreeligibilidad de los Magistrados constitucionales de ambos países son de naturaleza diferente. Mientras que en Alemania se prohíbe por completo la posibilidad de un segundo mandato al vedar una reelección inmediata o mediata (§ 4 II *BVerfGG*), en España existe esa prohibición sólo para los casos de elección por un periodo inmediato o cuando se haya ocupado el cargo por un plazo superior a tres años (art. 16.4 LOTC). El funda-

38 *Ídem*.

39 HEINRICHSMAYER, P., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 4, apartado 9.

40 HÖRNIG, D., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 4, apartado 9.

mento de la irreeligibilidad consiste en garantizar la independencia e imparcialidad judicial de los Magistrados constitucionales. Puesto que en ambos países existe la posibilidad de que los Magistrados publiquen sus votos particulares (§ 30 II *BVerfGG* y arts. 164.1 CE y 90.2 LOTC), la irreeligibilidad trae causa en parte a que se evita que los utilicen con el fin de contentar al órgano responsable de su elección y lograr su reelección.⁴¹ Este objetivo se considera también alcanzable a través del nombramiento vitalicio de los Magistrados. Sin embargo, ello dificultaría la evolución de la jurisprudencia constitucional acorde con las transformaciones políticas y sociales.⁴² No obstante, la independencia e imparcialidad de los Magistrados se ve sólidamente garantizada únicamente por vía de la irreeligibilidad inmediata y, sobre todo, mediata, por lo que no se encuentran argumentos suficientes para permitir una reelección posterior, aunque sea solamente mediata.

e) Incompatibilidades

Los sistemas de incompatibilidades para los Magistrados del Tribunal Constitucional en España y Alemania se encuentran regulados de una forma muy similar. Los regímenes coinciden en gran medida, aunque en el caso español se ha procedido a una regulación más detallada en la ley reguladora del Tribunal Constitucional, mientras que en Alemania muchas incompatibilidades están establecidas mediante leyes reguladoras de otros órganos o cargos. Así se tiende a subrayar, en el caso de las incompatibilidades existentes en ambos regímenes jurídicos con la pertenencia a otros órganos constitucionales, el principio de separación de poderes y a consolidar la neutralidad e independencia de los Magistrados frente a influencias políticas, teniendo en cuenta que los actos de autoridad de los órganos constitucionales están sujetos al control de los Tribunales Constitucionales. Además, las demás incompatibilidades permiten que los Miembros del Tribunal Constitucional Federal puedan dedicar toda su capacidad de trabajo al cumplimiento de sus obligaciones como Magistrados.⁴³

Mientras que en España no se fijan expresamente excepciones de las incompatibilidades, en Alemania sí que se hace uso de ello al permitir el ejercicio de

41 STADLER, M., *Die richterliche Neutralität in den Verfahren nach dem Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, op. cit., págs. 8, 11, 14; PESTALOZZA, C., *Verfassungsprozessrecht. Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder*, 3^a edición, C.H. Beck, Múnchen, 1991, pág. 43; FERNÁNDEZ SEGADO, F., "Comentarios a la Constitución española de 1978", op. cit., pág. 118.

42 SACHS, M. / STURM, G., *Grundgesetz: GG*, C.H. Beck, Köln, 2011, Art. 94, apartado 1.

43 ENGLER, H., "Die Richter des Bundesverfassungsgerichts", en *Deutsche Richterzeitung*, Carl Heymanns, Köln, 1961, pág. 287.

las actividades de un profesor de derecho en una Universidad alemana (§ 3 IV *BVerfGG*). El espíritu de esa regulación es el establecimiento de un vínculo entre la práctica y la teoría del Derecho Constitucional,⁴⁴ para hacer fructíferas las experiencias adquiridas respectivamente en ambos cargos.⁴⁵ Sin embargo, no es fácil comprobar hasta qué punto tal conexión genera beneficios para el Tribunal Constitucional y para la docencia del derecho. Y en cuanto a la gran carga de trabajo a la que se ha de enfrentar el Tribunal Constitucional, es difícil imaginarse que las tareas judiciales de sus Magistrados no se vean mermadas por las tareas de docencia,⁴⁶ aunque el § 3 IV *BVerfGG* trata de evitarlo.

4. Perspectivas

Como conclusión del análisis realizado, en lo siguiente se procederá a dar algunas perspectivas para posibles mejoras del sistema de selección de los Magistrados, cuyo instrumento fundamental y más trascendental es, efectivamente, el establecimiento de requisitos que han de cumplir los candidatos para a su elección.

Pues, en primer lugar, hay que resaltar la normativa alemana en cuanto al requisito de ciudadanía y el pleno ejercicio de los derechos políticos y civiles, que resulta convincente por su sencillez y compacidad. En España sería recomendable hacer uso de una formulación parecida, para aclarar la extensión de ese requisito tan fundamental.

En segundo lugar, en ambos regímenes jurídicos se deberá establecer una exigencia simultánea de edad mínima y ejercicio profesional, como también la fijación de una edad máxima en España, todo esto por los motivos alegados más arriba.

Tampoco puede faltar la exclusión de la reelegibilidad inmediata y mediata de los Magistrados del Tribunal Constitucional español según el modelo alemán del § 4 II *BVerfGG*, ya que nada más que así se podrá garantizar su plena independencia e imparcialidad.

44 KISCHEL, U., *Handbuch des Staatsrechts*, *op. cit.*, § 69, apartado 84.

45 OPPERMANN, T., *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tomo I, C.H. Beck, München, 2001, pág. 421.

46 KRANENPOHL, U., *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses: Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts*, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2010, pág. 488; MAHRENHOLZ, E., "Zur Funktionsfähigkeit des *BVerfG*", en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1997, apartado 129.

Además de ello, puede resultar recomendable la sustitución de la fórmula de la reconocida competencia del art. 18 LOTC por el requisito de un número mínimo de jueces de los Tribunales Supremos del Estado, para objetivar la selección de los Magistrados y, a la vez, garantizar con ello la presencia de juristas de máximo prestigio en el Tribunal Constitucional.

Tampoco se deberá permitir la compatibilidad del cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional con el ejercicio de las actividades de un profesor de derecho en una Universidad, como lo hace el § 3 IV *BVerfGG*. Pese a sus posibles efectos positivos, parece más probable que predominen las consecuencias negativas para el ejercicio de la Magistratura constitucional, por lo que su derogación parece aconsejable.

III. La designación de los Magistrados

Una vez cumplidos los requisitos antes mencionados, se procede a la designación de los Magistrados de los Tribunales Constitucionales. Debido a ello, se verá subsiguientemente el examen de las normativas determinantes en ambos países y, adicionalmente, una comparación de las mismas para analizar posibles perspectivas.

1. Reino de España

a) El procedimiento de elección

La elección de los doce Magistrados del Tribunal Constitucional por los correspondientes órganos electorales está regulada por norma constitucional y su desarrollo se encuentra en la LOTC. De ahí que se les atribuya a los tres poderes del Estado la facultad de propuesta de Magistrados: Las Cámaras, es decir, el Congreso de Diputados y el Senado, proponen a cuatro Magistrados cada una, mientras que el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y el Gobierno proponen a dos Magistrados cada uno (art. 159.1 CE y 16.1.1º LOTC).

En cuanto al procedimiento de elección, el art. 17.1 LOTC determina que, a más tardar, *"antes de los cuatro meses previos a la fecha de expiración de los nombramientos, el Presidente del Tribunal solicitará de los Presidentes de los órganos que han de hacer las propuestas para la designación de los nuevos Magistrados, que inicien el procedimiento para ello"*. Ya que, de acuerdo con el art.

16.3 LOTC, el Tribunal Constitucional se renueva por terceras partes cada tres años, los órganos constitucionales se determinan según les corresponda la elección de un tercio de los Magistrados.

aa) El procedimiento de elección en el Congreso de Diputados

La fase anterior a la elección de los Magistrados por el Congreso se inicia con la comparecencia de los candidatos propuestos ante la Comisión Consultiva de Nombramientos (art. 16.2 LOTC). El procedimiento de elección de los cuatro Magistrados que ha de proponer el Congreso de Diputados, y para el que la Constitución Española prevé que cada candidato sea elegido por mayoría de tres quintos de sus miembros, se encuentra recogido en el art. 204 de su Reglamento interno (RCD), y se corresponde con aquel por el que se nombra a los cuatro Miembros del CGPJ también propuestos por el Congreso de Diputados. Será, por tanto, el pleno de esta Cámara el que elegirá a los Magistrados (art. 204.1 RCD), teniendo cada grupo parlamentario derecho a proponer hasta cuatro candidatos con un tiempo de intervención máximo de cinco minutos (art. 204.2 RCD). En este caso, el procedimiento de votación consiste en que cada parlamentario escribe en la papeleta hasta un máximo de cuatro nombres (art. 204.3 RCD), resultando elegidos aquellos cuatro que obtengan un mayor número de votos (art. 204.4 RCD). El art. 204.5 RCD fija el procedimiento en caso de que en primera votación no sean cubiertos los cuatro puestos: Entonces, "*se realizarán sucesivas votaciones, en las que se podrá reducir progresivamente el número de candidatos a partir de un número no superior al doble del de puestos a cubrir. En estas votaciones sucesivas se podrá incluir en las papeletas un número de candidatos igual que el de puestos a cubrir. La Presidencia podrá, si las circunstancias lo aconsejan, interrumpir, por un plazo prudencial, el curso de las votaciones.*" En caso de empate, se procederá a realizar una nueva votación entre aquellos que hayan obtenido igual número de votos (art. 204.6 RCD).

bb) El procedimiento de elección en el Senado

Lo establecido en los arts. 159.1 CE y 16.1.1º LOTC, que es de aplicación tanto para el Congreso de Diputados como para el Senado, se ve ampliado en el caso del Senado por el art. 16.1.2º LOTC que estipula para los Magistrados propuestos por ésta Cámara que "*serán elegidos entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas en los términos que determine el Reglamento de la Cámara*". El desarrollo de las normas antes mencionadas, y del procedimiento de elección en especial se encuentra en los arts. 184 a 186 del Reglamento del Senado (RS). De gran importancia es aquí el art. 184.7a) RS, que

determina que cada Asamblea Legislativa podrá, tras la apertura y dentro del plazo comunicado por el Presidente del Senado, presentar un máximo de dos candidatos. La comparecencia de los candidatos propuestos por el Senado con posterioridad a su elección ante la Comisión de Nombramiento del Senado del art. 16.2 LOTC, está expuesto en art. 185 RS: Dicha comisión procede a la comparecencia de los candidatos una vez que haya comprobado el pleno cumplimiento de los requisitos para ser Magistrado (art. 185.3 RS). En caso de no haberse presentado candidaturas suficientes en el plazo, la comisión podrá incluir a otros candidatos, con la exigencia de que éstos también comparezcan ante ella (art. 184.7b) RS). Durante esta comparecencia podrán los miembros de la comisión *"solicitar al candidato aclaraciones sobre cualquier extremo relacionado con su trayectoria profesional o sus méritos profesionales"*, quedando prohibidas cualquier tipo de *"preguntas que pudieran menoscabar o poner en cuestión indebidamente el honor o el derecho a la intimidad del candidato"* (art. 185.4 RS). A continuación, la Comisión elaborará un informe sobre la idoneidad de los candidatos (art. 185.6 RS) y elevará al Pleno del Senado una propuesta con tantos candidatos como puestos a cubrir (art. 184.7b) RS). El informe deberá ser presentado por un miembro de la Comisión en un tiempo máximo de diez minutos, dándoles, además, la oportunidad de intervenir a los Portavoces de los distintos Grupos Parlamentarios, también en un tiempo no superior a diez minutos (art. 186.1 RS). El procedimiento de votación que sigue es, en principio, igual al del Congreso de los Diputados descrito arriba y se encuentra regulado en los párrafos 2 a 5 del art. 186 RS.

cc) El procedimiento de elección en el Gobierno

La elección de los dos Magistrados que le corresponde proponer al Gobierno se rige por la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización y Funcionamiento del Gobierno. En virtud de los arts. 5.1 k, 18.2 y 20.3 a) de esta Ley, el Gobierno elige a los dos Magistrados que deberá proponer al Rey en reunión decisoria e indelegable del Consejo de Ministros.

dd) El procedimiento de elección en el CGPJ

El desarrollo normativo del art. 159.1 CE que fija la elección de dos Magistrados por el CGPJ se encuentra en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), fijando una mayoría de tres quintos para que la propuesta de un candidato a Magistrado del Tribunal Constitucional tenga éxito (107.2 LOPJ), otorgándole dicha competencia al Pleno del CGPJ en virtud del art. 127.1 LOPJ, cuyo funcionamiento se rige, en detalle, por el Reglamento 1/1986 de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial.

b) El nombramiento

Una vez que los órganos legitimados hayan cumplido con su deber de elegir a los Magistrados del Tribunal Constitucional, se dará comienzo a la fase de nombramiento. El órgano constitucional legitimado para ello es el Rey en nombre de la Corona, a quien se le transmitirá la propuesta de cada una de las Cámaras, del Gobierno o del CGPJ, según el caso (arts. 159.1 CE y 16.1 LOTC). Antes de que el nombramiento entre en vigor, éste acto del Rey tiene que ser refrendado por el Presidente de Gobierno y, en su caso, por el Ministro competente, que es en este caso el Ministro de Justicia.

c) Continuación en el cargo

El art. 17.2 LOTC fija que los "*Magistrados del Tribunal Constitucional continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes hubieren de sucederles*". La doctrina entiende que la continuación de los Magistrados salientes en su cargo no se considera un desempeño interino de sus funciones, sino una prórroga de su mandato.⁴⁷

Además, el art. 16.4 LOTC establece que "*si hubiese retraso en la renovación por tercios de los Magistrados, a los nuevos que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación*".

2. República Federal de Alemania

a) El procedimiento de elección

La Constitución alemana le atribuye al *Bundestag*, en concepto de representación del pueblo alemán como órgano federal supremo legislativo de la República Federal de Alemania, la elección de la mitad de los Magistrados del Tribunal Constitucional Federal, y al *Bundesrat*, órgano de representación de los *Länder* ante la Federación, la mitad restante (art. 94 I GG). De conformidad con el § 2 I, II *BVerfGG*, cada uno de los órganos habilitados y obligados a elegir respectivamente la mitad de los Magistrados, elige a ocho miembros del Tribunal Constitucional Federal, ya que éste se compone de dos Salas con ocho Magistrados

47 GONZÁLEZ RIVAS, J., *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, op. cit., pág. 239; GARCÍA ROCA, F., "La Selección de los Magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones", op. cit., pág. 10.

cada una. El § 5 I *BVerfGG* reitera el precepto constitucional del art. 94 I *GG* y lo concreta al establecer que *Bundestag* y *Bundesrat* eligen no sólo a la mitad de los Miembros del Tribunal Constitucional, sino en particular a la mitad de los Magistrados de cada Sala. Teniendo en cuenta que, de acuerdo con § 2 III *BVerfGG*, se designan en total seis jueces federales, tres de cada Sala, es inviable que cada órgano electoral elija a la mitad de los jueces federales de cada una de las mismas. Por tanto, el § 5 I *BVerfGG* fija que un órgano electoral elige a dos jueces federales y a otros dos miembros, mientras que el otro órgano electoral elige a un juez federal y a otros tres miembros de la respectiva Sala.

Una semana antes, a más tardar, de proceder a la elección de los Magistrados, el Ministro Federal de Justicia ha de remitir a los órganos electorales dos listas (§ 8 III *BVerfGG*) que administra permanentemente: Una, según el § 8 I *BVerfGG*, que conforma el Ministro Federal de Justicia bajo su propia responsabilidad,⁴⁸ incluyendo a los jueces federales que cumplan los requisitos del § 3 I, II *BVerfGG*, y otra, de acuerdo con el § 8 II *BVerfGG*, que contendrá a todas las personas que hayan sido propuestas para el cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional Federal por un grupo parlamentario del *Bundestag*, por el Gobierno Federal o el Gobierno de un *Land* y que, a su vez, cumplan los requisitos susodichos.

Los periodos de elección en los órganos electorales para sustituir a los Magistrados comienzan, de conformidad con el § 5 II *BVerfGG*, no antes de tres meses precedentes a la fecha de la expiración de su mandato. En el mismo artículo se establece que, debido a su carácter, para el *Bundestag* resulta un periodo de elección especial en caso de que sea disuelto en este periodo: el plazo para la elección es entonces de un mes tras su reunión. En el caso extraordinario de que un Magistrado cese con anterioridad de la expiración de su mandato, su sucesor será elegido, para un mandato completo,⁴⁹ en el plazo de un mes por el órgano electoral que haya elegido al Magistrado cesado (§ 5 III *BVerfGG*).

aa) El procedimiento de elección ordinario en el *Bundestag*

El § 6 *BVerfGG* desarrolla el precepto constitucional del art. 94 I *GG* que fija la elección de la mitad de los Magistrados por el *Bundestag*, declarando que la respectiva elección debe realizarse por sufragio indirecto (§ 6 I *BVerfGG*). Es decir, el *Bundestag* no elige a los Magistrados en pleno, sino que designa, en

48 KLEIN, F., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, C.H. Beck, München, 2013, § 8, apartado 2.

49 HÖMIG, D., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, C.H. Beck, München, 2013, § 5, apartado 13.

virtud del § 6 II *BVerfGG* y de acuerdo con las reglas del escrutinio proporcional, a doce miembros de un Comité para la elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional Federal.

En cuanto al procedimiento de elección de los compromisarios hay que destacar que cada grupo parlamentario tiene derecho a presentar propuestas mediante listas cerradas y que el escrutinio de los doce puestos se rige por la Regla D'Hondt (§ 6 II *BVerfGG*). Los compromisarios, que no están sometidos a instrucciones, ocuparán su cargo durante toda la legislatura, siendo motivo de abandono de este puesto, por tanto, el cese de su cargo de diputado, tanto si es por dimisión como por fallecimiento.⁵⁰ En estos casos, así como por declaración de incapacidad o por impedimento del miembro, toma posesión de su cargo el siguiente que hubiese estado en la misma lista cerrada (§ 6 II *BVerfGG*).

El proceso electoral de los Magistrados comienza con la convocatoria de los miembros del Comité y termina con la elección de todos los Magistrados. En principio, las sesiones no serán públicas, de acuerdo con el § 73 II del Reglamento interno del *Bundestag* (*GeschOBT*) y la votación de los Magistrados será a mano alzada o, si hay varios candidatos, secreta.⁵¹ Será elegido como Magistrado quien, con arreglo del § 6 V *BVerfGG*, obtenga ocho votos. Esto es, se exige mayoría cualificada de dos tercios de los votos del Comité. Resaltar aquí que, según § 6 IV *BVerfGG*, los miembros del Comité están obligados a guardar secreto profesional sobre las relaciones personales de los candidatos que se dieron a conocer por su cargo y sobre los debates y la votación en el Comité.

bb) El procedimiento de elección ordinario en el *Bundesrat*

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal desarrolla la normativa constitucional que estipula la elección de la mitad de los Magistrados por el *Bundesrat* (art. 94 I *GG*) al establecer que los Magistrados del Tribunal Constitucional Federal se elegirán por mayoría de dos tercios de los votos del *Bundesrat* (§ 7 *BVerfGG*), exigiendo así una mayoría cualificada.⁵² Por otra parte, no existen normas que especifiquen el procedimiento de elección en el *Bundesrat*, con lo que se supone que éste se regirá por las normas de su reglamento interno en cuan-

50 KLEIN, F., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 6, apartado 8.

51 TROSMANN, H., *Parlamentsrecht und Praxis des Deutschen Bundestages*, W. Stollfuß Verlag, Bonn, 1967, pág. 285.

52 KLEIN, F., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 7, apartado 1.

to al proceso previsto para la toma de decisiones.⁵³ De ahí que el procedimiento de elección de los Magistrados se caracterice por una votación a mano alzada y, en consecuencia, por ser público.⁵⁴ Además es destacable que existe una comisión para la preparación de las elecciones que, no obstante, cumple una función asesora, formulando única y exclusivamente recomendaciones.⁵⁵

cc) El procedimiento extraordinario en caso de retraso

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal contiene un régimen extraordinario de aplicación en aquellos casos en los que, en el plazo de dos meses a partir de la expiración del mandato o del cese anticipado de un Magistrado, no se haya producido la elección de un sucesor. En tal caso, el miembro de mayor antigüedad del Comité de elección del *Bundestag* (§ 7 a I *BVerfGG*) o el Presidente o el Vicepresidente del *Bundesrat* (§ 7 a III *BVerfGG*), dependiendo de cuál sea el órgano encargado de la respectiva elección, ha de instar al Tribunal Constitucional Federal a que éste presente alguna propuesta para su posterior elección. A continuación, el pleno del Tribunal Constitucional Federal decide, según el quórum de asistencia establecido en el § 16 II *BVerfGG*, esto es, con la presencia de dos tercios de sus miembros, por mayoría simple, sobre la propuesta que debe contener tres personas, salvo cuando haya que elegir a más de un Magistrado. En este último caso, el Tribunal tiene que proponer el doble del número de Magistrados que se hayan de elegir (§ 7 a II *BVerfGG*). Sin embargo, las propuestas del Tribunal no son jurídicamente vinculantes para el respectivo órgano electoral, por lo que éste podrá decidir libremente sobre la elección también de personas no incluidas en las propuestas referidas (§ 7 a IV *BVerfGG*).

b) El nombramiento

Tras la elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional Federal por el *Bundestag* y el *Bundesrat* se efectuará su nombramiento. Tal como establece el art. 60 I *GG*, es el Presidente Federal quien debe efectuar el nombramiento de los jueces federales, entre los que también se encuentran los Magistrados del Tribunal Constitucional Federal.⁵⁶ Pues, aunque ellos son jueces especiales, el Tribunal Constitucional Federal al que pertenecen es, no obstante, un Tribunal Federal que

53 MAUNZ / DÜRING / HERZOG, *Grundgesetz Kommentar*, C.H. Beck, München, 2013, Art. 52, apartado 24.

54 *Ídem*.

55 KLEIN, F., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 7, apartado 3.

56 *Ibíd.*, § 10, apartado 2.

tiene sus raíces en el Título IX (sobre el Poder Judicial) del *GG*, con lo que los mismos Magistrados también son considerados jueces federales en sentido amplio.⁵⁷ Aunque el art. 60 I *GG* subraya que existe la posibilidad de que las leyes dispongan otra cosa, la *BVerfGG* reitera que el Presidente Federal nombra a los elegidos (§ 10 *BVerfGG*). Por otra parte, con arreglo al art. 58 I *GG*, las ordenanzas y disposiciones del Presidente Federal, entre las que también figura el nombramiento del que se trata aquí, necesitan, para su validez, ser refrendadas por el Canciller Federal o por el Ministro federal competente. El nombramiento se considera un acto formal que convierte a los elegidos en Magistrados del Tribunal Constitucional Federal,⁵⁸ por lo que, más allá de un derecho de examen formal de la elección de los Magistrados,⁵⁹ al Presidente Federal no se le atribuye un derecho de examen material, ya que, si así fuera, se produciría una influencia no querida por parte del poder ejecutivo en la elección de los Magistrados Federales.⁶⁰

c) Continuación en el cargo

Según el § 4 IV *BVerfGG*, los Magistrados constitucionales continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta el nombramiento de su respectivo sucesor cuyo inicio del mandato no se una sin interrupción a la finalización del mandato del Magistrado saliente. Sin embargo, no se trata de la prórroga del mandato del Magistrado saliente,⁶¹ sino del desempeño provisional y de la gestión interina del cargo.⁶²

3. Similitudes y diferencias

A raíz del establecimiento de requisitos para ser Magistrado del Tribunal Constitucional, con lo que se deberá haber limitado el acceso a ese cargo a un determinado grupo de personas cualificadas e idóneas, el siguiente paso es la instalación de un régimen de designación que garantice y refuerce la legitimidad de los Magistrados.

57 *Ídem*.

58 KLEIN, F., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 10, apartado 6.

59 MAUNZ / DÜRING / HERZOG, *Grundgesetz Kommentar*, *op. cit.*, Art. 60, apartado 2; KLEIN, F., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 10, apartado 1.

60 KLEIN, F., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 10, apartado 4.

61 HÄUBLER, R., *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung*, Duncker & Humblot, Heidelberg, 1994, pág. 238.

62 BILLING, W., *Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht*, Duncker & Humblot, Mainz, 1969, pág. 150.

a) Los órganos involucrados

En cuanto a las regulaciones sobre la designación de los Magistrados, se encuentra una serie de diferencias fundamentales entre España y Alemania. Esto se debe, sobre todo, a las formas diferentes de Estado y a diferencias en la organización estatal.

El hecho de que los órganos competentes para la elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional Federal de Alemania son solamente dos, esto es, el *Bundestag* y el *Bundesrat*, se debe a su forma de Estado, que es el federalismo. Esto se ve expresado en el establecimiento de una cláusula de paridad en la normativa constitucional, según la cual cada cámara elige a la mitad de los Magistrados (art. 94 I *GG*).⁶³ Teniendo en cuenta que así, además, las cadenas de legitimación conducen hasta el pueblo mismo, del cual nace todo poder político (art. 20 II *GG*), se le concede legitimidad democrática a los Magistrados, que, como miembros de un órgano constitucional, precisan de ello.⁶⁴

En España, por otra parte, la representación federal no es una exigencia necesaria, ya que este país tiene un sistema autonómico. Se parte, más bien, de un sistema tripartido, es decir, participan los tres poderes tradicionales del Estado en la designación de los Magistrados.⁶⁵ El número de órganos involucrados es, por tanto, dos veces mayor que en Alemania, esto es, a la competencia de las dos cámaras, que son el Congreso de los Diputados y el Senado, de elegir a un número determinado de Magistrados del Tribunal Constitucional, se suman el Gobierno y el CGPJ. Puesto que la "*soberanía nacional reside en el pueblo, del que emanen todos los poderes del Estado*" (art. 2.1 CE) y dado que los tres órganos electorales están mediata o inmediatamente legitimados por el pueblo, los Magistrados del Tribunal Constitucional de España también gozan de plena legitimidad democrática.

b) El procedimiento de elección en las Cámaras

El uso de listas actualizadas con candidatos idóneos para la Magistratura constitucional, administradas por el Ministro Federal de Justicia, que se ha establecido

63 JARASS, H. / PIEROTH, B., *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG*, C.H. Beck, Münster, 2012, Art. 94, apartado 1; SACHS, M. / STURM, G., *Grundgesetz: GG, op. cit.*, Art. 94, apartado 2.

64 GECK, W., "Nombramiento y status de los Magistrados del Tribunal Constitucional Federal de Alemania", en Revista Española de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 8, núm. 22, 1988, pág. 179.

65 FERNÁNDEZ SEGADO, F., "Comentarios a la Constitución española de 1978", *op. cit.*, pág. 79.

en Alemania, no se conoce en el ordenamiento jurídico español, aunque tiene una serie de beneficios para el procedimiento de elección en ambas Cámaras: Facilita la selección de los candidatos hábiles y, por consiguiente, el mismo procedimiento de elección.⁶⁶

En cuanto a los plazos que se establecen en ambos regímenes jurídicos para iniciar el procedimiento de elección, hay que constatar que existen, pero que son, analizándolos en detalle, efectivamente diferentes: En España se establece la iniciación del procedimiento como mínimo cuatro meses, y en Alemania como máximo tres meses previos a la expiración del mandato del Magistrado saliente. A la luz de que en Alemania el órgano encargado de iniciar el procedimiento de elección es el órgano electoral correspondiente, se pretende con la fijación de un plazo máximo obligarlo a proceder a la renovación del Tribunal Constitucional Federal dentro de un plazo próximo a la expiración del mandato del Magistrado saliente. Así se trata de evitar que los órganos electorales procedan a la elección en un tiempo antes de tres meses porque les convenga por cuestiones políticas,⁶⁷ o para elegir a los nuevos Magistrados mucho antes del término de la legislatura, cuando la expiración de los Magistrados salientes se produzca en la legislatura siguiente.⁶⁸ Este razonamiento, sin embargo, no es aplicable al caso español, dado que se ha tomado una medida mucho más contundente: Se ha encargado al mismo Tribunal Constitucional o, para ser más preciso, a su Presidente, de solicitar a los órganos electorales la iniciación del procedimiento de elección (art. 17.1 LOTC), con lo que se esquivará el surgimiento de la problemática que se da en el caso alemán.

No obstante, es llamativo que normativas, que obliguen a los órganos electorales a finalizar la elección en un plazo determinado, existen en Alemania exclusivamente para casos excepcionales, mientras que en España faltan por completo. Pues, el propósito de las normas excepcionales es perfectamente comprensible: La fijación del plazo de un mes a partir de su reunión en caso de que la expiración del mandato de un Magistrado saliente concuerde con la disolución del *Bundestag* sirve para solucionar la importante cuestión sobre si la Cámara está competente antes o después de las elecciones federales, ya que los cambios que se produzcan en su composición pueden ser sensibles.⁶⁹ Y cuando un Magistrado

66 KLEIN, F., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 8, apartado 1.

67 BOWITZ, H., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, C.F. Müller, Heildeberg, 2005, § 5, apartado 24; VOßKUHLE, A., *Kommentar zum Grundgesetz*, Vahlen, 2010, Art. 94, apartado 11.

68 GEIGER, W., *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, *op. cit.*, § 5, apartado 2; SIEDLER, N., *Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 1999, pág. 236.

69 BOWITZ, H., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 5, apartado 30.

cese con anterioridad de la expiración de su mandato, el plazo de un mes dentro del cual se tendrá que realizar su sustitución tiene por objetivo limitar las vacantes y garantizar así el funcionamiento del Tribunal.⁷⁰

A la luz de los retrasos que se suelen producir en las elecciones de los Miembros de los Tribunales Constitucionales de ambos países es, sin embargo, poco comprensible el hecho de que no se hayan establecido plazos obligatorios dentro de los cuales se deberían finalizar las elecciones. Si bien es cierto que la elección de los Magistrados no es incoercible y es difícilmente imaginable la imposición de sanciones a los órganos electorales en caso de retrasos producidos por éstos, la fijación de plazos concretos manifestaría, por lo menos, la contradicción de aquellas dilaciones con la ley y podrán traer consigo, aunque no consecuencias jurídicas, responsabilidad alguna en un sentido político.⁷¹

A continuación, pues, se procederá solamente a la comparación del procedimiento de elección en las dos cámaras de ambos países, ya que en Alemania no se da el caso de la designación de Magistrados ni por el Gobierno, ni por el CGPJ o cualquier otro órgano semejante.

aa) El procedimiento de elección en la Cámara Baja

La Cámara Baja de cada país, esto es, el Congreso de Diputados en España y el *Bundestag* en Alemania, elige, respectivamente, a una parte de los Magistrados constitucionales, dado el mandato constitucional (arts. 159.1 CE y 94.1 *GG*) en ambos Estados. Sin embargo, el procedimiento de elección que se ha establecido para ellas no puede ser más diferente: Mientras que en España existe una Comisión encargada para preparar las elecciones, que tendrán lugar en el pleno de la Cámara, en Alemania se ha delegado por completo la competencia de elección a un Comité para la elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional Federal, cuyos miembros están obligados a guardar secreto profesional. Este procedimiento siempre ha sido objeto de debates controvertidos, y lo sigue siendo aún después del pronunciamiento del propio Tribunal sobre el § 6 *BVerfGG* que establece la elección indirecta de sus Magistrados. En su sentencia, el Tribunal Constitucional Federal ha declarado la constitucionalidad del artículo mencionado, al argumentar que la Constitución alemana, en su art. 94 I *GG*, designa al *Bundestag* la elección de una parte de los Magistrados, pero que, por falta de concreción, deja abierto al poder

70 KLEIN, E. / BENDA, E., *Verfassungsprozeßrecht*, C.F. Müller, 2001, apartado 134.

71 Véase GONZÁLEZ RIVAS, J., *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, op. cit.*, pág. 241.

legislativo la elaboración del procedimiento. Además, añade que la justificación de la elección indirecta consiste en el objetivo de fortalecer la reputación del Tribunal y la confianza en su independencia, ya que una elección en el pleno del *Bundestag* podría poner a los candidatos en una situación parecida a la de una campaña electoral, lo que implicaría una politización del procedimiento.⁷² Sin embargo, y considerando el poder político significativo del Tribunal Constitucional, sus Miembros han de estar provistos de legitimidad democrática, garantizada únicamente por una transparencia máxima del respectivo procedimiento de elección.⁷³ Por lo tanto, hay que subrayar que la declaración de constitucionalidad del procedimiento de elección mencionado no excluye la facultad del *Bundestag* de cambiarlo, ya que ha sido esta cámara que lo ha creado.⁷⁴

bb) El procedimiento de elección en la Cámara Alta

Los procedimientos de elección en la Cámara Alta de ambos países son, a primera vista, similares, ya que el *Bundesrat* y el Senado tienen, respectivamente, a su disposición una comisión para la preparación de las elecciones cuya celebración tiene lugar en el pleno de la Cámara. No obstante, en España, la facultad de propuesta de los candidatos, a los que luego se vota, no les corresponde a los miembros del propio órgano, como es el caso en Alemania, sino que se les está fundamentalmente atribuido a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, finalmente esta diferencia resulta siendo una similitud: Las Comunidades Autónomas obtienen de esta manera la posibilidad de participación en las elecciones de los Magistrados constitucionales, algo que en Alemania también existe, considerando que los miembros del *Bundesrat* tienen un vínculo directo con los Gobiernos de los *Länder*, al ser miembros de los mismos. Dudas surgidas desde la entrada en vigor de la LO 6/2007, de 24 de mayo, que trasladó el derecho de propuesta de los Magistrados del Tribunal Constitucional del Senado a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, al modificar el art. 16.1 LOTC, se han resueltas mediante dos sentencias, en las que el Tribunal Constitucional se pronunció positivamente sobre la reforma. El Tribunal argumentó que la facultad material de elección final del Senado, contenida en el art. 159.1 CE, subsiste íntegramente,⁷⁵ y que la Comisión de Nombramientos del Senado puede suplir las carencias de las propuestas autonómicas

72 Sentencia de 19 de junio de 2012 (2 BvC 2/10).

73 LANDFRIED, C., "Sollen Bundesverfassungsrichter vom Plenum gewählt werden?", Zeitschrift für Rechtspolitik, 2012, apartado 191.

74 WIEFELSPÜTZ, D., "Die Bundesverfassungsrichter werden vom Deutschen Bundestag direkt gewählt!", en Die Öffentliche Verwaltung, nº 24, 2012, pág. 969.

75 STS 49/2008, de 9 de abril.

con propuestas propias.⁷⁶ Ahora bien, aunque España no es un Estado Federal como Alemania, pero sí un Estado autonómico, es decir, cuasifederal o federal regional, al integrar a las Comunidades Autónomas en el sistema de elección de los Magistrados, se crea la necesaria interconexión de políticas y representación territorial,⁷⁷ aumentando así la legitimidad de los Magistrados y del mismo Tribunal Constitucional.

cc) Las mayorías exigidas

Los Magistrados del Tribunal Constitucional de España y del Tribunal Constitucional Federal de Alemania tienen que venir elegidos por una mayoría parlamentaria cualificada. En concreto, en Alemania se les exige al *Bundestag* y al *Bundesrat* una mayoría de dos tercios (§§ 6 V y 7 *BVerfGG*), mientras que en España se prevé una mayoría de tres quintos de los votos (art. 159.2 CE). Aunque existe un nivel diferente entre las mayorías mencionadas, ambas cumplen con su pretensión especial: Mayorías de esa extensión y magnitud deberán fortalecer la *auctoritas* de los Magistrados y, con ello, de los Tribunales Constitucionales, como también garantizar su legitimidad, dado que suponen un amplio consenso entre las fuerzas políticas.⁷⁸ De esta manera se evita, además, que la mayoría gubernamental pueda vaciar el control por parte del Tribunal Constitucional al designar únicamente a personas de su índole.⁷⁹

dd) El procedimiento extraordinario en caso de retraso

Mientras que en España no existen procedimientos extraordinarios en caso de retraso en la renovación del Tribunal Constitucional, en Alemania se ha establecido la facultad del Tribunal Constitucional Federal de presentación de candidatos cuando haya transcurrido un plazo determinado (§ 7a *BVerfGG*). Aunque sus propuestas no son jurídicamente vinculantes para los órganos electorales (§ 7a IV *BVerfGG*), su intervención ofrece la oportunidad de que, debido a su autoridad como institución, se llegue a la elección de un candidato propuesto por el mismo Tribunal o que, por lo menos, se acepte un compromiso sobre la elección de otro candidato,⁸⁰ al dar un toque de atención que incentivara la diligencia de los órganos electorales.⁸¹

76 STC 101/2008, de 24 de julio.

77 GARCÍA ROCA, F., "La Selección de los Magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones", *op. cit.*, pág. 23.

78 KLEIN, F., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 6, apartado 14.

79 *Idem*.

80 KLEIN, F., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 7a, apartado 4.

81 GARCÍA ROCA, F., "La Selección de los Magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones", *op. cit.*, pág. 29.

c) El nombramiento

El nombramiento de los Magistrados elegidos o propuestos se efectúa en ambos ordenes jurídicos por el mismo órgano constitucional: el Jefe de Estado, esto es, en España el Rey (arts. 159.1 CE y 16.1 LOTC) y en Alemania el Presidente Federal (arts. 60 I *GG* y § 10 *BVerfGG*). Además de ello, el procedimiento de nombramiento es idéntico, consistiendo en ambos países en el nombramiento refrendado por el Jefe de Gobierno o, en su caso, por el Ministro competente (arts. 64.1 CE y 58 *GG*), siendo un acto formal que convierte a los elegidos en Magistrados del respectivo Tribunal Constitucional.

d) Continuación en el cargo

En Alemania y en España se prevé de una manera idéntica la continuación en el cargo de Magistrados salientes hasta el nombramiento de su respectivo sucesor (arts. 17.2 LOTC y § 4 IV *BVerfGG*). A pesar de la existencia de opiniones disparentes entre las doctrinas de ambos países sobre la cuestión si este procedimiento implica una prórroga del mandato del Magistrado saliente o únicamente la gestión interina de sus funciones,⁸² y habida cuenta de dudas sobre la violación del derecho al juez legal (arts. 24.2 CE y 101.1 *GG*), está ampliamente reconocido que la forma de proceder mencionada es imprescindible, siempre que se haga uso de un breve plazo razonable, para mantener y garantizar el quórum del Tribunal y, con ello, el funcionamiento del Tribunal.⁸³ Por lo tanto, lo que no se permite es el aplazamiento consciente de la elección del sucesor para hacer posible un mandato más largo del Magistrado saliente.⁸⁴

Una norma así no existente en el ordenamiento jurídico alemán es el art. 16.5 LOTC que, en caso de dilaciones en la elección de los Magistrados, se les restará a los nuevos Magistrados de su mandato el tiempo de retraso en la renovación. El artículo parece estar en contradicción con el art. 159.3 CE, al reducir el tiempo de su mandato a los Magistrados siguientes, aunque la Constitución prevé, sin excepción, una duración del mandato de nueve años.⁸⁵ Además, antes de aprobar

82 Véase las notas de pie 47, 61 y 62.

83 GARCÍA ROCA, F., "La Selección de los Magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones", *op. cit.*, pág. 10; HÄUBLER, R., *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung*, *op. cit.*, pág. 243.

84 RINKEN, A., *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Hermann Lüchterhand Verlag, München, 2001, Art. 94, apartado 10; SIEDLER, N., *Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, *op. cit.*, pág. 237.

85 GARCÍA ROCA, F., "La Selección de los Magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria

medidas para evitar el retraso en el que habían incurriendo los órganos que eligen a los Magistrados, busca absorber sus consecuencias, con lo que lo legaliza.⁸⁶

4. Perspectivas

Teniendo en cuenta lo analizado en el marco de los respectivos sistemas de designación de los Magistrados, a continuación se realizará la sugerencia de perspectivas de ambos regímenes jurídicos, dando algunas propuestas de mejora.

En primer lugar, es recomendable la introducción en España de una sistema de listas de candidatos actualizadas y administradas por el Ministro de Justicia o por las comisiones de los órganos electorales,⁸⁷ para facilitar los procedimientos de elección.

En segundo lugar, se deberá fijar plazos concretos para la finalización de las elecciones de los Magistrados por los órganos electorales, tanto en Alemania como en España, para afrontar a los problemas surgidos de dilaciones y retrasos en las elecciones de los Magistrados. Además, en Alemania se debería transferirle al Tribunal Constitucional Federal la facultad de solicitar a los órganos electorales la realización de las elecciones, para evitar así que sean éstos los que puedan proceder a la elección de los Magistrados en otra fecha que les convenga mejor.

Por cuestiones de legitimidad de los Magistrados del Tribunal Constitucional Federal de Alemania es aconsejable derogar el § 6 *BVerfGG* y sustituirlo por un procedimiento que posee la transparencia necesaria para garantizar la máxima legitimidad democrática de los Magistrados constitucionales. Para ello, parece recomendable la implementación del modelo español, que prevé la preparación de la selección de los Magistrados en la comisión correspondiente y luego la votación en el pleno de la Cámara.

Otra medida más para hacer frente a los retrasos que se producen en las elecciones de los Magistrados, podrá ser la atribución del Tribunal Constitucional

regeneración de las instituciones", *op. cit.*, págs. 9 y 10.

86 ESTRADA MARÚN, J., "El irresuelto problema del retraso en la designación de magistrados constitucionales. Un apunte a la LO 8/2010, de 4 noviembre, de reforma de la LOTC", en Revista Aranzadi Doctrinal nº 4/2011, Editorial Aranzadi, SA, pág. 3.

87 GARCÍA ROCA, F., "La Selección de los Magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones", *op. cit.*, págs. 40 y 41.

de España con una facultad de propuesta, según el modelo alemán, usando la autoridad del mismo Tribunal para incentivar el consenso dentro de los órganos electorales.

Por último, se ha de señalar que la revocación del art. 16.5 LOTC parece razonable, dado su probable inconstitucionalidad y considerando la puesta en peligro de la igualdad entre todos los Magistrados y, con ello, su legitimidad.

IV. Conclusión

En virtud de lo visto anteriormente, se ha de constatar que, tanto en Alemania como en España, existen regímenes jurídicos que, en total, aseguran una selección adecuada de candidatos aptos para el ejercicio de la Magistratura constitucional, seguido de procedimientos de designación que responden a las exigencias fundamentales para garantizar la legitimidad de los Magistrados.

En general, los rasgos fundamentales en el ámbito de los requisitos establecidos son, en ambos países, bastante similares y se diferencian por los detalles. No obstante y aunque se podrá afirmar el aseguramiento de una buena selección de candidatos, es recomendable proceder a la realización de varios cambios, inspirándose respectivamente en el otro sistema jurídico, para alcanzar una mejora en la selección de candidatos.

En los procedimientos de designación de los Magistrados se dan, no obstante, varias diferencias fundamentales, en concreto respecto de los órganos electorales, aunque todos aquellos poseen el poder de dotar legitimización democrática a los Magistrados elegidos por ellos. También aquí es aconsejable efectuar algunos cambios jurídicos, para mejorar y, sobre todo, abreviar los procedimientos de designación, evitando así dilaciones y retrasos que pueden poner en serio peligro a la legitimidad de los Magistrados. Especialmente necesario resulta, sin embargo, la existencia de procedimientos transparentes y democráticos, a cuya vista parece imprescindible un cambio en la regulación jurídica de la designación parlamentaria alemana del *Bundestag*.

RESPONSABILIDAD MÉDICA DERIVADA
DE NEGLIGENCIA EN EL DIAGNÓSTICO PRENATAL:
ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE.

REPERCUSIÓN DE LA PROYECTADA LEY DE PROTECCIÓN
DE LA VIDA DEL CONCEBIDO

M^a Nieves PACHECO JIMÉNEZ¹

Prof. Contratada Doctora Derecho Civil UCLM

SUMARIO

I. Introducción.

II. Contextualización en el ordenamiento jurídico español.

III. Análisis de la acción de wrongful birth.

IV. Análisis de la acción de wrongful life.

V. Repercusión de la proyectada ley de protección de la vida del concebido.

VI. Consideraciones finales.

VII. Bibliografía.

¹ marianieves.pacheco@uclm.es

I. Introducción.

Resulta innegable que el ámbito sanitario participa de la constante evolución tecnológica y científica, llevando a sus profesionales a servirse de conocimientos y habilidades cada vez más rigurosos, en aras a un adecuado y correcto desempeño de su actividad profesional.

En la medida en que la actuación diaria de los profesionales de la Medicina incide en la vida, la integridad física y psíquica de las personas, la exigencia de responsabilidades a aquéllos es mucho más estricta. Es aquí donde alcanza su máxima expresión la denominada "lex artis ad hoc" o modelo de conducta por el cual han de regirse las actuaciones de los profesionales sanitarios en el desempeño de sus tareas, adaptando su diligencia al caso concreto y a las circunstancias en que las mismas se desarrolleen, teniendo en cuenta especiales características (v. gr., el autor del acto médico, la profesión, la complejidad y trascendencia vital del paciente) y, en su caso, la influencia de otros factores (v. gr. estado e intervención del enfermo, de sus familiares, de la organización sanitaria, etc.). Precisamente, la STS 25 abr. 1994² desglosa en su Fundamento de Derecho Tercero los deberes que componen dicha "lex artis"; a saber: a) utilización de cuantos medios conozca la Ciencia Médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento; b) información del diagnóstico, pronóstico, riesgos y medios de los que se dispone; c) continuación del tratamiento hasta el momento en que el enfermo pueda ser dado de alta; d) información de la necesidad de cuidados o actuaciones posteriores para evitar el agravamiento o repetición de la dolencia en los supuestos de enfermedades calificadas de crónicas o evolutivas.

El avance de la Ciencia Médica, concretamente en el ámbito de las técnicas de

2 (RJ 1994, 3073).

diagnóstico prenatal³, que posibilitan la detección de malformaciones genéticas⁴ en el embrión y en el feto, y la amplia generalización de la interrupción legal del embarazo en salvaguarda de los intereses de las gestantes, han promovido la aparición de aquellas demandas judiciales interpuestas por padres o hijos contra los profesionales de la Medicina y las instituciones públicas o privadas donde desempeñan su trabajo cuando nace un hijo con algún defecto congénito que pudo haber sido detectado durante el embarazo, a tiempo de poder interrumpirlo dentro del plazo legalmente previsto, y sin embargo no se informó o se informó erróneamente sobre dicha anomalía.

Aunque el origen de las reclamaciones de responsabilidad relacionadas con el comienzo de la vida se encuentra en las acciones de *disadvantaged* o *dissatisfied life* (vida insatisfactoria), que radican en el caso *Zepeda vs. Zepeda* de 1963⁵, ejercitadas por los hijos frente a sus progenitores en reclamación por el perjuicio que les habría supuesto haber nacido en el seno de circunstancias familiares o

3 La Organización Mundial de la Salud (OMS) define el diagnóstico prenatal como "todas aquellas acciones prenatales que tengan por objeto la detección y/o el diagnóstico de un defecto congénito, entendiendo por tal toda anomalía de desarrollo morfológico, estructural, funcional o molecular que presente al nacer (aunque pueda manifestarse más tarde), externa o interna, familiar o esporádica, hereditaria o no, única o múltiple".

Principales técnicas diagnósticas prenatales (SALÀS DARROCHA, J. T.: "Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", en *Actualidad Administrativa*, núm. 22, 2005, pp. 2698 y 2699): amniocentesis diagnóstica (punción del saco amniótico con una aguja trocar de calibre fino, extrayendo unos 15 centímetros cúbicos de líquido amniótico que rodea al feto y obteniendo células fetales que permiten realizar el estudio genético; no se realiza de manera rutinaria en todas las mujeres embarazadas, sino cuando existe un mayor riesgo de defectos congénitos cromosómicos y genéticos, conllevando ciertos riesgos: desencadenamiento de un aborto, muerte fetal *in utero*, lesiones, infecciones o perturbaciones fetales, sangrados vaginales, desprendimiento de placenta, etc.); valoración de proteína fetal alta; estudios espectrofotométricos; patrones de cromatina del sexo; cultivos celulares; ultrasonografía; muestreo de vellosidades coriónicas (extracción de material del corión – naturaleza extra-amniótica y mismo ADN que el feto–); transfusión fetal intrauterina; cordocentesis; tomografía por computadora e imágenes de resonancia magnética; amniografía y fotografía; amniofiltración; celocentesis; vigilancia fetal.

4 El número de malformaciones fetales diagnosticadas durante el embarazo crece continuamente (USANDIZAGA BEGUIRISTÁIN, J. A.: "Problemas éticos y legales en el ejercicio de la profesión obstétrico-ginecológica", en *Tratado de Obstetricia y Ginecología*, vol. II, McGraw-Hill Interamericana, Madrid, 1999, p. 581). En la actualidad es posible diagnosticar unas 400 enfermedades y discapacidades genéticas (MANNSDORFER, T.M.: "Responsabilidad por lesiones prenatales. Fundamento, *wrongful life* y tendencias (especial atención al derecho suizo)", en *Rev. Der. Gen. H.*, 2001, núm. 15, p. 114).

5 Demanda de un niño frente a su progenitor por el hecho de haber nacido ilegítimo. El padre había convencido a la madre para mantener con él relaciones sexuales, bajo la promesa de matrimonio posterior; matrimonio que nunca se produjo, por lo que el niño nació bajo el estigma de la ilegitimidad. (MACÍA MORILLO, A.: "Una visión general de las acciones de responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life* y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, 2006, p. 44).

sociales desventajosas⁶, las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* difieren de aquéllas en el hecho de la enfermedad que sufre el niño, y que constituye la base sobre la cual se establece su reclamación, y no en una tacha de tipo social⁷.

El inicio de las acciones *wrongful birth* y *wrongful life* radica en Estados Unidos. En el caso *Gleitman vs. Cosgrove* (1967) se negó la indemnización por *wrongful birth* y *wrongful life* en el supuesto de un niño afectado de diversas malformaciones producidas a consecuencia de la rubéola contraída por su madre durante el embarazo; enfermedad respecto de la cual se había informado a la progenitora de que no tendría consecuencias sobre el feto; la Corte de Nueva Jersey rechazó la demanda sobre argumentos de orden público e imposibilidad de identificar la existencia de un daño frente a la preciosidad de la vida⁸. Posteriormente, en el caso *Jacobs vs. Theimer* (1975) se admitió la indemnización por *wrongful birth* basada en el nacimiento de un hijo con defectos congénitos debido a que la madre contrajo la rubéola en el primer mes de embarazo y el médico no lo diagnosticó correctamente.

II. Contextualización en el ordenamiento jurídico español

En España, la presentación de la primera demanda *wrongful* data de 1997 (STS 6 jun. 1997)⁹. Configura un supuesto inédito hasta entonces en la jurisprudencia española: Una gestante, ante una situación derivada de un diagnóstico de alto nivel de riesgo, tanto para la madre como para el feto, acude al Hospital, en el que se le prescribe por el facultativo la realización de una amniocentesis. Dicha prueba fracasó, conociéndose su resultado el 7 de julio, sin que se le notificara a la paciente tal evento hasta septiembre siguiente, a pesar de que el 14 de julio

6 MACÍA MORILLO, A.: *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, 2005, p. 44.

7 MACÍA MORILLO, A.: *La responsabilidad...*, op. cit., p. 75.

8 MACÍA MORILLO, A.: "Una visión general...", op. cit., p. 67.

9 (RJ 1997, 4610). Esta sentencia plantea ciertos problemas de calificación ya que su desarrollo confunde *wrongful life* y *wrongful birth*. Estando el supuesto de *wrongful life* excluido formalmente por nuestro ordenamiento, esta sentencia califica de daño moral el nacimiento mismo del ser discapacitado, cuando también hace referencia al "impacto psíquico [de los padres] de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo..."

Posteriormente, vid. SSTS 4 feb. 1999 (RJ 1999, 748); 7 jun. 2002 (RJ 2002, 4981); 18 dic. 2003 (RJ 2003, 9302); 21 dic. 2005 (RJ 2005, 10149); 18 may. 2006 (RJ 2006, 4724); 16 oct. 2007 (RJ 2007, 7620); 24 nov. 2008 (RJ 2008, 5860); 16 jun. 2010 (RJ 2010, 5716); 4 nov. 2010 (RJ 2010, 7988); 31 may. 2011 (RJ 2011, 4000); 28 mar. 2012 (2012, 4462); 14 mar. 2013 (RJ 2013, 2422). Asimismo, SAP Cádiz 17 sep. 2002 (AC 2002, 1929).

aquella demostrara su interés en conocer el resultado. Cuando la paciente conoció el fracaso de las pruebas ya no se podía proceder de manera legal y correcta a interrumpir voluntariamente su embarazo por haber transcurrido el plazo legal para ello. En consecuencia, la madre, en nombre propio, interpuso demanda de responsabilidad en reclamación del daño derivado del nacimiento de su hijo con síndrome de Down. El Juzgado de Primera Instancia de Valencia desestimó la demanda; la Audiencia Provincial de Valencia confirmó la sentencia de instancia; pero el Tribunal Supremo acogió parcialmente el recurso y condenó al Servicio Valenciano de Salud y a la doctora sustituta a pagar solidariamente a la demandante 50 millones de pesetas (aproximadamente 300.000 Euros) en concepto de daños morales y materiales.

Es destacable la SAP Cádiz 17 sep. 2002¹⁰ por su contenido clarificador sobre el concepto, la naturaleza y la viabilidad de las acciones *wrongful birth* y *wrongful life*. En este punto interesa la definición ofrecida de las meritadas acciones: "grupo de casos de responsabilidad médica en relación con error en el diagnóstico prenatal por falta de realización o defectuosa realización del diagnóstico, produciéndose con ello la consecuencia (...) del riesgo de enfermedad congénita de la criatura concebida, resultando que el feto sufre la dolencia y nace con tales defectos, no disponiendo ya la mujer de la posibilidad de recurrir al aborto dentro del plazo legalmente establecido" (*vid. Fundamento de Derecho Primero*).

En esta evolución cronológica, la reciente STS 14 mar. 2013¹¹ resuelve un supuesto de anomalías en el feto consistentes en la ausencia de ambas manos y antebrazos no detectadas en las tres últimas ecografías practicadas a la madre por indebida gestión médica del embarazo (parquedad e insuficiencia de datos de seguimiento de la gestación en la historia clínica, que resulta incompleta, no figurando reseña alguna del curso del embarazo desde diciembre de 1987 a julio de 1988, y no habiendo constancia de varios estudios ecográficos), que impidió dar solución distinta a su resultado por falta de información adecuada.

Estas demandas no son ajenas al rechazo de tipo ético y moral¹² motivado por el planteamiento de una indemnización en base a un daño centrado en el nacimiento mismo de un hijo¹³. La afirmación de la responsabilidad parece chocar

10 (AC 2002, 1929).

11 (RJ 2013, 2422).

12 Y de total actualidad con los debates suscitados por la aprobación del anteproyecto de Ley de Protección de la Vida del Concebido.

13 La Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciem-

frontalmente con la idea de la vida como bien máspreciado del ser humano y con la dignidad de la persona, que se pone en cuestión en el momento en que se afirma su propia existencia como daño¹⁴. La solución pasa por separar (doctrina alemana de la separación: *Trennungsllehre*) el daño reclamado de la vida del hijo, centran do aquél, bien en la lesión de la libertad de procreación que se reconoce a todo sujeto en virtud del art. 10.1 CE, bien en la facultad de la madre de interrumpir voluntariamente el embarazo, bien en los gastos que acarrea el niño (carga suplementaria que para los padres representará su sostenimiento y educación) –que son distintos a su vida-.¹⁵

III. Análisis de la acción de wrongful birth

1. Concepto y fundamento

La acción de *wrongful birth* es aquella demanda judicial interpuesta contra el médico por los padres de un niño nacido con anomalías congénitas graves. El médico o genetista es responsable de un daño al no proponerle a la madre una serie de pruebas, o bien al no detectar o no avisar a la mujer embarazada sobre la enfermedad o anomalía que sufre el feto, a tiempo de que ésta pueda abortar amparada por la Ley. La demanda puede ser ejercitada por ambos progenitores o por sólo uno de ellos – generalmente la mujer¹⁶, por tratarse el recurso al aborto de un derecho personal e intransferible de la madre-. No obstante, son cada vez más frecuentes las voces que consideran que el padre debería tener legitimación activa en base a su propio derecho a ser informado tempestivamente sobre el estado de salud del hijo concebido¹⁷.

bre de 2006 (ratificada por España en noviembre de 2007), reconoce en su Preámbulo que "la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano".

La STS 5 jun. 1998 (RJ 1998, 4275) defiende que el nacimiento de un hijo no puede calificarse como daño: "la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege ante todo y sobre todo. No puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores".

14 MACÍA MORILLO, A.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 86.

15 MACÍA MORILLO, A.: "Una visión general...", *op. cit.*, p. 70.

16 MACÍA MORILLO, A.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 80.

17 MAZZILLI, E.: "La acción de Wrongful Life en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas", en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10/2012, p. 16.

Y ello porque los Tribunales rechazan la reclamación del padre en solitario en base a que la facultad de optar por la interrupción del embarazo "constituye un derecho personal e intransferible de la madre" (*vid.* STS 5 dic. 2007 -RJ 2007, 9142-).

La conducta negligente del médico, que ha impedido ejercitarse la facultad de interrumpir legalmente el embarazo, lesionó el derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) de la madre¹⁸. Por tanto, los daños indemnizables serán aquéllos que deriven de dicha lesión, añadiéndose la integridad del patrimonio por los gastos extra derivados de la crianza de un hijo gravemente enfermo¹⁹.

Su fundamento estriba en la reclamación de una indemnización basada tanto en el quebranto moral como en el quebranto económico derivado de haber tenido un hijo aquejado de una enfermedad o anomalía genética. Los progenitores ejercen esta acción contra el médico ya que la gestante, debido a la negligencia de éste, se vio privada de la oportunidad²⁰ de tomar una decisión informada sobre la continuidad o interrupción de su embarazo. Lo relevante aquí no es el sentido en que la madre hubiera ejercitado dicha facultad, sino la pérdida de la facultad misma.

El pertinente análisis jurisprudencial refleja los supuestos en los que se han estimado demandas de *wrongful birth*²¹: "falsos negativos" o errores en el diagnóstico consistentes en la emisión de un diagnóstico que no responde a la realidad y que muestra la ausencia de enfermedad allí donde ésta existe²²; falta de realización de las pruebas diagnósticas indicadas según la *lex artis ad hoc*; incorrecta realización de dichas pruebas; no llegar a su destino el resultado de una prueba; no informar de los riesgos del embarazo de alto riesgo; insuficiencia de la información; falta de toda información.

En definitiva, puede decirse que en todos los casos lo determinante a la hora de condenar o no es la observancia de los protocolos obstétricos vigentes en el mo-

18 El Tribunal Constitucional, en su sentencia de 11 de abril de 1985, señala que el derecho de auto-determinación de la mujer es una manifestación de la dignidad de la persona que "se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad".

19 En este sentido se manifiesta la STS 16 jun. 2010 (RJ 2010, 5716).

20 En el Derecho francés, para que exista la "perte d'une chance", es requisito imprescindible que la producción del suceso para la víctima sea aleatorio, casual, producto del azar, sin que la materialización del evento pueda depender en ningún caso de la voluntad de la misma.

La aplicación en este ámbito de la teoría de la pérdida de la oportunidad ha sido criticada por algunos autores por poner en duda que exista una verdadera oportunidad perdida respecto del nacimiento y los gastos consiguientes, al residir la decisión del aborto en la madre y no en un evento aleatorio. (MARTÍN CASALS, M.: "Wrongful Conception and Wrongful Birth Cases in Spanish Law: Two Wrongs in Search of a Right", en ULRICH MAGNUS / JAAP SPIER: *European Tort Law. Liber Amicorum for Helmut Koziol*, 2000, p. 200-202. MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J.: "Comentario a la STS de 7 de junio de 2002", en *CCJC* núm. 60, 2002, p. 14).

21 SALÀS DARROCHA, J. T., *op. cit.*, p. 2703.

22 MACÍA MORILLO, A.: "Una visión general...", *op. cit.*, p. 77.

mento de que se trate y en cumplimiento con los derechos de la embarazada que se recogen en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía de paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica²³. Así pues, la información²⁴ (que ha de referirse al diagnóstico, al pronóstico, a las alternativas de tratamiento, al grado de urgencia, a los posibles riesgos y a las consecuencias del tratamiento) es la base y el presupuesto del llamado "consentimiento informado"²⁵, por cuyo motivo una información defectuosa e inexacta puede ser causa de un vicio en aquél y generar responsabilidad para el médico.

2. Viabilidad: libertad de procreación y despenalización del aborto (¿cambios inminentes?)

Evidentemente, para que prospere esta acción en un ordenamiento jurídico son precisos dos presupuestos: reconocimiento de la libertad de procreación y legalidad del aborto por motivo embriopático. De ahí que, cuanto más amplia y flexible sea la regulación legal del aborto, mayor será el alcance de la eventual responsabilidad de los médicos negligentes por no practicar las pruebas pertinentes que hubiesen detectado las deficiencias del feto, no advertir de ellas a la madre, no informar de la posibilidad de interrumpir el embarazo, o por suministrar esas informaciones fuera del tiempo legalmente oportuno²⁶.

Aunque en el ordenamiento jurídico español no existe una consagración expresa de la libertad de procreación, sí que puede afirmarse la concurrencia de un "estatuto jurídico de la reproducción humana", disperso en varias normas²⁷:

- Constitución Española: arts. 1, 10, 15, 17, 18 y 39.
- Ley 35/1988, de Técnicas de Reproducción Asistida: arts. 3, 6 y 10. (Posteriormente derogada por Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida).
- Ley 42/1988, de Donación y Utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos: arts. 8.2 c) y 9.2 B). (Posteriormente derogada por Ley 14/2007, de Investigación Biomédica).
- Ley 14/1986, General de Sanidad: art. 18.

23 BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002.

24 Art. 4 Ley 41/2002: derecho a la información asistencial.

25 Art. 8 Ley 41/2002: consentimiento informado.

26 MARTÍN CASALS, M., *op. cit.*, p. 205.

27 SALÀS DARROCHA, J. T., *op. cit.*, p. 2693.

De la conjunción de estos preceptos puede deducirse el contenido del derecho a la libertad de procreación²⁸:

- Derecho a tener el número de hijos libremente elegido, en el momento libremente decidido, de sexo biológica y naturalmente determinado y con dotación genética doble, propia e inalterada, salvo terapia génica en casos patológicos.
- Derecho a la reproducción propia, tanto natural como asistida, y en todo caso, consentida.
- Derecho a no tener hijos y a utilizar las medidas contraceptivas legalmente autorizadas.
- Derecho a la vida, intangibilidad genética e integridad y salud física y psíquica del feto.
- Derecho al aborto terapéutico, ético y embriopático.

En el concreto ámbito de la despenalización del aborto, la STC 53/1985, de 11 de abril, evitó considerar al feto en proceso de gestación como titular del derecho a la vida y se limitó a considerarle como un "bien jurídico constitucionalmente protegido". Esta calificación implica la obligación del Estado de desplegar los mecanismos necesarios para proteger la vida del "nascitrus", pero también que esa protección cese cuando su vida entra en conflicto con otros derechos de la mujer protegidos constitucionalmente, como su vida, su integridad física o moral, su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad. Así, en el supuesto del aborto eugenésico, se resuelve el conflicto entre la vida del ser en vías de formación y la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de la madre a favor de ésta, si el nacimiento de un hijo con anomalías ha de comportar una carga que "excede de lo que normalmente es exigible a la madre y a la familia", y que resulta "agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva".

Actualmente, la facultad de abortar se regula en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo²⁹, que reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida, y que

28 SALAS DARROCHA, J. T., *op. cit.*, p. 2694.

29 BOE núm. 55, de 4 de marzo de 2010.

Artículo 14: *Interrupción del embarazo a petición de la mujer.*

"Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición

implica, entre otras cosas, que las mujeres puedan tomar la decisión inicial sobre su embarazo y que esa decisión, consciente y responsable, sea respetada, en atención al libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE).

Sin embargo, la vigente regulación se encuentra amenazada por la proyectada Ley de Protección de la Vida del Concebido, cuyo anteproyecto fue aprobado en diciembre de 2013. En virtud de ésta, los supuestos de aborto se reducirían a dos³⁰:

de la embarazada, siempre que concurran los requisitos siguientes:

a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad (...)

b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención".

Artículo 15. Interrupción por causas médicas.

"Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.

b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.

c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico".

30 La nueva regulación, de aprobarse definitivamente el texto del anteproyecto, quedaría del siguiente modo: "Se modifica el artículo 145bis [del CP], que pasa a tener la siguiente redacción:

«1. No constituirá delito el aborto practicado por un médico o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con el consentimiento expreso de la mujer embarazada, previamente informada y asesorada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que sea necesario, por no poder solucionarse el conflicto, desde el ámbito médico, de ninguna otra forma, para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada, siempre que se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación. A estos efectos, se entenderá que existe grave peligro para la vida o la salud de la mujer cuando el embarazo produzca un menoscabo importante a su salud, con permanencia o duración en el tiempo, según los conocimientos de la ciencia médica en ese momento, y así se constate en un informe motivado y emitido con anterioridad por dos médicos de la especialidad correspondiente a la patología que genera el grave peligro para la mujer, distintos de aquél que practique el aborto o bajo cuya dirección éste tenga lugar y que no desarrollen su actividad profesional en el centro o establecimiento en el que se lleve a cabo.

En el caso de que el grave peligro para la salud psíquica de la mujer tenga su origen en la existencia en el feto de alguna anomalía incompatible con la vida, el informe exigido en el párrafo anterior será emitido por un solo médico, debiendo acreditarse, además, tal anomalía mediante otro informe motivado y emitido con anterioridad por un médico especialista en la materia, en

1) "Grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada", que englobaría la existencia en el feto de alguna anomalía incompatible con la vida (por constituir grave peligro para la salud psíquica de la mujer); descartando el caso recogido por la vigente Ley de 2010 de "enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico". 2) "Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito contra la libertad o indemnidad sexual".

De consolidarse este texto, quedaría fuera de los supuestos regulados el que sirve de base a la acción de *wrongful birth*, esto es, la enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico, quedando consecuentemente vacías de contenido las técnicas de diagnóstico prenatal que tanto han avanzado en los últimos tiempos.

3. Problemática del nexo causal.

La verdadera dificultad en las demandas *wrongful birth* radica en determinar la relación de causalidad entre el nacimiento y la acción u omisión del médico, que se encuentra quebrada por la supuesta decisión de la madre de abortar o no. Aquí entra en juego el recurso a los denominados "cursos causales no verificables" o la también llamada "causalidad hipotética"³¹: en primer lugar ha de deter-

quién concurren los mismos requisitos. A estos efectos, se entenderá por anomalía fetal incompatible con la vida aquélla que previsible y habitualmente, en el momento del diagnóstico, se asocie con la muerte del feto o del recién nacido durante el período neonatal, aunque en condiciones excepcionales la supervivencia pueda ser mayor.

No será punible el aborto, aunque se superen las veintidós semanas de gestación, siempre que no se hubiese detectado o podido detectar anteriormente, con un diagnóstico certero, la anomalía incompatible con la vida del feto y así conste en el informe emitido con anterioridad, conforme a lo exigido en este apartado, o cuando exista riesgo vital para la mujer que no sea posible evitar, dentro de lo clínicamente exigible, mediante la protección de la vida del concebido a través de la inducción del parto.

b) Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito contra la libertad o indemnidad sexual, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y el mencionado hecho hubiese sido denunciado con anterioridad. (...).

31 Acerca de la relación de causalidad se pronuncia la SAP Cádiz 17 sep. 2002 (AC 2002, 1929), en su Fundamento de Derecho Segundo, explicando, con claridad, la problemática que gira en torno a esta cuestión. Concluye estimando que "el Tribunal considerará que existe relación de causalidad y subsiguiente daño sólo sobre la base de lo que ahora ("a posteriori") declara la misma madre (...)", por tanto, "(...) la condena se dicta en función de una mera manifestación de quien demanda, siempre y cuando, por supuesto, no parezca contradictoria tal declaración "ex novo" o "intra proceso" con los elementos de juicio y actos previos al proceso". (VIVAS, TESÓN, I: "La responsabilidad civil médica en los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*: Análisis jurisprudencial", en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 11, 2003, p. 410).

minarse si la culpa del médico fue "causa" de que la madre no pudiera abortar; en segundo lugar se ha de verificar que, si aun habiéndose dado el primer curso causal, y la madre hallarse en posibilidad física y legal de abortar, ésta habría decidido hacerlo. Así pues, el efectivo problema estriba en probar si la madre efectivamente habría abortado³².

Para un sector doctrinal resulta imprescindible que la madre declare que, de haber podido, hubiera optado por interrumpir el embarazo; siendo suficiente, por tanto, la simple declaración "a posteriori", sin que pueda ser rebatida mediante el argumento de que su trayectoria personal revela unas convicciones morales que hacen inverosímil que hubiese abortado³³. Sin embargo, para otro sector doctrinal, al entender que el daño consiste en la mera privación de la posibilidad de optar en torno a la interrupción voluntaria del embarazo, su hipotética voluntad resulta irrelevante³⁴.

Lo que sucede en la práctica es que el médico, ante la imposibilidad de probar que proporcionó la información requerida, alega que, si la hubiera proporcionado, el resultado hubiese sido el mismo, esto es, que la madre no hubiera abortado. Esta táctica incorporaría la conocida doctrina germánica de la "conducta alternativa conforme a Derecho", que, aplicada al ámbito de la responsabilidad médica, consiste en que un daño no es imputable a su causante si, de haber actuado él mismo conforme a Derecho, se hubiera producido el mismo tipo de daño y su misma extensión. No obstante, esta doctrina presenta reparos: si el deber del médico de proporcionar la información necesaria encuentra su justificación en la necesidad de que el paciente, de forma consciente y libre, decida en torno a sus derechos más fundamentales, como la integridad física, la dignidad, el libre desarrollo de su personalidad o, en general, el derecho a su autodeterminación; y dicho deber se configura en beneficio del paciente, es cuanto menos chocante que de su infracción pudiera beneficiarse el médico mediante el recuso a la citada doctrina. Es más, si el médico alega que, en caso de haber actuado él de modo diligente, el daño se habría producido de todos

32 Se dice que no existe en estos casos relación de causalidad porque no se puede saber realmente si la madre habría abortado o si los progenitores habrían decidido no procrear (MACÍA MORILLO, A.: "Una visión general...", *op. cit.*, p. 84).

33 DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: "La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de *wrongful birth* (4 de febrero de 1999). ¿Está en contradicción con lo resuelto en la sentencia de 6 de junio de 1997 sobre el mismo problema?", en *Rev. Der. Gen. H.*, núm. 10, Bilbao, 1999, pp. 127-133.

34 BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: "Comentario a la STS 4 de febrero de 1999. Responsabilidad sanitaria derivada del nacimiento de una niña con malformaciones", en *CCJC* núm 50, 1999, p. 858.

DÍEZ-PICAZO, G.: "La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 1998, p. 1706.

modos, tendrá que ser él quien así lo pruebe y, consecuentemente, probar que, de haber proporcionado la información, la madre gestante no habría abortado³⁵.

4. Daños indemnizables: patrimoniales y morales.

Los daños cuya indemnización se solicita en la demanda de *wrongful birth* son tanto patrimoniales como morales³⁶. Resulta clarificadora la STS 31 may. 2011³⁷ cuando establece que el daño "es independiente de la decisión de abortar, y resulta no sólo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva derivados de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento de una hija afectada por un mal irremediable -daño moral-, y de la necesidad de hacer frente a gastos o desembolsos extraordinarios o especiales -daños patrimoniales- teniendo en cuenta en cualquier caso que no estamos ante la concepción no deseada de un hijo, sino ante un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá de lo que comporta ese plus que resulta de la incapacidad".

Los daños patrimoniales se materializan en los gastos extras para la crianza del hijo que sufre anomalías físicas o psíquicas: médicos y sanitarios³⁸; de adaptación de la vivienda familiar; de adquisición o adaptación de un vehículo adecuado para su transporte; de escolarización especial; salario de la persona que deba atender al hijo; pérdida de ingresos que experimenta el progenitor que ha tenido que abandonar el trabajo o reducir su jornada laboral para atender al hijo enfermo, etc³⁹. En este punto conviene apreciar la delgada línea que separa la

35 MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., *op. cit.*, pp. 12 y 13.

36 SALÀS DARROCHA, J. T., *op. cit.*, p. 2709. VIVAS TESÓN, I., *op. cit.*, pp. 408 y 409.

37 (RJ 2011, 4000).

38 Puede plantearse el hecho de que estos gastos médicos y sanitarios sean prestados o subvencionados por la Administración Pública, en vez de ser abonados por los padres. En aras de evitar un enriquecimiento injusto, algunos pronunciamientos han descartado incluir en la indemnización estos concretos servicios (*vid.* STS 27 jun. 2007 –RJ 2007, 3935-).

39 MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., *op. cit.*, p. 16.

No se incluyen los gastos normales de alimentación y crianza. *Vid.* STS 25 may. 2010 (RJ 2010, 5227): Fundamento de Derecho Tercero: "(...) los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales; pero, cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, esta Sala entiende que puede haber daño y proceder la indemnización".

Además, cada vez más pronunciamientos son proclives a la revisión periódica de los importes indemnizatorios en base a la variabilidad del daño patrimonial (en función de la esperanza de vida, de las concretas

indemnización de estos daños que afrontan los padres por los gastos adicionales (entendida como carga económica muy superior a la ordinaria) de la consideración como daño el mismo nacimiento del hijo con alguna anomalía congénita grave⁴⁰, debiendo descartarse esta última⁴¹.

Los daños morales, por su parte, son identificados de varias maneras: por un lado, los derivados del derecho de autodeterminación de la mujer y su facultad de abortar; por otro, los resultantes de los sufrimientos y padecimientos que ocasiona a los padres⁴² la imposibilidad de conocer con la debida antelación la situación de su hijo para poder prepararse psicológicamente y organizarse oportunamente (v. gr., sufrimiento psíquico o espiritual, sentimientos de impotencia, zozobra, ansiedad, angustia)⁴³. El problema reside en su cuantificación. Para ello los Tribunales acuden a una fijación prudencial, esto es, proporcionando en la medida de lo posible una compensación al sufrimiento causado; o aplican de forma orientativa el baremo contenido en el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor (aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre)⁴⁴.

IV. Análisis de la acción de wrongful life.

1. Concepto y fundamento.

La acción de *wrongful life* es aquella demanda judicial que interpone en su propio nombre el hijo –o sus representantes legales- que ha nacido con alguna

necesidades, etc.). *Vid.* STS 27 jun. 2007 (RJ 2007, 3935).

40 No obstante, existen voces que entienden que los gastos derivados de la crianza de un hijo discapacitado no constituye un daño, por tratarse de un deber elemental de los padres; eso sí, con la posibilidad de que dichos costes sean sufragados por el Estado Social, ya que la responsabilidad civil no tiene función asistencial, sino indemnizatoria. Pero en la práctica las debidas prestaciones o ayudas públicas resultan a todas luces insuficientes, cuando no inexistentes (por todos es conocido que las medidas ejecutivas en tiempo de crisis han llevado a la disminución de prestaciones por dependencia, existiendo numerosas personas pendientes de recibirlas, a pesar de tener su derecho reconocido).

Vid. http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/09/30/actualidad/1380551841_155517.html: "El dinero para dependencia se congela a pesar de la abultada lista de espera".

41 Como complemento, *vid.* ANÁLISIS DE LA ACCIÓN DE *WRONGFUL LIFE*.

42 También son destinatarios de esta indemnización los abuelos y hermanos del nacido, siempre y cuando convivan con el mismo. (SALÀS DARROCHA, J. T., *op. cit.*, p. 2709).

43 MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., *op. cit.*, p. 16. MAZZILLI, E., *op. cit.*, pp. 5 y 6.

44 Modificado por Ley 21/2007, de 11 de julio.

enfermedad o anomalía congénita contra el médico solicitando una reparación por el daño que experimenta: su propia vida⁴⁵.

Se alega que el profesional sanitario tenía un deber con el niño y que ese deber fue incumplido. No se arguye, pues, que la negligencia del personal sanitario fuera la causa de su lesión o de su enfermedad, sino que la negligencia -por no detectar las anomalías o por informar erróneamente a sus padres- dio lugar al nacimiento⁴⁶.

A diferencia de los supuestos de *wrongful birth*, donde se rechazaba el argumento de la "pérdida de la oportunidad" en relación con la madre porque faltaba el factor de aleatoriedad respecto del resultado, en las demandas de *wrongful life* sí que es posible acudir a dicha doctrina, en la medida en que la decisión de abortar o no correspondería a la madre, siendo ésta tercero respecto del hijo y, en consecuencia, tal decisión devendría ajena a la esfera de control de la víctima. Así, el hijo podría alegar la pérdida de oportunidad si probase de forma concluyente que la madre habría abortado por el consejo médico⁴⁷.

Nuestro ordenamiento jurídico excluye formalmente la acción de *wrongful life*, quizás por las particulares connotaciones que este tipo de acción posee. Para procurar un mejor entendimiento de aquélla resulta conveniente señalar la llamada *Doctrina Perruche*, elaborada a raíz de la Sentencia del Tribunal de Casación Francés de 17 de noviembre de 2000⁴⁸: Nicolás Perruche nació en 1983, deficiente profundo, sordo y casi ciego. Su madre había padecido rubéola durante el embarazo y afirmaba su voluntad de abortar si el feto estaba afectado por la infección; pero los médicos diagnosticaron erróneamente la ausencia de contagio. Tras el nacimiento, los médicos fueron demandados por los padres del niño, en nombre propio y en el de su hijo, para que se le reconociera el perjuicio (el del niño, aquejado de una deficiencia física o mental, fuente de sufrimientos para él y para sus padres; el del Estado, pues la Seguridad Social y el Sistema Educativo se hacen cargo de la salud pública y la escolarización, y deberán soportar los gastos, a menudo muy onerosos, de la asistencia que ne-

45 MACÍA MORILLO, A.: *La responsabilidad...*, op. cit., p. 81.

46 A este tipo de demandas no resulta tan fácil de aplicar la técnica de la *Trennungsllehre*, de separación entre la vida y el daño ya que parece quedar fuera de dudas que es la propia vida la que se reclama como daño. (MACÍA MORILLO, A., *op. cit.*, pp. 85 y 86).

47 MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., *op. cit.*, p. 18.

48 MACÍA MORILLO, A.: "Una visión general...", *op. cit.*, pp. 90 y 91. VIVAS TESÓN, I., *op. cit.*, p. 412.

cesitará el niño; el de la Humanidad, en caso de transmisión de la enfermedad genética) sufrido por éste. La Corte de Casación se pronunció a favor de los demandantes, reconociendo que la negligencia médica había impedido a la madre decidir sobre la interrupción legal del embarazo y evitar, así, el nacimiento de un hijo con graves anomalías.

La decisión del Tribunal de Casación francés provocó dos situaciones: 1) Comenzó una línea jurisprudencial de admisión de las reclamaciones de responsabilidad *wrongful life*. 2) Abrió de inmediato una cascada abrumadora de cuestiones médicas, éticas, sociales y filosóficas: los técnicos de diagnóstico prenatal y los ginecólogos comenzaron una huelga en protesta por este tipo de fallos; las asociaciones de familiares de discapacitados protestaban por el efecto que podían tener tales fallos sobre la concepción social de los discapacitados.

Ante tales presiones, el Parlamento francés se vio obligado a pronunciarse sobre la cuestión y promulgó la Ley 2002-303, de 4 de marzo, cuyo artículo 1 recoge la regulación de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. En concreto, rechaza las demandas de *wrongful life* y remite la indemnización al niño al sistema de solidaridad nacional (Seguridad Social) y acepta las demandas de *wrongful birth* en reclamación de los daños sufridos por los progenitores, aunque limitando la indemnización a los daños que ellos mismos experimenten.

2. Daños indemnizables: patrimoniales y morales.

El hijo demandante argumenta que, de no haber sido por el consejo médico inadecuado, no habría nacido para experimentar el sufrimiento propio de su enfermedad, interesando por ello indemnización en concepto de:

- a) Daños económicos que acarrea su vida enferma (v. gr., educación especial, cuidados médicos, transporte especial, adecuación de vivienda, etc.).
- b) Daño moral por el hecho mismo de haber nacido, ya que considera que hubiera sido mejor para él no haber nacido que vivir en las condiciones en las que lo hace.

3. Viabilidad de la acción: exclusión formal por nuestro ordenamiento jurídico.

Atendiendo al fundamento de la demanda por parte de quien la ejercita, esto es, el hecho mismo de haber nacido con graves anomalías, hay que tener en cuenta que en el ordenamiento jurídico español ni la facultad de abortar ni la libertad de procreación se establecen en atención al interés del niño de no nacer, sino en atención a los intereses de la gestante o de los progenitores, que son los que priman y resultan efectivamente protegidos en la situación de conflicto⁴⁹.

La SAP Salamanca 29 noviembre 2006⁵⁰ se muestra tajante en este aspecto cuando señala que: "No puede decirse que las acciones de "wrongful life" (...) encuentren fundamento en nuestro Derecho, pues, como afirma doctrina autorizada, la posibilidad de abortar se otorga a los progenitores para proteger sus propios intereses como padres con base en el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), en el que debe entenderse incluida su planificación familiar, y no para proteger los intereses del futuro ser, ya que el derecho constitucional a la vida (art. 15 CE) no contempla ningún conflicto entre el derecho a la vida del feto y un supuesto derecho a no nacer con graves malformaciones, pues de lo contrario se llegaría a situaciones rocambolescas como la de admitir eventuales demandas interpuestas por un hijo nacido con malformaciones contra la madre que, conociendo la existencia de esas malformaciones, decidió libremente no interrumpir el embarazo a pesar de tener la posibilidad de hacerlo".

De ahí que esta acción esté excluida formalmente en nuestro ordenamiento jurídico, aunque es cierto que, en la práctica, en determinados pronunciamientos se puede vislumbrar un giro hacia esta categoría, admitiéndola implícitamente (consciente o inconscientemente), en tanto en cuanto los Tribunales conceden indemnización al hijo como sujeto lesionado, configurándose como daño el mismo hecho de haber nacido aquejado de graves anomalías (v. gr. SSTS 6 jun. 1997⁵¹ y 16 jun. 2010⁵²).

49 MACÍA MORILLO, A.: "Una visión general...", *op. cit.*, pp. 89 y 90.

50 (JUR 2007, 194526). Resuelve un litigio promovido por los padres de una niña nacida con focomelia por ausencia de ambas manos y dos terceras partes de los antebrazos contra el facultativo por no haber agotado todos los medios técnicos a su alcance para comprobar la posible existencia de malformaciones en el feto (sobre todo una vez detectado en las ecografías morfológicas de las semanas diecinueve y veintiuna un crecimiento fetal algo inferior a lo habitual y un acortamiento de miembros superiores), no informando debidamente a los padres y conllevando la privación de la opción de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo.

51 (RJ 1997, 4610).

52 (RJ 2010, 5716).

V. Repercusión de la proyectada ley de protección de la vida del concebido.

Lo hasta ahora expuesto, sobre todo en sede de técnicas de diagnóstico prenatal y *wrongful birth*, corre el riesgo de perder su aplicabilidad práctica si se consolida el texto del anteproyecto de Ley de Protección de la Vida del Concebido. Al no recoger entre los supuestos de aborto el vigente actualmente de "enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico", que sirve de base para las acciones de *wrongful birth*, y permitiendo las técnicas de diagnóstico prenatal detectar a tiempo posibles anomalías congénitas, la mujer embarazada no tendrá la facultad de abortar amparada por la Ley, sino sólo para el caso de anomalía incompatible con la vida. Se ha pretendido ver en el supuesto más amplio de riesgo para la salud psíquica de la mujer la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo en los casos de anomalía fetal⁵³, en tanto en cuanto la Organización Mundial de la Salud define la misma como "un estado de completo bienestar físico, mental y social". Sin embargo, esta abstracción conllevaría una elevada inseguridad jurídica de difícil solución.

El citado anteproyecto parece basar la necesidad de la exclusión de este supuesto en los dictámenes de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, tratando de evitar una posible discriminación en caso de mantener la facultad de abortar para no tener hijos afectados de alguna "minusvalía" o "discapacidad"⁵⁴. Es preciso aclarar que los citados dictámenes no obligan a España, sino que hacen recomendaciones. Concretamente, entre éstas deben reseñarse dos; la primera, lejos de eliminar el supuesto de malformación fetal, consiste en igualar plazos: el genérico de aborto libre, de catorce semanas, y el de malformación, de veintidós semanas; la segunda, que el Estado destine recursos suficientes para garantizar los servicios de asistencia a dependientes (parece que esta recomendación no ha tenido el calado oportuno, pues las ayudas por dependencia están actualmente congeladas). Por último, añadir que la aún vigente norma de 2010 se refiere a "enfermedad" y "anomalía", y no a "discapacidad".

53 Eso sí, con unas condiciones restrictivas, y que demorarán el proceso, contempladas en el anteproyecto del siguiente modo: "(...) *informe motivado y emitido con anterioridad por dos médicos de la especialidad correspondiente a la patología que genera el grave peligro para la mujer, distintos de aquél que practique el aborto o bajo cuya dirección éste tenga lugar y que no desarrollen su actividad profesional en el centro o establecimiento en el que se lleve a cabo.*" Además, el período obligatorio de reflexión entre el asesoramiento asistencial y la información clínica y la prestación del consentimiento expreso de la mujer a la interrupción voluntaria de su embarazo se alarga de tres días a siete.

54 Habiendo equiparado erróneamente "malformación" con "minusvalía" el actual Ministro de Justicia. Noticia de EL PAÍS: "Las verdades a medias para limitar el supuesto de malformación" (20 dic. 2013). *Vid.* http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/12/19/actualidad/1387483571_951701.html

Asimismo, se pasan por alto los pronunciamientos de diversos Comités (v. gr., para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, contra la Tortura, de Derechos Humanos), que coinciden en la tesis de que prohibir el aborto en los casos de malformación fetal supone un "trato cruel, inhumano y degradante para la mujer".

VI. Consideraciones finales.

Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, aun referidas al nacimiento de un hijo con graves malformaciones congénitas por la mala praxis del profesional médico en la realización del diagnóstico prenatal o su errónea o carente información sobre este mismo, se diferencian en que la primera es entablada por los padres del niño contra el médico al verse privados de la facultad de interrumpir el embarazo en el tiempo legalmente establecido; mientras que la segunda es ejercitada por el hijo en su propio nombre por haber nacido y vivir experimentando el sufrimiento inherente a su enfermedad. En ambos casos se interesa la indemnización de daños patrimoniales y morales por los gastos extra y los padecimientos derivados de la grave e incurable enfermedad del hijo. Aunque lo verdaderamente complicado desde el punto de vista jurídico es, además de la cuantificación de los daños, la determinación del nexo causal y la prueba concluyente de la verdadera intención de la madre sobre la facultad de abortar.

En la práctica jurisprudencial, las demandas de *wrongful birth* han experimentado un paulatino aumento desde la precursora sentencia del Tribunal Supremo de 1997, mientras que las acciones *wrongful life* están excluidas formalmente por nuestro ordenamiento jurídico (a salvo los reconocimientos implícitos explicados a lo largo del trabajo), quizás por las particulares connotaciones que este tipo de acción posee, pues no hay que olvidar la compleja concurrencia de los ámbitos moral, filosófico y jurídico en esta materia.

De consolidarse sin ningún cambio el contenido del anteproyecto de la Ley de Protección de la Vida del Concebido, tendremos que buscar la respuesta a dos preguntas: ¿en qué lugar quedan los avances experimentados por las técnicas de diagnóstico prenatal si la detección a tiempo no facilita a la madre para abortar?; ¿cuál será a partir de ahora la aplicación práctica de la acción de *wrongful birth*?

VII. Bibliografía.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R: "Comentario a la STS 4 de febrero de 1999. Responsabilidad sanitaria derivada del nacimiento de una niña con malformaciones", en *CCJC*, núm 50, 1999.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: "La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de *wrongful birth* (4 de febrero de 1999). ¿Está en contradicción con lo resuelto en la sentencia de 6 de junio de 1997 sobre el mismo problema?", en *Rev. Der. Gen. H.*, núm. 10, Bilbao, 1999.
- DÍEZ-PICAZO, G.: "La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 1998.
- MACÍA MORILLO, A.: *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, 2005.
- "Una visión general de las acciones de responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life* y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, 2006.
- MANNSDORFER, T. M.: "Responsabilidad por lesiones prenatales. Fundamento, *wrongful life* y tendencias (especial atención al derecho suizo)", en *Rev. Der. Gen. H.*, núm. 15, 2001.
- MARTÍN CASALS, M.: "Wrongful Conception and Wrongful Birth Cases in Spanish Law: Two Wrongs in Search of a Right", en ULRICH MAGNUS / JAAP SPIER: *European Tort Law. Liber Amicorum for Helmut Koziol*, 2000.
- MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J.: "Comentario a la STS de 7 de junio de 2002", en *CCJC*, núm. 60, 2002.
- MAZZILLI, E.: "La acción de *Wrongful Life* en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas", en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10/2012.

- PACHECO JIMÉNEZ, M^a N.: "El abogado y las reclamaciones de responsabilidad por diagnóstico prenatal: acciones "wrongful birth y wrongful life", en CARRETERO GONZÁLEZ, C., DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (dirs.) *et al: Retos de la abogacía ante la sociedad global*, Civitas, 2012.
- SALÀS DARROCHA, J. T.: "Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", en *Actualidad Administrativa*, núm. 22, 2005.
- USANDIZAGA BEGUIRISTÁIN, J. A.: "Problemas éticos y legales en el ejercicio de la profesión obstétrico-ginecológica", en *Tratado de Obstetricia y Ginecología*, vol. II, McGraw-Hill Interamericana, Madrid, 1999.
- VIVAS, TESÓN, I.: "La responsabilidad civil médica en los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*: Análisis jurisprudencial", en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 11, 2003.

Resumen

El avance de la Ciencia Médica, concretamente en el ámbito de las técnicas de diagnóstico prenatal, que posibilitan la detección de malformaciones genéticas en el embrión y en el feto, y la amplia generalización de la interrupción legal del embarazo en salvaguarda de los intereses de las gestantes, han promovido la aparición de demandas judiciales (acciones *wrongful birth* y *wrongful life*) interpuestas por los padres (*wrongful birth*) o por el propio hijo (*wrongful life*) contra los profesionales especializados de la Medicina y las instituciones públicas o privadas donde desempeñan su trabajo cuando nace un hijo con alguna anomalía congénita que pudo haber sido detectada durante el embarazo, a tiempo de poder interrumpirlo dentro del plazo legalmente previsto, y sin embargo no se informó o se emitió un diagnóstico erróneo sobre dicha anomalía.

Este artículo tiene por objeto analizar el origen de dichas acciones, así como su evolución, a través del estudio de sentencias relevantes, y su aplicabilidad práctica en nuestro ordenamiento jurídico, sobre todo a la luz de la proyectada Ley de Protección de la Vida del Concebido.

Palabras Clave

Responsabilidad, indemnización, daño, diagnóstico prenatal, aborto, *wrongful birth*, *wrongful life*.

Abstract

The Medical Science advance, particularly in the field of prenatal diagnostic techniques, which allow the genetic malformations detection in embryo and fetus, and the wide spread of legal abortion to safeguard the pregnant interests, have promoted the appearance of those lawsuits (*wrongful birth* and *wrongful life*) filed by parents or child against medical professionals and public and private institutions where they perform their work when a child is born with such a congenital defect that could have been detected during pregnancy, within the deadline legally established to interrupt it, and however they weren't reported or were incorrectly reported about such genetic anomaly.

This research aims to provide a complete view of the origin and evolution of *wrongful birth* and *wrongful life* actions, and illustrate its practical applicability in the Spanish legal system, especially after the changes promoted by the projected Law of Conceived Life Protection.

Keywords:

liability, compensation, injury, prenatal diagnostic, abortion, *wrongful birth*, *wrongful life*.

MUJER Y DISCAPACIDAD: "DOBLE BARRERA" EN EL ÁMBITO LABORAL

Marta Molero Martín-Salas

*(Economista del Cuerpo Superior de Economía de la Junta
de Comunidades de Castilla-La Mancha. Tesina y DEA en Derecho)*

SUMARIO

I. Planteamiento del tema.

- 1. Algunas realidades en el ámbito laboral.*
- 2. La discapacidad como "plus" de discriminación.*
- 3. Consecuencias de la doble barrera.*

II. Valores constitucionales en juego.

- 1. Igualdad.*
 - A)el sexo como categoría sospechosa de discriminación.*
 - B)discapacidad como posible categoría sospechosa.*
- 2. Dignidad y libre desarrollo de la personalidad.*
- 3. Otros preceptos constitucionales de interés.*

III. El papel desempeñado por el legislador.

IV. El papel desempeñado por la jurisprudencia.

V. Conclusiones.

VI. Bibliografía consultada.

I. Planteamiento del tema.

La afirmación "las mujeres sufren múltiples desigualdades en el entorno laboral", no es simplemente una opinión personal, sino que es el resultado de numerosos estudios llevados a cabo a lo largo de la historia, y que están respaldados por datos empíricos que demuestran y afirman que, aún hoy, existen diferencias en cómo se relacionan hombres y mujeres en nuestra sociedad, extendiéndose este hecho al ámbito laboral.

En numerosas ocasiones se ha intentado justificar la diferencia de trato hacia hombres y mujeres, como resultado de una "diferencia natural" entre ambos, pero estas diferencias, en mi opinión, no resultan ser tan naturales, sino que son el producto de la educación y del comportamiento que la sociedad espera que las personas desarrollen y del establecimiento de unos determinados "roles" sociales y "estereotipos" de género¹.

En el presente artículo se pretende poner de manifiesto estas desigualdades aunque sea de manera sucinta, avaladas por datos, y se pone de manifiesto cómo se agrava la situación cuando se añade la cuestión de la discapacidad. Se analizan brevemente los distintos valores constitucionales como marco de referencia para entender el problema de fondo, así como el papel desempeñado por la jurisprudencia y el legislador.

1. Algunas realidades en el ámbito laboral.

En lo que respecta al ámbito laboral y según el estudio realizado por el Instituto de Estudios Fiscales, del Ministerio de Economía y Hacienda en 2008, se

1 Consultado el "Glosario de términos relacionados con la transversalidad de género" publicado por la Secretaría Técnica del Proyecto Equal "En Clave de Culturas" del año 2007, <http://www.um.es/estructura/unidades/u-igualdad/recursos/2013/glosario-terminos.pdf>, se entiende por "rol" el papel o conducta social individual. Nuestras sociedades asignan roles diferenciados a hombres y mujeres. Al rol de las mujeres corresponderían las responsabilidades de la crianza, la educación, la atención y cuidado de los miembros de la familia y organización y mantenimiento del hogar, actividades éstas que constituyen lo que se define como "trabajo reproductivo". Por su parte, los varones tienen asignado el "rol productivo", papel central para ellos vinculado a la actividad económica o actividad "productiva", como "proveedores" del núcleo familiar. En cuanto a los "estereotipos", establece que son conjuntos de creencias o imágenes mentales muy simplificadas y con pocos detalles acerca de un grupo determinado de gente que son generalizados a la totalidad de los miembros del grupo. El término suele usarse en sentido peyorativo, puesto que se considera que los estereotipos son creencias ilógicas que sólo pueden ser desmontadas mediante la sensibilización, la reflexión y sobre todo la educación.

vienen aconteciendo importantes cambios en el panorama social y económico mundial y a pesar de que las mujeres han alcanzado el mismo nivel educativo que los hombres, su ubicación en el mercado de trabajo dista de ser acorde². A pesar de que nos estemos refiriendo a datos del 2008, se ha publicado recientemente una noticia que señala que "las mujeres en España tienen que trabajar 84 días más al año para ganar lo mismo que un hombre", lo que evidencia que la situación de desigualdad reflejada en este informe, actualmente, sigue siendo una realidad³.

Además de éste informe, existen otros⁴ que muestran datos históricos y presentes, y todos ellos concluyen en una misma evidencia, las diferencias existentes entre hombres y mujeres en el ámbito laboral.

En dicho entorno y en el ámbito de las relaciones laborales, tanto colectivas como individuales, las situaciones de discriminación por razón de sexo se han producido y de hecho se siguen produciendo, aún cuando las formas de exteriorización de las mismas van cambiando en la medida en que se modifican la legislación, los términos y los mecanismos que regulan el mercado de trabajo⁵.

Las diversas actuaciones contrarias a la igualdad se pueden manifestar de manera directa, indirecta o con apariencia de protección⁶:

La discriminación directa: tiene como única justificación el sexo del trabajador, y como resultado un trato diferente y desfavorable entre hombres y mujeres. Tiene múltiples manifestaciones entre las que destaca la existencia de categorías profesionales excluyentes y de prohibiciones para el acceso a determinados trabajos.

2 Pazos Morán, M., *Economías e Igualdad de Género Retos de la Hacienda Pública en el siglo XXI*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2008, págs.13 y ss.

3 Consulta realizada el 17 de febrero de 2014 en <http://www.rtve.es/noticias/discriminación-mujer>.

4 Entre otros muchos informes que evidencian el fenómeno de desigualdad entre hombres y mujeres, se puede destacar el Informe "Las mujeres en cifras 1983-2008", elaborado por el Instituto de la Mujer y el Ministerio de Igualdad, y que haciendo referencia a una serie de datos estadísticos, plasma lo acontecido en los 25 años que abarcan el periodo comprendido entre 1983 y 2008. También el Instituto Nacional de Estadística, publica anualmente el informe que lleva por nombre "Mujeres y Hombres en España" y que reflejan la realidad en cuanto a la igualdad entre hombres y mujeres, año a año.

5 López Ortega, Mª.J., "Empleo y discriminación salarial de la mujer" en *Mujer y Trabajo*, Bormarzo, 2003, pág. 9.

6 López Ortega, Mª.J., "Empleo y discriminación salarial de la mujer..."op.cit, pág.9.

La discriminación indirecta: se presenta cuando, tras la adopción de una medida, se producen consecuencias de diferencia de trato, de tal modo que un porcentaje considerable de personas pertenecientes a un determinado sexo y superior al porcentaje correspondiente al otro, se ven perjudicadas y /o privadas de una serie de ventajas. Esta forma de discriminación es la más difícil de combatir porque puede resultar difusa.

Con apariencia de protección: Se trata de medidas adoptadas bajo una apariencia de proteger a la mujer, pero que conducen a perpetuar patrones o estereotipos culturales ya superados. Podemos decir que son medidas protecciónistas o paternalistas hacia la mujer y el propio TC ha dicho, por ejemplo en la STC 3/1993, de 14 de enero, que sí son admisibles las normas favorecedoras de la igualdad, pero no así las protectoras, que consideran desigualmente a la mujer trabajadora e incluso pueden volverse contra ellas.

Además de estas maneras de manifestación, existe lo que se conoce como factor negativo de la "segregación laboral horizontal"⁷, que se hace evidente al existir actividades claramente feminizadas, caracterizadas por condiciones de trabajo precarias en muchos casos, y por la dificultad que tienen las mujeres para acceder a determinados sectores de actividad. Las mujeres siguen teniendo una tasa de ocupación mayor en los sectores de renta más baja y con mayor inestabilidad laboral. Así pues, ocupan gran parte de los "trabajos no cualificados", que se caracterizan por la baja calidad, sueldos más bajos, turnos rotatorios... al igual que desempeñan gran parte del trabajo a tiempo parcial.

Otro elemento negativo es la "segregación vertical" que se refleja por el bajo número de mujeres en las categorías profesionales más altas y en puestos directivos⁸; cuando de "trabajo cualificado" se trata, a pesar de que el número de mujeres universitarias supere al número de hombres, y obtienen mejores cualificaciones en muchas disciplinas, las mujeres siguen ocupando los sectores de menor cualificación y en ocasiones se encuentran con muchos obstáculos para poder acceder a puestos de dirección⁹. Esta segregación implica la existencia de un "techo de cristal" que hace alusión a una barrera invisible que dificulta

7 Consulta realizada en el informe "diagnóstico y auto diagnóstico de barreras de género. Posicionamiento de la mujer frente al empleo" que ha sido llevado a cabo por un grupo de mujeres del Colegio Oficial de Psicología de Andalucía Occidental dentro del proyecto EQUAL "e-Andaluzas en la Sociedad red" coordinado por C. Navarro González y M. A. Sallé Alonso.

8 Consulta realizada en www.mujeresespañolas.com.

9 "Diagnóstico y auto diagnóstico..." op.cit. págs. 25 y ss.

el acceso de las mujeres a posiciones de poder y de toma de decisiones en el mundo laboral. Algunas de estas barreras obedecen a estereotipos asumidos entre la sociedad tales como que las mujeres tienden a estudiar carreras de letras y los hombres de ciencias, las mujeres tienen mayor nivel formativo pero menos conocimientos prácticos, las mujeres pueden mostrar inseguridad ante situaciones que implican estrategias y planificación, que suponen un alto coste con posibles bajas por maternidad o incluso que dichas bajas no son bien vistas en determinados espacios.

2. La discapacidad como "plus" de discriminación.

Es obvio que la discapacidad puede provocar problemas de integración para la persona que la padece, si dicha integración se produce en un ámbito necesario y vital como el laboral, en el que ya hemos visto, siguen existiendo tratos desfavorables hacia la mujer, sin duda podemos hablar de discapacidad como plus de discriminación o dicho de otra forma, discriminación como consecuencia de lo que se ha denominado "Doble Barrera". El ser mujer o tener algún tipo de discapacidad, son *persé* causas de discriminación, de manera que cuando ambas condiciones coinciden conllevan un plus de susceptibilidad frente a una posible discriminación que necesariamente precisan de una atención especial.

La Encuesta de Población Activa (EPA, en adelante), no incorpora un módulo sobre discapacidad, si bien las administraciones públicas y el sector de la discapacidad han realizado un gran esfuerzo: se han realizado encuestas y se han obtenido datos sobre la situación y sobre las necesidades reales de las personas con discapacidad. Así pues, el Instituto Nacional de Estadística (INE, en adelante), en colaboración con representantes del colectivo de minusválidos, ha llevado a cabo dos relevantes encuestas que dan cuenta de esta realidad:

En la "Encuesta de Discapacidades, Deficiencias y Estados de Salud de 1999¹⁰" se establece que de un total de 3.528.220 personas con discapacidad, lo que supone aproximadamente un 9% de la población, 2.055.251, son mujeres, lo que supone un 58% del colectivo, por tanto, hay más mujeres discapacitadas que hombres con esta condición.

10 Encuesta llevada a cabo por el INE en colaboración con el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO, en adelante) y la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE, en adelante). Consulta realizada en www.ine.es/prodyser/pubweb/disctodo.pdf

Por su parte "La Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia de 2008 (EDAD, en adelante)¹¹", aporta como un dato importante que en este año, de 1,48 millones de personas que tenían algún tipo de discapacidad y que estaba en edad de trabajar (16-64 años), sólo 526.100 personas eran realmente población potencialmente activa, lo cuál suponía una tasa de 35,5% porcentaje considerablemente inferior al del total de población, el cual rozaba el 81,98% según datos de la EPA. A este dato, hay que añadir la importancia del sector servicios para las personas con discapacidad y el hecho de que ha sido un sector muy castigado por la crisis económica, lo que repercute directamente en este grupo de personas acentuándose aún más su problema laboral. Además desvela que el tipo de contratación más frecuente entre las personas con discapacidad es el denominado "contrato temporal de personas con discapacidad", "eventual" y de "obra y servicio", lo que constata un modelo de contrato precario y muy flexible.

Además de estas dos encuestas llevadas a cabo por el INE, cabe destacar la encuesta realizada por el "Comité Español de Representantes de Minusválidos en 2002", (CERMI en adelante), que también resultó de mucha utilidad como reflejo de la realidad de las personas con discapacidad y que avala de nuevo, los datos expuestos anteriormente.

Según Jiménez Lara y Huelte García, dos de cada tres personas con discapacidad en edad de trabajar se encuentran fuera del mercado de trabajo¹², poco más de un 32% de las personas con discapacidad en edad de trabajar se encuentran en situación activa, lo cual supone algo menos de medio millón de personas, estando el resto (dos de cada tres personas con discapacidad) sin incorporar al mercado laboral. Para entender la importancia del asunto hay que tener en cuenta que, en la fecha en que se realizó la encuesta, la tasa de actividad de la población general, 64,5%, suponía más del doble que la de las personas con discapacidad, es más, el problema se agudiza si tenemos en cuenta que de cuatro personas activas con discapacidad, tres trabajan y una estaba desempleada, es decir, no sólo tienen una baja tasa de actividad, sino también una alta tasa de desempleo, un 26,1 % frente a un 16,6 % de la población general.

11 Encuesta llevada a cabo por el INE y el sector de la discapacidad, a través de la fundación ONCE, del y la Confederación española de organizaciones a favor de las personas con retraso mental, (FEAPS, en adelante). Consulta realizada en http://www.imserso.gob.es/imserso_01/documentacion/estadisticas/edad_2008/index.htm.

12 Jiménez Lara, A. y Huelte García, A., *La discapacidad en cifras, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría General de Asuntos Sociales, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, Madrid, 2002.*

Por lo tanto, los datos empíricos demuestran como la condición de discapacidad supone un factor de discriminación.

3. Consecuencias reales de la doble barrera.

Así las cosas, la desigualdad por razón de sexo y la desigualdad por razón de discapacidad es una realidad demostrada con datos empíricos. ¿Cuál es el resultado de mezclar ambas condiciones?, ¿A qué situación se enfrenta la mujer discapacitada en el mundo laboral? En el 2002, el colectivo de mujeres con discapacidad, tiene tasas muy inferiores de actividad y ocupación si lo comparamos con la tasa de ocupación de hombres con alguna discapacidad¹³. En datos la situación es la siguiente: En el caso de los hombres con discapacidad la tasa de actividad es de un 40,6% y la tasa de paro de 22,1%, frente a una tasa de actividad de las mujeres discapacitadas de un 23,7% y una tasa de paro de 33,1%. Por lo tanto, podemos ver como la tasa de actividad es superior en hombres discapacitados que en mujeres con igual condición, mientras que ocurre al contrario si hablamos de la tasa de desempleo.

En definitiva, tras el análisis de diferentes datos se constata como un hecho la doble barrera que superan las mujeres discapacitadas en el ámbito laboral. De un lado, la mujer ha sido infravalorada por los roles y estereotipos tradicionalmente femeninos establecidos por nuestra sociedad, ocupando siempre un segundo lugar detrás del hombre¹⁴, asociándoles cualidades tales como la falta de independencia, falta de inteligencia, inestabilidad, persona sumisa, irracional, débil... Por otro lado las personas discapacitadas también han sido discriminadas e infravaloradas, se les ha considerado personas dependientes, con inteligencia limitada o sin inteligencia, sin autonomía, inadaptadas...

No podemos olvidar que esta difícil situación puede complicarse ya que esta doble barrera a la que nos estamos refiriendo puede derivar incluso en una "Discriminación Múltiple" si se añade algún otro factor, como puede ser la actual crisis económica, que provoca una exclusión aún mayor, para este colectivo.

13 El IMSERSO realizó en 2002 un documento llamado "La discapacidad en cifras", con la intención de ofrecer a Organismos Públicos, ONGs y a los profesionales del sector, ayuda para un mejor conocimiento de la situación real de las personas con discapacidad, pág. 124.

14 Véase el artículo de Ojeda Díaz, J., *"Discapacidad y Género, Doble Discriminación"*, págs. 11 y ss.

II. Valores Constitucionales en juego.

1. Igualdad.

El término igualdad ha sido motivo de estudio a lo largo de la historia como consecuencia de su trascendencia social, política, ética... Dicho término ha permanecido en constante evolución¹⁵, ha ido adquiriendo diferentes dimensiones con el paso de los años, y si bien hoy en día es uno de los pilares de nuestro ordenamiento jurídico, tal como la libertad o la justicia, y a pesar de que estos conceptos ya existían en textos anteriores, nunca han sido tratados de la forma en que lo hace nuestra norma fundamental, que los califica como "Valores Superiores"¹⁶.

Desde el comienzo del Texto Constitucional se establece una estrecha relación entre libertad e igualdad, y parece no poder entenderse la una sin la otra¹⁷. El artículo 1.1 establece que "España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho que propugna como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

Además cabe destacar el sentido que se da en citado artículo al concepto reconociéndose como un "Valor Superior" del ordenamiento jurídico pero además como un principio de actuación. Así se puede entender según lo establecido por la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC, en adelante) 8/1983 de 18 de febrero "...La igualdad se configura como un Valor Superior que, en lo que ahora importa, se proyecta con una eficacia trascendente de modo que toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional deviene incompatible con el orden de valores de La Constitución, como norma suprema proclama". Podríamos afirmar, por lo tanto, que los Valores Superiores son normas de conducta, que intentan organizar la convivencia y hacen posible la vida en

15 A este respecto, cabe citar a Díez-Picazo, L.M, en *Sistemas de Derechos Fundamentales*, Thomson y Civitas, 3^a Edición, Navarra, 2008, Pág. 196. *"El principio de igualdad ha experimentado una notable mutación, ya que al principio tuvo como finalidad la abolición de la sociedad estamental, para que posteriormente en una sociedad liberal en la que todos somos ciudadanos, se considere que todos debemos estar sometidos a la misma ley, tomando así un primer sentido de "Igualdad ante la ley", que fue evolucionando hasta un segundo sentido que incluye la arbitrariedad para llegar al concepto "Igualdad en la ley". Actualmente ambos conceptos conviven pudiéndose interpretar el término igualdad en ambos sentidos"*.

16 Puede leerse al respecto, Díaz Revorio, F.J., *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pág.59.

17 Peces-Barba, G., *Temas Clave de la Constitución Española, Los Valores Superiores*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 152 y ss.

sociedad. Siguiendo a Díaz Revorio, podría afirmarse que el concepto de igualdad en el 1.1 tiene un carácter de mandato, que al estar arropado por la propia Constitución, su no cumplimiento puede suponer una sanción¹⁸.

Junto a igualdad como valor superior y un poco más adelante, concretamente en el artículo 14 nos encontramos con la igualdad formal. "Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". El artículo 14 CE contiene dos partes claramente diferenciadas, de un lado recoge la igualdad en su dimensión formal, igualdad "ante la ley" y de otro, un mandato específico de no discriminación¹⁹ o "igualdad en la ley" e "igualdad en la aplicación de la misma", por lo que se establece una igualdad tanto en el contenido como en la aplicación²⁰. O dicho de otra manera, ambas dimensiones pueden unificarse en un solo concepto en el ámbito de la igualdad respecto de la ley²¹.

"La igualdad es un límite a la actuación del poder legislativo que le impide la arbitrariedad, esto es, legislar en forma injustificadamente diferenciadora²²", es decir, habrá discriminación en la ley cuando la norma distingue de manera irrazonable. Esta es la clave de la cuestión, ya que se hace necesario distinguir entre aquellas situaciones en las que hay una diferenciación constitucionalmente admitida y aquellas otras en las que hay discriminación.

Respecto a la igualdad en la "aplicación de la ley", tiene como fundamento principal la prohibición de arbitrariedad. Según STC 66/1985, de 23 de mayo, "se entiende por arbitrariedad la desproporción entre el fin perseguido y los medios

18 Díaz Revorio, F.J., *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*, op.cit., págs.:156 y ss. "El artículo 1.1, contiene una norma jurídica, una regla de conducta en sentido amplio y, sin perjuicio de que contenga la definición del Estado, es también un mandato, y está respaldada por la fuerza por su pertenencia al sistema, de manera que su violación lleva aparejada determinadas sanciones".

19 Martín Sánchez, M., *Matrimonio Homosexual y Constitución*, tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pág.43.

20 Diez-Picazo, L.M., Sistemas de ..., op.cit., págs. 196 y 197.

21 Idea apoyada por Rodríguez-Piñeiro, M. y Fernández López, M^a F., como muestran en: "Igualdad y Discriminación, Temas Clave de la Constitución Española, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 38 y ss. Igualmente ha sido apoyada esta línea por J. Jiménez Campo, en "La igualdad jurídica como límite frente al legislador", Revista Española de Derecho Constitucional, nº9, 1983, Pág. 85 y ss. Y también en la misma línea, puede estudiarse Ruiz Miguel, A., "La igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en doxa, nº19: "Igualdad y discriminación inversa", 1996, pág. 39 y ss.

22 Mosquera, S., "Derecho a la Igualdad y Medidas de Garantía en el Proyecto de Ley Orgánica de Igualdad" en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Coruña*, Nº10, 2006, págs. 769-785.

empleados para conseguirlo, junto al hecho de que esto suponga un sacrificio de los derechos fundamentales que la CE garantiza". Algunos autores, no consideran correcta la expresión "igualdad en la aplicación de la ley", entendiendo más correcto utilizar la expresión "neutralidad en la aplicación de la ley", que debe regular el ejercicio del derecho a la diferencia ya que si el legislador no pudiera diferenciar, no se podría aprobar ni una sola ley, ya que "El derecho a la igualdad sería la cancelación de la individualidad del ser humano y supondría la negación de todos los demás derechos inherentes a esta condición²³". Lo que se prohíbe es que se diferencie de una manera no objetiva, no proporcionada, no razonable, de ahí que la esencia de la igualdad sea el prohibir la discriminación. Por lo tanto, quizás no debiera hablarse de "derecho de igualdad", sino de "derecho a no ser discriminado".

En palabras de Jiménez Campo: "El precepto constitucional que consagra la igualdad de todos ante la ley es, meramente, la necesidad de que los ciudadanos sean iguales ante el ordenamiento jurídico sin que pueda, a priori, diversificar su eficacia según grupos personales, es decir, el artículo 14 impone al legislador el no discriminar, supone un límite al legislador aunque este mantiene la libertad para ponderar y diferenciar en cada caso concreto". Por lo tanto parece que el artículo 14 de la CE, es un instrumento que puede servir para garantizar una objetividad en el sistema jurídico, con la finalidad de que se produzcan derechos de una manera lógica y sabiendo determinar cuándo entre dos situaciones, sus similitudes deben prevalecer sobre sus diferencias y así garantizar una equiparación y no una diferenciación entre las mismas²⁴. En este sentido, el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones se ha pronunciado sobre la interpretación y significado del artículo 14 CE, tal es el caso de la STC 49/1982, de 14 de julio, en la cual manifiesta que "la igualdad jurídica ante la ley, no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva". Significa que a los supuestos de hechos iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados²⁵.

23 Defiende Pérez Royo, J. en *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pans, Madrid, 2005 Págs. 293., que "La igualdad constitucional no exige la igualdad legislativa, sino que exige la neutralidad legislativa, que es algo muy distinto. La ley no puede ser igual, pero sí debe ser neutral, es decir, debe regular el ejercicio del derecho a la diferencia sin tomar partido por nadie. La igualdad constitucional se traduce, por tanto, en una exigencia de neutralidad legislativa. El poder judicial debe de ser neutral a la hora de aprobar la ley".

24 Jiménez Campo, J., "La igualdad jurídica como límite al legislador", *op. cit.*, *Cit.*, Pág. 75.

25 STC 19/1982, de 14 de julio, f.j 2º

Llegados a este punto, está justificada la libertad de actuación por parte del legislador quién podrá valorar en cada momento los distintos intereses y si procede o no hacer diferenciaciones, pero siempre y cuando sean atendidos los principios de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad²⁶, ya que así ha sido definido el principio de igualdad por los más altos tribunales – español y europeo – al decir que la ley debe de cumplir con los requisitos de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad²⁷, entendiéndose la objetividad, como generalidad de las normas; la razonabilidad, como un estudio de la constitucionalidad de la finalidad de la norma; y la proporcionalidad en cuanto a la finalidad perseguida. Por lo tanto, si se cumplen estos tres requisitos, será admisible un trato diferenciado en diversas situaciones reales aparentemente similares²⁸.

En lo que respecta al artículo 14, lo cierto es que todos los ciudadanos, de igual manera, son receptores de las normas, todos reciben idéntico trato en las mismas y en su aplicación, pero de acuerdo con el Tribunal Constitucional, el artículo 14 no implica que tenga que existir en todos los casos un tratamiento legal igual, ya que no toda desigualdad constitucional constituye necesariamente una discriminación.

El tercer pilar básico al hablar de igualdad es el artículo 9.2, que establece que "corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". Proclama la igualdad real del individuo quedando el legislador obligado por dicho mandato constitucional a intentar alcanzar la igualdad efectiva entre los individuos²⁹. Por su parte, Díaz Revorio defiende que "nuestro art.9.2,..., supone una concreción del art.1.1 y de sus conceptos libertad e igualdad... lo cual implica la conexión entre la realidad social y el ordenamiento jurídico, en concreto la Constitución³⁰".

26 Indica Martín Sánchez, M., *Matrimonio Homosexual...*, op.cit., pág. 45, que para establecer una diferenciación entre situaciones reales, dicha desigualdad debe estar fundamentada en una justificación objetiva y razonable, en relación a la finalidad y efectos de la medida y debe darse además una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y la finalidad perseguida.

27 Por ejemplo la STEDH de 23 de julio de 1968, "justificación objetiva y razonable".

28 Martín Sánchez, M., *Matrimonio Homosexual...*, op.cit., pág. 47, como una deducción tras el estudio de la doctrina constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

29 A este respecto, Martín Sánchez, M., en *Matrimonio Homosexual...*, op. cit., pág.42, establece que "El principio de igualdad -como principio o cláusula general de igualdad-, representa un límite frente al legislador, ya que éste se ve sometido a dicho principio así como a su control por el Tribunal Constitucional, restringiendo su libertad legislativa".

30 Díaz Revorio, F.J., *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*, Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, págs.188 y ss.

Es por lo tanto en este punto donde se hace mención a la igualdad con carácter de "mandato" dando lugar a la llamada "igualdad material" o real, y que se entiende como la materialización del reconocimiento formal de la igualdad – art. 14-. Los poderes públicos tendrán que hacer todo lo que esté en sus manos para lograr que la igualdad sea real y efectiva, como deber de actuación positiva impuesto por la Constitución, y en concreto en respeto de los valores mencionados en el 1.1 CE³¹.

En este sentido la STC 22/1981, de 2 de julio, reiterada posteriormente por otras sentencias como la STC 34/1981, de 10 de noviembre, proclamó que "la igualdad reconocida en la CE vincula y tiene como destinatario no sólo a la Administración y al Poder Judicial, sino que también vincula al legislador, como se deduce de los artículos 9 y 53 de la misma", tal y como matizó el Alto Tribunal en su posterior STC 98/85, de 29 de julio, el artículo 9.2 no constituye un derecho específico derivado de la CE, sino que sus efectos jurídicos dependen de un mandato al legislador para desarrollar una acción que genere igualdad³².

Esta línea es la seguida por gran parte de la jurisprudencia y de la doctrina³³. Tanto la doctrina como la jurisprudencia entiende que no puede confundirse el sentido que adquiere la igualdad en el art. 14 CE con el resto de menciones de la igualdad en la Constitución, ya que, "La igualdad del artículo 14 no es ni un valor superior del ordenamiento jurídico, como es la igualdad del artículo 1.1CE, ni un mandato a los poderes públicos, como en el artículo 9.2 CE³⁴". Tanto la doctrina como la jurisprudencia se han esforzado en intentar interpretar este artículo 14 CE, ya que en él la igualdad abarca una concepción muy diferente a aquellos otros preceptos.

No obstante, el estudio de la igualdad constituye un proyecto inacabado, que siempre se verá condicionado al devenir de las instituciones jurídicas y del pen-

31 Defendido por Díaz Revorio, F.J., en *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*, op.cit., pág.529, concretamente en "La eficacia jurídica de un precepto, no es incompatible con el hecho de que por su propio contenido, la realización de tal precepto tenga un carácter progresivo o dinámico, y en cierto modo, siempre inacabado".

32 STC 98/85, de 29 de julio, f.j. 9, en el cuál el Tribunal Constitucional afirma respecto del artículo 9.2 CE que: "no puede pretenderse su aplicación para obtener la declaración de inconstitucionalidad de una norma en la que presuntamente se incumple el mandato de promover la igualdad real, pues esta igualdad no opera como un límite concreto en la actuación de los poderes públicos".

33 Sirva como ejemplo López Guerra, en su tesis "Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución", en Mujer y Constitución en España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pág. 20-23.

34 Pérez Royo, J., *Curso de Derecho...*, op. cit., pág. 274.

samiento sobre ellas. De este modo, se llega a una nueva afirmación; "No existe tanto una igualdad como una desigualdad, desde todos los puntos de vista entre los individuos y las situaciones humanas y por lo tanto sólo se puede hablar de una Igualdad Valorativa, es decir, tiene que haber un criterio de valoración que permita decir qué es valorativamente igual o desigual³⁵".

En definitiva, se pone de manifiesto la complejidad interpretativa que el término igualdad supone. No existe un consenso de opiniones entre los estudiosos de la materia, si bien, por lo general, parece muy aceptada la clasificación que enmarca la igualdad como valor superior o principio general en el artículo 1.1, la igualdad como mandato a los poderes públicos en el 9.2 (igualdad real), y la igualdad formal, recogida en el artículo 14 del Texto Constitucional, interpretándose ésta como el auténtico derecho de igualdad, considerado un derecho fundamental.

En esta línea cabe destacar entre otras la STC 12/2008, de 29 de enero de 2008, por su magnitud global y por su carácter evolutivo desde la anteriormente citada STC 8/83, que establece que "...la Constitución configura la igualdad como un principio y valor que impregna todo el Ordenamiento Jurídico» (art. 1.1 de la CE) como un Derecho público subjetivo (art. 14 de la CE), y como un referente para la acción social del Estado, que debe tender a la igualdad sustancial (art. 14 de la CE).." y que "los valores no conciernen sólo al legislador, sino a todos los poderes del Estado y el art. 9.2 de la CE es la norma de justificación de las posibilidades de conseguir estándares de libertad y de igualdad a través de la actuación de los poderes públicos: desde la interacción de los arts. 9.2. y 14 de la CE se ha entendido justificada la intervención de las desigualdades compensatorias". En definitiva, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se desprende una estrecha relación entre los artículos 1.1, 9.2 y 14 de la CE, siendo necesaria una interpretación conjunta de los tres para llegar a entender de una manera completa la "igualdad", proclamada constitucionalmente.

a) El sexo como categoría sospechosa de discriminación

Como acabamos de ver, una de las consideradas categorías sospechosas es el sexo dando lugar a una de las discriminaciones históricamente más repetida, habitual y que se ha perpetuado hasta nuestros días, la "discriminación por razón de sexo".

35 Alexy, R., "Teoría de los Derechos Fundamentales", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, págs. 347 y ss.

Ante este tipo de discriminación, se han desarrollado diferentes herramientas con la finalidad de proteger al colectivo de mujeres. Así pues, a lo largo del Texto Constitucional, podemos encontrar menciones específicas destinadas a proteger a la mujer ante esta forma de discriminación. Del mismo modo, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han ocupado del asunto, con la intención de aportar medidas para evitar estas situaciones discriminatorias.

Además de reconocer la igualdad como un "derecho fundamental", prevé expresamente la prohibición de discriminación para una serie de causas, las llamadas "categorías sospechosas". Se trata de rasgos identificadores de grupos minoritarios, en virtud de los que han sido histórica y tradicionalmente discriminados del resto, siendo el sexo uno de ellos, en razón a la discriminación sufrida por las mujeres a lo largo de la historia y en los más diversos ámbitos. Los derechos de la mujer se han visto continuamente vulnerados (desde tiempos inmemorables), motivo por el que se justifica la necesidad de una protección específica en el Texto Constitucional, prohibiéndose de manera expresa y directa la discriminación por sexo.

Pero, ¿qué significa exactamente el derecho fundamental a "no ser discriminado por razón de sexo"? Supone: la prohibición de discriminaciones directas, es decir, de todo trato diferente e irrazonable por razón de sexo y la prohibición de discriminación indirecta, representada por aquellas medidas formuladas de modo neutro respecto al sexo, y que perjudica al colectivo femenino. Todo ello también implica un mandato al legislador y poderes públicos de acciones positivas y de discriminaciones inversas para el fomento de la igualdad de la mujer³⁶.

El artículo 9.2 si bien no aborda la cuestión del "sexo" de manera directa, recoge el mandato de "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas" a los poderes públicos. Esto implica que la igualdad material requiere una intervención pública, que incluso exigiría la adopción de tratamientos diferenciados a favor de determinados colectivos desfavorecidos para superar las desigualdades, de partida, existentes en la sociedad³⁷.

Algunos autores han investigado el origen de la desigualdad sexual, intentando explicar el porqué de la situación real de la mujer. Así, Balaguer Callejón

36 Rey Martínez, F., *"El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo"*, Mc.Graw-Hill, Madrid, 1995, págs.63 y ss.

37 Cuenca Gómez, P., *"Mujer y Constitución: Los derechos de la mujer antes y después de la Constitución"* en *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, N°8, 2008, págs. 73-103.

entiende que el problema de desigualdad que sufren las mujeres nace en la configuración desigual de los sexos en torno a dos funciones básicas, la productiva y la reproductiva, causando una diferente distribución del poder entre los mismos, y con la consecuencia fundamental de la inferioridad de las mujeres y su sumisión a los hombres³⁸. Manifiesta que la desigualdad de la mujer ha tenido un tratamiento mucho más intenso que el resto de desigualdades en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Al mismo tiempo, Balaguer Callejón entiende que la legislación que se ha desarrollado en materia de género, conlleva un cambio radical de concepción del modelo de vida, de distribución de roles y pautas sociales, políticas y económicas. Según la autora, el Tribunal Constitucional ha desempeñado un importante papel en la cuestión de género, y especialmente a través de la validación de determinadas leyes, lo cual ha sido decisivo para el avance en el derecho de igualdad de género³⁹.

Otros de los aspectos más relevantes en cuanto al estudio de la igualdad de género es la denominada "Transversalidad de Género"⁴⁰ que va adquiriendo cada vez mayor importancia. A este respecto, y citando de nuevo a Balaguer, la autora defiende que la verdadera igualdad ha de tener en cuenta las posibilidades de construcción de una sociedad desde los valores comunes a ambos géneros y que la transversalidad de género es un instrumento jurídico y político de mayor grado de eficacia para conseguir la igualdad y que puede dar lugar a un resultado igual en situaciones desiguales.

b) Discapacidad como posible categoría sospechosa.

Volviendo al artículo 14, cuando es redactado por el constituyente vemos que tras la mención de las llamadas categorías sospechosas, cierra el precepto con la coletilla "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por... cualquier otra circunstancia personal o social" que nos indicaría el listado propuesto por el constituyente es *numeris apertus* y por tanto cabe la posibilidad de incorporación de nuevas condiciones o circunstancias que pudieran ser motivo de discriminación. A través de esta fórmula, puede interpre-

38 Balaguer Callejón, M. L., *"Igualdad y Constitución Española"*, Tecnos, Madrid, 2010, pág. 140.

39 Balaguer Callejón, M. L., *Igualdad y Constitución...* op.cit., pág. 190.

40 Consultado el "*Glosario de términos relacionados con la transversalidad...*" op. cit., La transversalidad de género también es conocida como mainstreaming o perspectiva de género y hace referencia a la organización (la reorganización), la mejora, el desarrollo y la evaluación de los procesos políticos, de modo que una perspectiva de igualdad de género se incorpore en todas las políticas, a todos los niveles y en todas las etapas, por los actores normalmente involucrados en la adopción de dichas políticas".

tarse la prohibición tácita de discriminación por discapacidad, de manera que se entendería que "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de discapacidad".

Ahora bien, ¿Hasta qué punto puede abrirse esta cláusula? ¿Existe diferencia entre las causas expresamente mencionadas en el artículo y las causas susceptibles de ser incorporadas? En contestación a la primera cuestión parece que lo lógico sería pensar que no se puede abrir esta cláusula a cualquier motivo porque tal y como sostiene Martín Sánchez, perderían su virtuosidad las causas expresamente previstas en el artículo 14 CE⁴¹. En relación a la segunda de las cuestiones planteadas, la llamada "cláusula abierta" ofrece dos lecturas diferentes del principio de igualdad. Cabe la posibilidad de entender que no existe separación alguna entre las causas expresadas de no discriminación y las otras, si bien, también puede interpretarse la posibilidad de atribuir una naturaleza diferenciada reservada a las causas expresas de no discriminación, ya que implican un juicio más estricto de igualdad que las distinciones basadas en otros fundamentos cualesquiera. La autora anterior establece que esto debe de ser así sobre todo cuando estamos ante causas que pueden afectar a la dignidad y los derechos de las personas, y en especial, si como consecuencia de dicho rasgo se está dando lugar a un colectivo minoritario, en este caso, el "colectivo de personas con discapacidad".

Además de lo anterior, a lo largo del Texto Constitucional encontramos otros preceptos en donde sí se hace mención expresa de la discapacidad, reforzando la interpretación de la misma como causa protegida frente a la discriminación, tal y como se verá posteriormente de manera detallada.

2. Dignidad y libre desarrollo de la personalidad.

Otros dos elementos clave en el tema que nos ocupa y que además abundaría en la idea mencionada anteriormente, de extender la protección como categoría sospechosa a la discapacidad, son la dignidad y el libre desarrollo de la persona.

El artículo 10 CE establece que "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

41 Martín Sánchez, M., *Matrimonio Homosexual ...*, op.cit., págs. 57 y ss.

Comenzando por la dignidad, si bien resulta difícil dar una definición concreta puede entenderse como esencia última, o minimun invulnerable, de cualquiera de los valores consagrados en la CE, o dicho de otra forma, sea cual sea la limitación que pueda realizarse en los valores constitucionales, la dignidad humana nunca debe menoscabarse⁴². Quizá por ello parte de la doctrina la equipara a los Valores Superiores, así Díaz Revorio opina que en caso de colisión con cualquier otro precepto constitucional, tendría que hacerse una interpretación con el valor dignidad, igual que si colisionara con cualquiera de los valores superiores del artículo 1.1 CE, debido a la superioridad de los valores sobre el resto de la Constitución⁴³. Igualmente la jurisprudencia se refiere al valor de la "dignidad", como un "valor superior" que se contiene en el art. 10.1, como pórtico de los demás valores superiores⁴⁴.

La persona que tiene una discapacidad en ocasiones puede sentir mermada su dignidad si no consigue sentirse igual que el resto de personas en múltiples aspectos del día a día como son el trabajo, la educación, el ocio..., "...y así, si de acuerdo con la línea doctrinal mayoritaria entendemos que la dignidad es un Valor Superior del ordenamiento jurídico, la conclusión sería que no puede ser menoscabada⁴⁵".

En lo que respecta al libre desarrollo de la personalidad, en ocasiones, se ve obstaculizado para determinados grupos como el de las personas con discapacidad. Por lo tanto, no puede verse limitada la libertad de las personas discapacitadas, entendiendo esta libertad como un derecho a elegir un puesto de trabajo, de tener libertad para practicar actividades de ocio, libertad a la hora de llevar a cabo unos estudios... porque esta restricción de libertad del individuo, si no obedece a fuertes argumentos constitucionales y de razonabilidad, estaría mermando el libre desarrollo de la personalidad, y por tanto debería tratarse de impedir.

Precisamente ha sido el Tribunal Constitucional quien a través de su jurisprudencia ha reconocido la presunción de discriminación que recae sobre la discapacidad, exigiendo su protección constitucional desde el artículo 14 CE. Tal es el ejemplo de la STC 114/1992, de 14 de septiembre, que estableció que "El princi-

42 Así lo entienden numerosos autores, sirva como ejemplo, Molero Martín-Salas, M^a del Pilar, *La libertad de disponer de la propia vida desde la perspectiva constitucional*. En prensa.

43 Díaz Revorio, F.J., Valores superiores, op. Cit., págs... 251 y ss.

44 STC 337/1994, de 23 de diciembre. En esta sentencia el Tribunal Constitucional se refiere tanto a la igualdad como a la dignidad como "conjunción de ambos valores constitucionales".

45 Martín Sánchez, M., *Matrimonio Homosexual* ..., op.cit., pág. 106.

pio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 14 CE, consiste en que ante supuestos de hechos iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan deben ser asimismo iguales y que han de considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos de un factor que permita diferenciarlo del otro, se encuentre carente de suficiente relevancia y fundamento racional". De igual manera, la STC 62/2008, de 26 de mayo que declaró la improcedencia de un despido, por considerar que vulneraba el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículo 14CE) por causa de enfermedad, así como el derecho a la integridad física y moral (artículo 15 CE), de un trabajador que tenía una lesión en las vértebras cervicales, o la STC 269/94, de 3 de octubre, que establece una cuota rígida del 3% de puestos del empleo público para personas con discapacidad.

3. Otros preceptos constitucionales de interés.

A continuación daremos cuenta de otros preceptos que directa o indirectamente se vinculan con la protección de este colectivo.

a) Derecho a la integridad física y moral – art.15 CE⁴⁶ -. Cuando una mujer discapacitada se encuentra con una barrera en su camino que no le permite desarrollarse libremente como cualquier otra persona, está sufriendo un daño psicológico que atenta contra su derecho a la integridad moral y al mismo tiempo atenta contra su propia dignidad.

b) Del mismo modo existe un derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar – art. 18.1 CE⁴⁷-. De igual manera que el anterior, cuando una mujer discapacitada se encuentra con muy diversos obstáculos en su camino, su honor se está viendo vulnerado y nuevamente su dignidad puede verse dañada.

Los preceptos anteriores, se ubican en la denominada Sección 1^a, Capítulo II, Título I, entre los "derechos fundamentales y libertades públicas" de manera que gozan de una mayor protección y garantías constitucionales. Además, al tratarse de los derechos de carácter personal, vinculan de manera muy estrecha a la dignidad de la persona, hasta tal punto que, "cuando se coartase cualquiera

46 Artículo 15 CE: "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura, ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempo de guerra".

47 Artículo 18.1 CE: "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen".

de los derechos inherentes a la persona, impidiendo su pleno desarrollo en todas las facetas y en condiciones de igualdad, se estaría menoscabando la dignidad⁴⁸.

c) Además de lo anterior, el Texto Constitucional recoge mención directa al "sexo" en su artículo 35.1 CE, en el cuál se regula el derecho al trabajo y proclama que "Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de su profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por sexo". Sin lugar a dudas, esta protección expresa de la mujer frente a la discriminación en ámbito laboral no es casual, si no que evidencia que este ámbito es uno de los más necesitados de protección, por tratarse de un espacio donde la mujer ha sido especialmente discriminada respecto al hombre.

Este derecho entra en conexión con la "realización personal" que a su vez está íntimamente relacionada con la autoestima. Así, Díez – Picazo, establece que "el trabajo tiene una faceta crucial en la vida humana, que es sólo comparable en importancia a los afectos privados", y es por esta razón por la el autor considera que la naturaleza del trabajo es esencialmente humana, y por lo tanto debe de estar prohibida la discriminación laboral, "el valor o bien jurídico protegido por el derecho al trabajo es la vida activa, entendida como el despliegue de las energías individuales a fin de producir bienes y servicios de toda índole, y ello tanto para ganarse el sustento como, más en general, para desarrollar la propia personalidad⁴⁹".

El apartado segundo del citado artículo, establece la regulación de un Estatuto de los Trabajadores, como garantía institucional de la categoría de trabajador. Se debe garantizar una igualdad real para poder hablar de libertad real. Todos los ciudadanos deben partir de una posición de igualdad real para que todos puedan ejercer la libertad también de manera real. Pero es evidente que no todos los ciudadanos parten de una posición de igualdad, sino que en la sociedad existen desigualdades de partida, que se pueden corregir con el reconocimiento de derechos sociales y la elaboración de leyes que desarrollen estos derechos y por lo tanto los poderes públicos están obligados a intervenir estableciendo políticas globales de prestaciones públicas, con las que se pretender cubrir las necesidades básicas de todos los ciudadanos, en cuanto a educación, sanidad, desempleo, jubilación, vivienda, transportes... y todo ello se financia a través de políticas fiscales, me-

48 Véase Pérez Royo, J. en *Curso de Derecho...*, op.cit.; Pág. 269.

49 Díez-Picazo, L.M., *Sistemas de...*, op.cit., págs. 511 y ss.

diante un sistema tributario basado en los principios de universalidad, progresividad, capacidad económica, no confiscatoriedad y justicia.

d) Como protección específica hacia los trabajadores, se desarrollan los artículos 40,41 y 42 CE. En el artículo 40.1 CE, se establece que "Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizará una política de pleno empleo.". En el caso de la mujer discapacitada, como se ha visto anteriormente, la existencia de "des-estabilidad económica", puede ser mayor que en mujeres que no presenten esta condición de discapacidad, y en el caso de la mujer, también mayor que en la de los hombres, como se ha visto en líneas anteriores. Por lo tanto, este artículo garantiza la actuación de los poderes públicos para que exista un progreso social y económico y una distribución de la renta, para este grupo de personas. Por su parte el artículo 41 CE establece que los poderes públicos deberán mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. El artículo 42 CE que protege a los trabajadores españoles en el extranjero, independientemente de su condición.

Surge de estos tres artículos, una idea clara de que la Constitución no establece, por ejemplo, un sistema determinado de Seguridad Social, sino que corresponde al legislador hacerlo, el cual puede regular de modo distinto diferentes situaciones, pero siempre de una manera objetiva y razonable, es decir, sin ser discriminatorias. Por lo tanto, cabe esperar una actuación del legislador que reforce la inclusión de la mujer discapacitada en el mundo laboral, atendiendo a sus condiciones específicas y evitando de esta manera medidas discriminatorias.

e) Por su parte el artículo 43.1 CE, reconoce el "derecho a la protección de la salud". Establece dicho artículo que serán los poderes públicos los encargados de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Este precepto puede directamente ser entendido como la obligación por parte de los poderes públicos de prevenir la discapacidad, ya que si deben de velar por la salud de todas las personas, se debe de actuar para evitar directamente la discapacidad. Pero, si entendemos la salud, no sólo como algo físico, si no también salud mental o psíquica, además de evitar igualmente aquellas causas que puedan favorecer la misma, también se puede pensar en el hecho de que la mujer discapacitada esté integrada en el mercado laboral, es una de las mejores medicinas que estas personas pueden tener, y más aún cuando se

tiene algún tipo de discapacidad, situación que puede mermar en gran medida la autoestima de la persona que la sufre y que se agrava si se le suma el hecho de ser mujer discapacitada con muchas más puertas cerradas en el mercado de trabajo, circunstancia que redunda directamente en la dignidad de la persona, estudiada ya anteriormente. Por lo tanto, si los poderes públicos son los encargados en velar por la "protección de la salud", entendida ésta como algo global sumatorio de salud física y mental, deberá garantizar la integración en el mercado laboral de todas las personas.

f) En el artículo 48 CE, "los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos". Existe una alusión directa a la garantía que deben aportar los poderes públicos para que haya una participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo económico y social, hablando de juventud en general, es decir, las jóvenes discapacitadas deberán de poder participar de una manera libre y eficaz en el desarrollo económico y social, para ello, deben de poder acceder al mercado laboral y contar con la opción de tener un puesto de trabajo que les posibilite dicha participación.

g) "Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos" - artículo 49 CE -. Este precepto protege de manera explícita a las personas con discapacidad, y se basa en el desarrollo de una serie de políticas asistenciales a los disminuidos, políticas que se proyectan en una pluralidad de ámbitos diferenciados como son trabajo, vivienda, educación, deporte, ocio... Estamos en este caso ante uno de los llamados "derechos sociales", de manera que se encomienda a los poderes públicos la realización del mismo. Así, a pesar de su protección constitucional depende de la prohibición y de la voluntad del poder público la satisfacción de este derecho en mayor o menor medida.

Debemos tener en cuenta, que si bien estos últimos, del artículo 40 en adelante, forman parte de los llamados "principios rectores de la política social y económica", no son meras previsiones carentes de valor o eficacia, sino que son auténticos mandatos al legislador. Desde el artículo 39 al 52 se habla de que los poderes públicos asegurarán, promoverán, mantendrán, tutelarán... para que estos principios se desarrollen a través de la legislación de manera oportuna. Los jueces, a la

hora de interpretar la ley, deberán utilizar como criterio lo que establezca la CE, incluidos estos principios y por su parte, el poder ejecutivo y la Administración pública, por su carácter de poderes públicos, también están vinculados a estos principios, por lo que en su actuación y programa también deben de tener cabida, y no sólo es que tengan cabida, sino que suponen un gran peso político y en muchas ocasiones mediático.

Por otro lado, también es importante destacar el hecho de que estos principios rectores tienen una serie de garantías y están protegidos jurídicamente. "El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollos".- artículo 53.3 CE-. "Los principios rectores son directrices para el legislador⁵⁰". Por lo tanto, no cabe tanto esperar que una ley vaya a ser declarada como inconstitucional por vulnerar los principios rectores, ya que éstos pueden tener unas definiciones muy amplias, sino que más bien entender que la finalidad principal de estos principios rectores, podríamos decir que es el servir como guía de buenas prácticas para el legislador.

En definitiva, los principios rectores son un refuerzo de determinados derechos, que no han alcanzado la categoría de "fundamentales", pero que son esenciales para un desarrollo completo de la persona. Estos principios son aún más importantes si cabe, cuando se habla de casos tan concretos como puede ser una mujer discapacitada, casos en los que el refuerzo por la integración adquiere mayor importancia, porque la realidad demuestra que están más desprotegidas, y la actuación del legislador se vuelve fundamental para garantizar su derecho de igualdad.

III. El papel desempeñado por el legislador.

Una vez apuntados los preceptos constitucionales, para terminar es importante hacer alusión a la existencia de una prolífica actividad legislativa tanto en defensa de la mujer como de las personas discapacitadas, siendo colectivos muy protegidos, si bien al ser tan reciente el reconocimiento de la doble discriminación o discriminación múltiple, las políticas específicas al respecto siguen siendo escasas. No obstante, a la par de la existencia de este problema social, se encuentra la disposición por parte de los distintos gobiernos de los países más desarrollados

50 Diez-Picazo, L.M., Sistemas de ..., op.cit., págs. 511 y ss.

a encontrar la deseada igualdad de oportunidades para todos los miembros de la sociedad, marcándose unos objetivos prioritarios en cuanto a las personas con discapacidad y centrándose aún más en el sector femenino.

1. A nivel Estatal.

a) En cuanto al sexo existen dos leyes destacables que son La Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que tiene como objeto actuar contra la violencia que se ejerce sobre las mujeres por sus cónyuges o personas que estén ligados a ellas por razones similares de afectividad, y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, que tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer.

b) En cuanto a la discapacidad destacar la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos y la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad que tiene como principios básicos el garantizar la realización personal y la total integración socio-laboral de las personas con discapacidad.

c) En el caso concreto de mujer-discapacitada, además de la anteriormente citada Ley 51/2003, lo más relevante en este caso concreto son los diferentes Planes de Acción para Mujeres con Discapacidad que entre otras líneas de actuación, tienen en cuenta el "empleo" y la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad de los años 2008-2012 que hace una especial referencia a las mujeres discapacitadas y que tiene como objetivos generales aumentar la tasa de actividad y ocupación así como la inserción de las personas con discapacidad, al mismo tiempo que mejorar la calidad del empleo y dignificar las condiciones de trabajo de las personas con dichas circunstancias.

Por su parte el Proyecto de Ley integral para la Igualdad de trato y la No Discriminación, de 27 de mayo de 2011, hace mención expresa a la Discriminación Múltiple que se produce "cuando ocurren o interactúan diversas causas de las previstas en la Ley, generando una forma específica de discriminación" – artículo 7 – y establece que "no podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en esta ley para el acceso al empleo por cuenta ajena, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, y en el despido – artículo 14 –.

2. A nivel Autonómico, en el caso concreto de Castilla-La Mancha

- a) En cuanto al sexo, a destacar la Ley 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de Malos Tratos y Protección a Mujeres Maltratadas de Castilla-La Mancha, La Ley 22/2002, de 21 de noviembre, de Igualdad entre Mujeres y Hombres de Castilla-La Mancha y la Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de Igualdad entre Mujeres y Hombres de Castilla-La Mancha, con mismo objetivo que las estatales, pero en el caso concreto de la citada Comunidad Autónoma.
- b) En cuanto a la discapacidad tenemos la Ley 1/1994, de 24 de mayo, de accesibilidad y eliminación de barreras en Castilla-La Mancha y la Ley 12/2001, de 29 de noviembre de 2001, de Acceso de las Personas con Discapacidad a la Función Pública de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.
- c) En cuanto a la mujer discapacitada, El Plan Integral de Acción para Personas con Discapacidad en Castilla-La Mancha 1999-2003, basado en la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de Solidaridad de Castilla-La Mancha, y el Estudio de la Situación Sociolaboral de la Mujer con Discapacidad en Castilla-La Mancha y de las Dificultades para su Acceso al Empleo (2007).

Llegados a este punto, no podemos olvidar el **ámbito comparado e internacional**, por su evidente importancia al tratar este tema y porque cuenta con una extensa protección de la mujer frente a la discriminación de género y frente a la discriminación por discapacidad, de manera específica en relación con el empleo. No obstante, su análisis en profundidad sobrepasaría el objeto central de este artículo por lo que lo tratamos de una manera muy breve.

En ámbito internacional, de manera expresa en cuanto al género destacan la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, de Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 1952, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, de 1979, (CEDAW) y La Declaración 48/104/1993, de 20 de diciembre, sobre Eliminación de la Violencia Contra la Mujer. Además, cabe destacar que desde 1975 ha habido cinco Conferencias Mundiales sobre la Mujer.

Por su parte, la discapacidad es una condición protegida expresamente a nivel internacional, en normas como La Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, la Declaración de los Derechos del Deficiente Mental, de 20 de diciembre de 1971, la Declaración de Derechos de los

Impedidos de las Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1975, el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad de 3 de diciembre de 1982, las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad aprobadas en 1993 y la Declaración de Beijing sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, del 2000. Y de manera más reciente "La Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad".

Pero fue en 2006, cuando en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2006, (Convention on the Rights of Persons with Disabilities) se establece que "Los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales", habiendo por lo tanto una mención expresa a esta doble condición de mujer y discapacidad. No obstante, no existen normas específicas que regulen la defensa de la mujer discapacitada en el empleo aunque sí se pueden encontrar alusiones específicas en algunas de las actuaciones nombradas anteriormente.

Y siguiendo la línea marcada en ámbito internacional, en Europa encontramos una fuerte protección del principio de igualdad, de manera específica frente a la discriminación por sexo y por discapacidad, que ya desde el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 se viene estableciendo pero que no es hasta la firma del Tratado de Ámsterdam de 1997 cuando dicho principio comienza a ser un eje fundamental para las políticas europeas estableciéndose que "la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad"- artículo 2-. Así pues, posteriormente, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2000, se proclama y ratifica la prohibición de cualquier forma de discriminación, en particular las basadas en el sexo y la discapacidad.

En cuanto al empleo, existen numerosas actuaciones llevadas a cabo tanto por la Comisión, el Parlamento Europeo y el Consejo, en forma de Directivas, Recomendaciones, Comunicaciones, Planes Comunitarios etc., con el objetivo de velar y garantizar el principio de igualdad de oportunidades para hombres y mujeres en el empleo.

IV. El papel desempeñado por la jurisprudencia.

El Tribunal Constitucional ha tenido un papel decisivo en lo que a la construcción de los derechos de género se refiere, habiéndose pronunciado en numerosas ocasiones. Como ha podido verse a lo largo del texto, esta jurisprudencia ha nacido como resultado de diferentes tipos de discriminación. Así pues, cuando las sentencias intentan prohibir tipos de discriminación directa o indirecta, el resultado es una Jurisprudencia Equiparadora, que como el propio nombre indica, intenta equiparar a la mujer y al hombre. Paralelamente existe lo que se denomina Jurisprudencia Compensadora, que tiene como finalidad dar ventajas a las mujeres, de las cuáles están excluidas los varones que se encuentren en la misma situación. Este tipo de jurisprudencia es el resultado de la denominada Discriminación Inversa, que tiene en cuenta como punto de partida la realidad social de desventaja de la mujer en ámbitos como el mercado laboral, y que es tratada a través de medidas de acción positiva o compensadoras, que no sólo están permitidas por el Derecho Constitucional, sino que son exigidas por el mismo, desde los postulados de la igualdad real entre hombres y mujeres - 9.2 CE⁵¹- y desde luego, desde la propia dignidad - art.10 CE-.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, refleja esta evolución experimentada respecto a la igualdad de género, estando la mayoría de ellas relacionadas con el ámbito laboral, lo que deja entrever que ha sido en este aspecto donde más discriminada se ha podido sentir la mujer y por ello ha sido necesaria una regulación más exhaustiva. Es interesante hacer referencia al hecho de que la doctrina parece estar de acuerdo en que fue la STC 128/87, de 16 de julio⁵², la que marcó un antes y un después⁵³, y por este hecho es conocida

51 Rey Martínez, F., "El derecho fundamental a no ser discriminado...", *op.cit.* págs.9 y ss.

52 La STC 128/87, concluyó que "el recurrente no se encuentra en la misma posición que el conjunto social que toma como punto de referencia, y que el tratamiento desigual otorgado a éste, no constituye por tanto una discriminación prohibida por el artículo 14 CE, sino, por el contrario, una medida destinada a paliar la discriminación sufrida por ese conjunto social y que responde al mandato constitucional contenido en el artículo 9.2 del Texto Fundamental".

53 Véase Rey Martínez, F., en "El derecho fundamental a no ser discriminado...", *op.cit.* pág.9 quien considera que dicha sentencia supone pasar de un periodo en el cuál la igualdad está dominada por una aproximación "formalista y neutra", a un periodo en el cuál se conecta con la problemática de la discriminación por sexo por la situación histórica de marginación de la mujer y que dicha sentencia supone el inicio de la Jurisprudencia Compensatoria. Está relevancia de la STC 128/87, también ha sido defendida por Balaguer Callejón, M.L., "Mujer y Constitución. La Construcción Jurídica del Género", Cátedra, Valencia, 2005, pág.227, que considera que la jurisprudencia respecto a la igualdad de género puede dividirse en dos grandes etapas; una primera que iría desde el inicio hasta la STC 128/87, etapa en

como "leadingcase". Esta sentencia surge a consecuencia de un recurso de amparo interpuesto por un trabajador que se sentía discriminado por disfrutar de un distinto régimen de prestaciones en concepto de guardería otorgado por su empleador, el INSALUD. Si bien hasta este momento la cuestión sexual había resultado indiferente, a partir de esta sentencia hay una búsqueda por parte del Tribunal de las verdaderas razones de desigualdad, para concluir que en el artículo 14 de la CE, se obedece a una finalidad de conseguir la equiparación de la desigualdad histórica de la mujer⁵⁴. La sentencia aporta una serie de datos estadísticos que demuestran la histórica situación de desigualdad de la población femenina, lo que se traduce en dificultades de acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo⁵⁵. Por lo tanto la STC 128/87, supone un giro radical en la jurisprudencia constitucional de manera que detrás de medidas paternalistas, que resultaban falsamente protectoras, se empiezan a distinguir de las medidas de acción positiva a favor de la igualdad de la mujer.

No obstante, la doctrina no es unánime. Para autores como Balaguer Callejón, la STC 19/1989, de 31 de enero, es la que rompe definitivamente esa igualación por arriba de las mujeres, y cuya línea de razonamiento parece totalmente desvinculada del análisis puramente formal. En este caso, se trata del recurso de amparo interpuesto por un trabajador que alegaba que las normas de los Estatutos de la Mutualidad Laboral eran discriminatorias pues establecían una diferencia entre hombres y mujeres en cuanto a la edad de jubilación prevista entre los sesenta y sesenta y cuatro años, pudiendo ser la jubilación de la mujer de hasta el 80% mientras que la de los hombres como máximo podía alcanzar el 70%. El Tribunal no consideró discriminatoria la diferencia de trato impugnada, ya que su "finalidad" no era colocar a un trabajador varón en peores condiciones en el momento de su jubilación, sino más precisamente compensar de algún modo la situación de inferioridad que, laboral y socialmente, venía padeciendo la mujer⁵⁶.

A modo de conclusión, se puede afirmar que las SSTC 128/87 y 19/1989,

la que se pretendía proteger a la mujer sin llegar a medidas de fomento de la igualdad y una segunda etapa considerada de consolidación de la igualdad material.

54 Balaguer Callejón, M.L., "Mujer y Constitución..." op. Cit. Págs. 236 y ss.

55 Rey Martínez, F., "El derecho fundamental a no ser discriminado...", op.cit. págs.9 y ss.

56 STC 19/1989, que estableció que *"la diferencia que mantiene dicha regla transitoria no tiene por objeto discriminar al varón frente a la mujer, sino únicamente evitar que el personal femenino que comenzó a trabajar con anterioridad quede perjudicado por el nuevo sistema, finalidad que, ahora en relación con todo el personal, también perseguía aquella regla común, la que fue aplicada al actual demandante"*.

han dado lugar a la diferenciación de tres etapas en la evolución de la igualdad de género. La primera de ellas, hasta la STC 128/87, se caracteriza por una etapa en la cual el Tribunal Constitucional defiende el concepto de igualdad como derecho fundamental directamente aplicable, con resoluciones condicionadas por el formalismo en la interpretación del artículo 14, con gran ausencia de la perspectiva de género y con una identificación de medidas protectoras en el derecho laboral. A partir de dicha sentencia y hasta la 19/1989, etapa en la que ya existe una perspectiva de género, se buscan respuestas específicas en relación al mismo y sobre todo se caracteriza por la construcción del concepto de *igualdad material*, estableciendo el Tribunal Constitucional medidas de discriminación positiva de colectivos socialmente marginados en el mercado laboral. Y la tercera etapa, a partir de la STC 1971989, se caracteriza por mantener ciertas posiciones favorables hacia la mujer, que no se van a extender al hombre y con una desvinculación total del análisis puramente formal.

Además de las mencionadas sentencias, también cabe destacar otras que han sido interesantes en cuanto a la igualdad de género y en las que se alegan diversas causas de discriminación. Así pues, la STC 7/83, de 14 de febrero⁵⁷, trata el tema de la discriminación sexual, la STC 166/88, de 26 de septiembre⁵⁸, analiza la discriminación sexual y el embarazo, la STC 145/91, de 1 de julio, trata sobre la discriminación sexual y los salarios y las SSTC 216/91, de 14 de noviembre⁵⁹ y 241/88, de 19 de diciembre⁶⁰, analizan la discriminación sexual con respecto al acceso al trabajo y la familia, respectivamente.

57 Esta sentencia se reitera en numerosas sentencias posteriores (8/83, 13/83, 15/83, 86/83, 38/84 Y 59/93).

58 STC 166/88, que establece que "*el INSALUD, como pudo haber hecho, no dio más explicación al despido que la de su voluntad resolutoria. Ante la presencia de un derecho a no ser discriminada, que la actora alegó informando de su embarazo, la empresa debió explicitar que los motivos que la movieron eran ajenos a tal hecho o situación, significativa de un plus o añadido al concreto derecho laboral -condición de mujer digna de protección más fuerte por desigualdad justificada- que la obligaba a su vez -a la empresa- a justificar la razonabilidad de su conducta resolutoria*"

59 STC 216/91, que falló "reconocer a la recurrente, el derecho a la igualdad y a no ser discriminada en el acceso a la Academia General del aire".

60 STC 241/88, "En consecuencia, ha de reconocerse el derecho de la recurrente a no ser discriminada y a que no se le deniegue la reincorporación a su antigua empresa por no haberse constituido en cabeza de familia".

V. Conclusiones.

En síntesis, la realidad constata que la discriminación sexual en el ámbito laboral, es especialmente sensible en cuánto a la mujer se refiere, si bien es cierto, que esta situación ha ido cambiando de manera positiva para las mujeres en los últimos años, aunque el efecto "crisis", puede resultar muy perjudicial. La existencia de una discapacidad en la mujer provoca un efecto de "Doble Barrera" en el marco laboral, constituyendo lo que puede denominarse "Doble Discriminación" o "Discriminación Múltiple".

A lo largo del texto se ha intentado dar cuenta del problema de la doble barrera, y se han descubierto actuaciones de protección a la mujer discapacitada por los distintos legisladores.

Se ha empezado a tomar conciencia de la especial situación de vulnerabilidad de la mujer discapacitada, encontrando naciones y normas que reconocen su doble condición y la protegen expresamente.

No obstante, pienso que aún queda mucho por hacer, tal y como muestran las cifras y estadísticas reales, porque a pesar de que la sociedad está cambiando y la inclusión de la mujer en el mercado laboral es un hecho, aún siguen existiendo grandes diferencias entre hombres y mujeres porque la vida doméstica no está evolucionando a la par y la mujer tiene que seguir asumiendo determinados roles de conducta. Esto, como hemos dicho, se acentúa para el caso de las mujeres discapacitadas, y además hay que decir que a pesar de que tanto las mujeres como las personas discapacitadas, en razón a su gran susceptibilidad a ser discriminados, son colectivos muy protegidos, al ser tan reciente el reconocimiento de la doble discriminación o discriminación múltiple, las políticas específicas al respecto todavía son escasas.

Bibliografía consultada.

- ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- AZCÁRATE, P., *Minorías Nacionales y Derechos Humanos*, Publicaciones del Congreso de los Diputados y la Universidad Carlos III de Madrid. 1998.
- BALAGUER CALLEJÓN, MªL, *Igualdad y Constitución Española*, Técnicos, Madrid, 2010.
- *Mujer y Constitución. La Construcción Jurídica del Género*, Cátedra, Valencia, 2005.
- BILBAO, J.M, y otros, *Lecciones de Derecho Constitucional I*. Lex Nova, Valladolid, 2010.
- CAYO PÉREZ BUENO, L. "El impacto de la crisis económica en las personas con discapacidad y su familia", Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, Grupo Editorial Cinca.
- CAYO PÉREZ BUENO, L. (dir.), "I Plan Integral de Acción para las Mujeres con Discapacidad 2005-2008", Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, 2005.
- CUENCA GOMEZ, P., "Mujer y Constitución: Los derechos de la mujer antes y después de la Constitución Española de 1978", en *Filosofía, Derecho y Política*, N°8, 2008.
- DEL RÍO OTERO, C Y ALONSO-VILLAR, O., "Diferencias entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo. Desempleo y Salarios", en *Economías e Igualdad de Géneros. Retos de la Hacienda Pública en el siglo XXI*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2008.
- DÍAZ REVORIO, F.J., *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- DÍEZ-PICAZO, L.M, *Sistemas de Derechos Fundamentales*, Thomson y Civitas, 3^a Edición, Navarra, 2008.

- JIMÉNEZ CAMPO, J., "La igualdad jurídica como límite al legislador", en Revista Española de Derecho Constitucional, Año 3, Número 9, septiembre-diciembre 1983.

- JIMÉNEZ LARA, A. Y HUETE GARCÍA, A., *La discapacidad en cifras*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría General de Asuntos Sociales, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, Madrid, 2002.

La discriminación por motivos de discapacidad, análisis de las respuestas recibidas sobre la Discriminación por motivos de Discapacidad, CERMI Estatal.

- JIMÉNEZ LÓPEZ, D. Y RAMOS LORENTE, M. "La discriminación de las mujeres discapacitadas en España", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

- LÓPEZ GUERRA, L., "Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución", en *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000.

- LÓPEZ ORTEGA, Mª.J., "Empleo y discriminación salarial de la mujer", en *Mujer y Trabajo*, Bormazo, 2003.

- MACHADO RUIZ, Mª.D, *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art. 511 CP*, Tiranch Lo Blanch, Madrid 2002.

- MARTÍN SÁNCHEZ, M., *Matrimonio Homosexual y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

- MARTÍN SÁNCHEZ, M, "La Realidad de las Mujeres en el siglo XXI", en S. De la Sierra y J.C. Ortiz Pradillo, *El Derecho y la Economía Ante las Mujeres y La Igualdad de Género*, Lex Nova, 2011.

- MOLERO MARTÍN-SALAS, M.P, *La libertad de disponer de la propia vida desde la perspectiva constitucional*. En prensa.

- MOSQUERA, S., "Derecho a la Igualdad y Medidas de Garantía en el Proyecto de Ley Orgánica de Igualdad", en Anuario de la Facultad de Derecho de la Coruña, N°10, 2006.

- MURILLO DE LA VEGA, S., *El mito de la vida privada. De la entrega al tiempo propio*, Siglo XXI, Madrid, 2006.
- PAZOS MORÁN, M., *Economías e Igualdad de Género Retos de la Hacienda Pública en el siglo XXI*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2008.
- PECES-BARBA, G., *Los Valores Superiores*, Tecnos, Madrid, 1986.
- PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, Madrid, 2005.
- PRIETO SANCHÍS, L., "Igualdad y minorías", en Tolerancia y minorías, problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa, Colección Humanidades, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.
- REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Mc.Graw-Hill, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, M. Y M^a FERNANDA FERNÁNDEZ, *Igualdad y Discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.
- RUIZ HERNÁNDEZ, P.(dir.), *Situación laboral de las mujeres con discapacidad*. Publicaciones del Instituto de la Mujer. 2005. N^o 87

Resumen

El objetivo principal de este artículo es poner de manifiesto la situación de desigualdad que sufren las mujeres en el mercado de trabajo, y mostrar las estadísticas que evidencian que esta situación empeora cuando hablamos de mujeres con discapacidad.

Palabras clave

Desigualdad, mujeres, mujeres discapacitadas, mercado de trabajo, valores constitucionales, protección...

Abstract

The main aim of this article is to present the inequality situation that women live in the labor market and to show the statistics which evidence that the situation becomes worse when we talk about disabled women.

Keys words

Inequality, women, disabled women, labor market, constitutional values, protection...

III. RECENSIONES

SUMARIO

- **Feliciano Barrios Pintado**, "Las Constituciones de España. Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España. (Comentario al libro de J.M. Vera Santos)"
- **José María Vallejo García-Hevíá**, "Prensa y poder político en las Cortes de Cádiz. El proceso de aprobación de los primeros Decretos sobre la libertad de impresión en España durante el período de 1810-1813. (Comentario al libro de J. López de Lerma)"

LAS CONSTITUCIONES DE ESPAÑA. CONSTITUCIONES
Y OTRAS LEYES Y PROYECTOS POLÍTICOS DE ESPAÑA.
(COMENTARIO AL LIBRO DE J.M. VERA SANTOS)

Feliciano Barrios

*Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones.
Universidad de Castilla-La Mancha.*

Vera Santos, José Manuel, *Las Constituciones de España. Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, prólogo de Pedro González-Trevijano, Pamplona, Thompson/Civitas, 2008, 760 pp.

La Historia del constitucionalismo español pasa en la actualidad por una época de especial brillantez, participando de sus estudios tanto cultivadores del derecho constitucional como de otras disciplinas jurídicas consagrados al estudio de distintos sectores del ordenamiento positivo vigente, además de historiadores del derecho e historiadores generales dedicados preferentemente a la época contemporánea. La todavía cercana conmemoración del segundo centenario de la Constitución de 1812 ha constituido un aliciente más para la proliferación de estudios sobre nuestro pasado constitucional, rebasando los realizados con este motivo el estricto marco cronológico del texto gaditano y el trienio liberal. Pero esto no siempre fue así, pues hasta la llegada del régimen democrático que siguió a la muerte del general Franco los cultivadores del constitucionalismo histórico español eran mirados por las autoridades políticas del momento con cierta reserva cuando no con verdadera sospecha. Como reacción a esta situación, a la Constitución de 1978 siguió un verdadero florecimiento de estos estudios, junto a los propiamente dedicados al texto constitucional ya vigente. Como antípodo de esta nueva etapa en los trabajos sobre nuestro pasado constitucional, el profesor Luis Sánchez Ageta publicó en 1974 su *Historia del Constitucionalismo Español* en el Centro de Estudios Políticos, que tantas ediciones habría de alcanzar. Dos años antes de la actual Constitución, y ya como fruto granado de una línea de trabajo, aparecerían los *Esquemas del constitucionalismo español 1808-1976* de Jorge de Esteban Alonso en colaboración con Javier García Fernández y Eduardo Espín Templado (Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1976). Siendo así que el libro del profesor Vera del que hoy nos ocupamos recoge influencias benéficas de esta obra, pues, no en vano, su autor se incardina en una fructífera escuela, de la que es cabeza el profesor de Esteban, que tan brillantes cultivadores de la disciplina a dado a la universidad española en el último tercio del pasado siglo y primeros decenios del actual.

Para José Manuel Vera, la historia jurídica del constitucionalismo patrio no es cuestión que sea ajena a sus intereses científicos desde los primeros pasos de su actividad investigadora. Así está presente en buena parte de su ya bien nutrida producción reflejada en libros y artículos, publicados en conocidas editoriales y prestigiosas revistas de la especialidad. Esta dedicación es especialmente notaria en dos de sus obras: *Senado, territorio y presencia de notables* (Madrid,

Servicio de Publicaciones del Senado, 1997) y en *La reforma constitucional en España* (Madrid, La Ley, 2007). Tanto en estos libros, como en algunos de sus otros trabajos y singularmente en *Las Constituciones de España* se observa un permanente interés del autor por vincular pasado constitucional de España y realidad jurídica presente. Esto, que ya fue observado por González-Trevijano en el inteligente prólogo al libro (p. 17), es cuestión del mayor interés pues aleja la obra de la exclusiva óptica histórica, que hace del presente un comportamiento estanco sin relación con tiempos pretéritos. Tal postura, que puede resultar valida al estudiar el pasado histórico de otros sectores del ordenamiento, se nos muestra especialmente desaconsejable en el campo del constitucionalismo, pues es evidente que en nuestra agitada historia constitucional -no más que la de otros países de nuestro entorno- observamos cómo la sucesión de textos de esta naturaleza, tienen en los anteriores en el tiempo, bien precedentes a imitar en algunos de su preceptos, o por el contrario a desechar por lo fallido de la experiencia, o simplemente a ignorar por cuestiones de oportunidad política que cristalizan el tiempo que se realizan.

De todo ello se nutre el libro de José Manuel Vera dejando traslucir en los cuadros sinópticos que hace de los distintos textos constitucionales la continuidad en las instituciones recogidas en las sucesivas leyes supremas que han regido nuestra vida política, o la variación más o menos profunda, cuando no la radical ruptura, cuando incluso cambia la forma de Estado, o también cuando como sucede con la leyes fundamentales del estado autoritario, este deja de ser un régimen de libertades.

El libro tras una introducción contiene seis capítulos que se identifican con los que el autor considera los grandes períodos de nuestro constitucionalismo. Cada capítulo obedece a una misma estructura, que aparte de resultar clarificadora para cualquier lector, contiene, además, una vertiente didáctica de gran utilidad. Así en todos observamos una cronología básica, un estudio preliminar referido a los textos constitucionales de cada periodo, y unos esquemas que como contenido básico vienen referidos a: Jefe de Estado, gobierno, poder legislativo, relación entre poderes, sufragio, derechos y libertades, principios de organización política y reformas, para terminar con los distintos textos que interesan a cada época, ya fueran propiamente las constituciones que estuvieron vigentes, ya proyectos, ya importantes documentos que resultan básicos para comprender el devenir de nuestra agitada historia constitucional, así como las leyes fundamentales vigentes bajo el franquismo. El primer periodo que el autor llama "fase de iniciación constitucional" abarca desde el Estatuto de Bayona de 1808 hasta el proyecto de Constitución de la Monarquía Española producido

por el gobierno Istúriz el 20 de junio de 1836. El segundo periodo denominado en la obra "fase de reafirmación constitucional", contiene las constituciones de 1837, la de 1845 y sus proyectos de reforma, así como la constitución "non nata" de 1856, el Acta Adicional de 15 de septiembre de 1856, la Ley de reforma de Narváez de 17 de julio de 1857 y acontecimientos posteriores, como fue la derogación de esta última por Ley de 20 de abril de 1864, siendo presidente del Consejo de Ministros don Alejandro Mon. El tercer periodo contenido bajo la rúbrica de "fase revolucionaria" engloba la Constitución de 1869 y el Proyecto de Constitución de 1873. En el cuarto periodo denominado "fase de la doble restauración", que el autor justifica "por el advenimiento de la Monarquía y la República de manera sucesiva" (p. 26) se recogen dos periodos bien distintos: la restauración de Alfonso XII plasmada en sus objetivos políticos en el texto constitucional de 1876 -hasta ahora el de más larga vigencia en la historia de España- y el que abarca la Segunda República con la Constitución de 1931, sin olvidar el anteproyecto de 1929; además el autor presta la debida atención a la Ley de Defensa de la República de 21 de octubre de 1931 que tan grande incidencia había de tener en el desarrollo de la vida política durante el periodo republicano. Quizá este apartado hubiera admitido una división que hiciera de la Segunda República, su texto constitucional y el desarrollo del mismo hasta 1939, un segmento distinto, máxime cuando la lectura atenta de estas páginas de la obra parece requerirlo. A la larga dictadura de Franco se dedica el apartado V denominado "fase del estado autoritario"; su núcleo son las llamadas Leyes Fundamentales -desde el Fuero del Trabajo de 1938 a la Ley Orgánica del Estado de 1967- complementadas con el decreto de 29 de septiembre de 1936 y las leyes de 30 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939, donde se contiene la reiterada concesión de plenos poderes al general Franco. El último apartado, de especial interés en la obra, es el denominado "fase de la reinstauración monárquica: la Constitución Española de 1978", en el se incluye una larga, exhaustiva y muy útil cronología que nos ayuda a la correcta comprensión de este periodo tan decisivo de nuestra historia reciente. En no muchas páginas, pero bien elaboradas y con un planteamiento sugerente de las posiciones del autor acerca de la suprema Ley que nos dimos los españoles en 1978, el profesor Vera da cuenta de la elaboración del texto constitucional, sus características y contenidos, con el correspondiente cuadro sinóptico, de especial utilidad en el plano docente, para terminar con la inclusión del texto de la Constitución, el de la Ley para la Reforma Política de 4 de enero de 1977 y el de reforma de la Constitución de 27 de agosto de 1992.

La construcción del libro se fundamenta sobre un buen conocimiento de cada periodo histórico y una utilización acertada de la bibliografía disponible, a

lo que se suma el uso de los propios textos constitucionales con los que el autor está familiarizado y conoce en profundidad. En suma, el libro de José Manuel Vera constituye un verdadero manual de historia constitucional española, concebido bajo la óptica de un cultivador de nuestro derecho público, pero destinado a un público que trasciende al gremio de los juristas, para convertirse en obra de interés para constitucionalistas, historiadores y polítólogos, con una importante vertiente en el plano docente que no queremos dejar de reseñar.

Feliciano Barrios

PRENSA Y PODER POLÍTICO EN LAS CORTES DE CÁDIZ.
EL PROCESO DE APROBACIÓN DE LOS PRIMEROS DECRETOS
SOBRE LA LIBERTAD DE IMPRENTA EN ESPAÑA
DURANTE EL PERÍODO DE 1810-1813.
(COMENTARIO AL LIBRO DE J. LÓPEZ DE LERMA)

José María Vallejo García-Hevia

*Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones
Universidad de Castilla-La Mancha*

LÓPEZ DE LERMA GALÁN, Jesús, *Prensa y poder político en las Cortes de Cádiz. El proceso de aprobación de los primeros Decretos sobre la libertad de imprenta en España durante el periodo de 1810-1813*, prólogo de Enrique Belda Pérez-Pedrero, Madrid, Congreso de los Diputados, 2011; 462 páginas. ISBN: 978-84-7943-402-1.

En la Colección *Bicentenario de las Cortes de Cádiz*, editada por el Departamento de Publicaciones, del Congreso de los Diputados, como su número 2, figura incluida esta multidisciplinar tesis doctoral, defendida por su autor, en diciembre de 2006, en la Facultad de Comunicación de la Universidad de Sevilla. Como bien subraya su prologuista, el Profesor, Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha, y Consejero Consultivo de la Comunidad castellano-manchega, Enrique Belda, una virtud principal de esta tesis de doctorado es la de no haberse conformado con el estudio del mero proceso de constitucionalización de un derecho, como el de la libertad de imprenta, derivado del principio de soberanía nacional, sintiendo la necesidad, el ya doctor López de Lerma, natural de la villa manchega de Valdepeñas y dúplice licenciado, en Derecho por la Universidad de Castilla-La Mancha y en Periodismo por la de Sevilla, amén de doctor en Comunicación, Historia del Periodismo y Derecho a la Información por la misma Universidad Hispalense, de contrastar el debate parlamentario constituyente con la realidad social de su época. Que, en el Cádiz de 1810 a 1813, lo era de proliferación de publicaciones periódicas y de denuncias, ante las mismas Cortes, de los tachados de inflamatorios, subversivos o sediciosos. De ahí que fuentes documentales primarias, empleadas con minucioso seguimiento para la elaboración de esta investigación monográfica, sean los *Diarios de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias, desde la 4^a., de 27-IX-1810, hasta la 874^a., obviamente de las públicas, de 5-VI-1813. Además, el autor ha manejado los ejemplares más conflictivos de los periódicos políticos denunciados ante las Cortes gaditanas: los números VI, VII y X de *El Robespierre Español. Amigo de las Leyes*, fechados el 23 y 27-V, y 20-VI-1811; el número XIII de *El Español*, de 30-IV-1811; y los números LII, LIX y CLXVI de *El Procurador General de la Nación y del Rey*, de 21 y 28-XI-1812, y 15-III-1813, respectivamente.

El objeto declarado de esta obra es el de pretender reconstruir la historia de la formulación del concepto de libertad de prensa, a través de un estudio comparativo de su evolución legal, social y periodística. La formación multidisciplinar del autor justifica su abordaje metodológico, no muy usual, histórico, jurídico y periodístico, que explicita en su capítulo II (pp. 27-49, y pp. 431-462 de *Fuentes y bibliografía*). En él, da cuenta de su adscripción a la *Nueva His-*

toria Política, y su espíritu de devolución a la Política de su carácter central en la Historiografía actual, relacionándola con la Historia legal y periodística. Y también de su rechazo de la corriente historiográfica bautizada como *Giro Lingüístico*, que califica de peligrosamente involutiva, por perseguir una Historia aproblemativa, superficial y elaborada para disfrute, congratulatorio, de las élites ilustradas dominantes, al terminar convirtiendo la labor del historiador en la consecución de un bello relato, recreador del pasado histórico.

En el capítulo III (pp. 51-98), Jesús López de Lerma informa de la prensa política liberal del primer tercio del siglo XIX, que habría nacido en 1808, cuando al pueblo soberano, luchando por la independencia y la religión de su patria, se dirigían las nacientes publicaciones periódicas, a fin de adoctrinarle más y mejor: tanto *El Semanario Patriótico* de Manuel José Quintana, como el bonapartista *Diario Napoleónico*, ambos de 1808, en tanto que primeras publicaciones políticas, de signos claramente contrapuestos, ambas de Madrid, patriótica una, y afrancesada la otra. Sabido es, no obstante, que la cuna de la prensa política española fue el Cádiz sitiado, con sus siete imprentas y unos cien papeles impresos de periodicidad, y sobre todo caducidad, varia, que vieron la luz entre la primavera de 1810 y la de 1814. Una prensa, liberal o servil, toda ella declaradamente parcial en su ideología política, para conseguir lectores afines. Al calor de los cafés, navegando y porfiando por la tinta de las prensas, y a la sombra de la activa tribuna parlamentaria del momento, se fue formando el lenguaje periodístico, bajo el amparo del Decreto IX, de 10-XI-1810, sobre *libertad política de la Imprenta*, completado con las adiciones del Decreto CCLXIII, de 10-VI-1813 -estudiados ambos en los capítulos IV, pp. 99-150, y X, pp. 293-374, más el apéndice I, pp. 393-408-, con préstamos tomados de la vehemente oratoria de los diputados en Cortes, y sorteando la gran enemiga del periodismo político, la censura propugnada por el Santo Oficio de la Inquisición. La restauración de la Monarquía absoluta, por obra del Real Decreto, expedido en Valencia, de 4-V-1814, provocó el cierre de los periódicos, ya que Fernando VII prohibió, también, la prensa política adicta, de opinión absolutista. El resurgimiento del periodismo político, bajo el Trienio Liberal, con la nueva Ley de *Imprenta*, de 5-XI-1820, dio a luz nada menos que a unas setecientas publicaciones periódicas, entre 1820 y 1823. La Década Ominosa volvió a desterrar la libertad de prensa, entre 1823 y 1833, hasta el sobrevenido Real Decreto publicado por la Reina Regente, María Cristina de Borbón, el 4-I-1834, cuyo Reglamento, de 1-VII-1834, creó la figura del *editor responsable* y del *depósito previo* para la publicación de diarios, lo que eliminó a los impresores de escasos recursos económicos. Así quedaron consolidados los límites, estrechos y siempre vigilados, de la libertad de prensa en el *liberal* siglo XIX español. Ya que los liberales,

precisamente, defendían la libertad de imprenta porque estaban convencidos de conseguir, mediante ella, una opinión pública ilustrada, pero fácil de persuadir y dirigir. Desde luego, no interesaba, ni convenía al poder político, la libertad de expresión, y sí que lo impreso influyese en la sociedad, creando sectores de opinión que levantasen al pueblo contra las facciones conservadoras y reaccionarias del Antiguo Régimen, que ostentaban, todavía, numerosos resortes de poder, económico, social y, por descontado, político. De ahí que se debatiesen, y estuvieran en el origen de las Juntas de Censura, Suprema y Provinciales, los conceptos legales y políticos de *honor*, *veracidad* o *responsabilidad* del impresor, para evitar la difusión de las ideas subversivas en la sociedad, según se concreta en el introductorio capítulo I (pp. 21-26), y en las conclusiones del capítulo XI (pp. 375-389).

A la Historia, e historiadores, del Derecho y de las Instituciones, lo que más ha de interesar, de la aportación de Jesús López de Lerma, es, seguramente, el pormenorizado análisis, deudor del *Diario de Sesiones*, de aquellos casos de periódicos gaditanos, denunciados a las Cortes, en infracción de lo prevenido sobre el ámbito competencial de las Juntas de Censura, por contravenir presuntamente, algunos de sus números o ejemplares, la libertad de imprenta, suscitando el consiguiente debate político entre los diputados reunidos en el Oratorio de San Felipe Neri. Profesando ideas liberales avanzadas, *El Duende Político*, redactado por un sacerdote, Miguel Cabral Noroña -pese a lo cual, impugnaba que tres de los nueve miembros de las Juntas Provinciales de Censura fuesen eclesiásticos-, en su número XI, reclamó que no ocupasen empleos públicos los españoles que hubieren servido o jurado obediencia a José I Bonaparte (cap. V, pp. 151-177; y apéndices II y III, pp. 409-429). Denunciado el periódico, por suponerse que había abusado de la libertad de imprenta, con tales peticiones y comentarios, opinaron sobre él varios diputados: a favor, los liberales (Muñoz Torrero, Mejía, Argüelles, Guridi, Borrull, Gallego); y en contra, los serviles o realistas (Laguna, Dou, Creus, Aner, el obispo de Calahorra), en las sesiones de Cortes, Generales y Extraordinarias, de 11, 22 y 25-VI-1811. No se tenía seguridad siquiera sobre la ilicitud del hecho denunciado, calificado de escrito sedicioso, centrándose el debate en la facultad que debía poseer el Consejo de Regencia, a la hora de adoptar providencias contra los autores de impresos sediciosos. A la postre, las Cortes decidieron remitir el asunto a las autoridades judiciales, que ordenaron el arresto del editor y redactor, Cabral de Noreña. Una resolución que no se pudo cumplir, puesto que el encausado se exilió en Filadelfia, donde habría de editar dos periódicos en castellano, en pro de la Constitución de Cádiz.

El liberalismo exaltado, patriota y revolucionario, anticlerical y antiaristocrático, del médico Pedro Pascasio Fernández Sardino, y de su esposa, la portuguesa María del Carmen Silva, caracterizó a *El Robespierre Español, amigo de las leyes o cuestiones atrevidas sobre España*, que salió a la calle, en la Isla de León y en Cádiz, entre 1811 y 1812, y del que ambos eran editores y redactores. Muy crítico con el general Imaz, por la capitulación de la plaza de Badajoz, y con el teniente general Carrafa, por su conducta en Lisboa, al ser desarmadas las tropas españolas por el mariscal Junot, varias denuncias, suscritas por Carrafa, el duque de Híjar y otros grandes de España, llevaron los siete primeros números de *El Robespierre Español*, el 9-VI-1811, ante la Junta de Censura Provincial de Cádiz. Incoado el correspondiente proceso de censura, no fue hallado delito alguno en los cinco primeros números, pero sí fueron calificados de subversivos, infamatorios y sediciosos, los dos siguientes, el VI y el VII. Luego, el periódico fue prohibido al llegar al número X, y Fernández Sardino encarcelado durante seis meses. Se iniciaba, de este modo, una estrategia del Gobierno, apoyado por el Consejo de Regencia, secuestrando la publicación y condenando a su responsable, encaminada a eliminar una voz impresa que le incomodaba. El caso ocupó a las Cortes, siendo debatido durante las sesiones celebradas el 6, 7 y 30-VII-1811, tras la lectura de una denuncia formulada en representación de Francisco Periu, impresor de la Isla de León (cap. VI, pp. 179-222).

Unos días antes, el sábado, 29-VI, a las doce de la noche, se había personado el Gobernador militar, acompañado de un escribano, en la imprenta de Sardino, y, sin que precediese notificación alguna de la Junta Provincial de Censura, ni de la Junta Suprema Central, había mandado suspender la impresión del número X, con la excusa de que no era lícito trabajar en día festivo, requiriéndole, además, para que declarase cuál era el nombre del autor de lo que se publicaba. El impresor Periu se quejaba de una actuación gubernativa contraria a la seguridad que, a todo ciudadano, ofrecía la ley de libertad de imprenta. Sin embargo, ahora, ninguno de los diputados intervenientes, por descontado los realistas de todas las tendencias, desde las absolutistas hasta las reformadoras (Dou, Laguna, Valiente, Borrull, Villagómez, Gordillo), pero tampoco los liberales, más o menos radicales (Muñoz Torrero, Gallego, Oliveros, Argüelles, Zorraquín, Díaz Caneja, Mejía), apoyaron a Sardino y *El Robespierre*. Todos prefirieron centrar la controversia en el modo de aplicar el Decreto de 10-XI-1810, de libertad constitucional de la Imprenta. Era evidente que liberales y serviles compartían el temor hacia un creciente poder de la prensa, que podía ser suficiente para llegar a derrocar, en un momento determinado, al Gobierno, cuando, además, nunca, bajo el Antiguo Régimen absolutista -como recordó el

diputado Valiente, en la sesión de 6-VII-1811-, se había permitido criticar, en España, con franqueza, a los gobernantes. Para los realistas, la polémica creada por estos casos escandalosos evidenciaba una mala utilización de la libertad de prensa, y justificaba la derogación de dicho Decreto de 1810. Por el contrario, los diputados liberales sólo advertían una aplicación errónea del Decreto, por parte de la Junta de Censura de Cádiz, que había ordenado, finalmente, el secuestro del número X, sin preceder las correspondientes censuras del mismo, incurriendo en una extralimitación de sus funciones, puesto que sólo la autoridad judicial era competente para ordenar la incautación de una publicación periódica. Cierto es que todo lo complicaba el hecho de que *El Robespierre Español* había calumniado a la Junta censora gaditana, una circunstancia no prevista por el Decreto de 1810, por lo que no se sabía a qué organismo administrativo (la Junta Suprema Censora, otra Junta *ad hoc* a crear, la Audiencia Territorial), correspondía calificar el escrito, puesto que la Junta Provincial de Censura no podía ser, en aquel caso, juez y parte. Más allá de esta cuestión, y de alguna posición personal como la de Argüelles, empeñado en no querer reconocer la existencia de vacíos dispositivos y supuestos de hecho no previstos en el Decreto de 1810, cuya paternidad tenía atribuida, pese a que su evidencia daría lugar, bastante tiempo después, a una necesaria y retardada reforma normativa, la del ya recordado Decreto CCLXIII, de 10-VI-1813, de *Adiciones a la ley de libertad de Imprenta*, seguida de otro Decreto, el CCLXIV, también de 10-VI-1813, que contenía el *Reglamento de las Juntas de Censura*, la cuestión de fondo abordada por los liberales fue la de si las Juntas Censoras debían seguir siendo, o no, independientes del Gobierno y de los Consejos y Tribunales, esto es, de los Poderes ejecutivo y judicial. Para diputados realistas y conservadores como Borrull, tenían que depender, en última instancia, no ya de la autoridad gubernativa, como el Ministerio de Gracia y Justicia, sino, al menos, de las Audiencias Territoriales, que debían ser competentes para conocer de los asuntos de imprenta. En cambio, para diputados liberales radicales como Zorraquín, la dependencia de las Juntas Censoras ponía en peligro la libertad misma de prensa, con su sumisión inicial a un poder del Estado, aunque fuese el judicial. Al menos, las Juntas de Censura habían de ser independientemente competentes para calificar los escritos éditos, y los Jueces y Tribunales para conocer y resolver en los juicios por injurias o calumnias. A la postre, en la sesión de 30-VII-1811, las Cortes aprobaron, a propuesta de Oliveros, que la Junta Provincial de Cádiz, absteniéndose de censurar las expresiones del número X, de *El Robespierre Español*, con las que se creía ofendida, y de las que conocía, por comisión, el Consejo Real de Castilla, resolviese, en todo lo demás, lo que estimase pertinente. Meses más tarde, todavía las Cortes hubieron de mandar que pasase, a la Comisión de Libertad de Imprenta, una consulta de la Junta

Suprema de Censura, sobre ciertas dudas relativas a si se debía o no proceder a la calificación de varios ejemplares de *El Robespierre*. Para entonces, Fernández Sardino, condenado y bajo arresto gubernativo, recluido después en un hospital, aquejado de problemas de salud, hacía tiempo que, él y su mujer, Carmen Silva, ya habían dejado de editar, forzadamente, su periódico. Durante las reacciones absolutistas fernandinas, de 1814 y 1823, Sardino se exiliaría en Inglaterra, donde publicó, a partir de 1816 y 1817, *El Español Constitucional*; y, bajo el Trienio, en España, *El Redactor General* y *El Cincinato*.

Con el número XIII de *El Español*, de José María Blanco-White, una publicación mensual extranjera, puesto que era redactada y editada desde Londres, cuyos números constaban de unas noventa páginas en cuarto, y cuya existencia se prolongaría entre abril de 1810 y junio de 1814, por la que Blanco percibiría una pensión vitalicia del Gobierno británico, otorgada por los servicios prestados, no hubo disensiones entre liberales y realistas (cap. VII, pp. 223-248). A unos y otros provocaba similar indignación que *El Español* cuestionase el papel de las Cortes de Cádiz, a las que acusaba de acaparar todo el poder del Estado, lo que suponía un riesgo para la libertad, y que, motejado de antipatriota, promoviese la desunión entre España y sus dominios de América. La disidencia de Blanco había comenzado en 1809, cuando, colaborando en *El Semanario Patriótico* de Quintana, primero en Madrid, y luego trasladado a Sevilla, por empuje de las tropas napoleónicas, no aceptó que el poeta y político liberal quisiese poner su periódico al servicio de la Junta Suprema Central, sin instarle a acometer reformas políticas más radicales. Desde Cádiz, como es bien sabido, escapando de nuevo de los invasores franceses, pero, sobre todo, deseando romper con su pasado de sacerdote, Blanco huyó a Inglaterra y se instaló en Londres, como editor de *El Español*. Aunque el primer Consejo de Regencia, presidido por el obispo de Orense, había prohibido su circulación por las provincias americanas, desde agosto de 1810, y su introducción en el territorio peninsular, desde noviembre de 1810, en la sesión de Cortes de 24-V, y luego en las de 2, 3 y 8-VIII-1811, el diputado Antonio Joaquín Pérez Martínez, natural de Puebla de los Ángeles, que había defendido la libertad de impresión, y que habría de votar la abolición de la Inquisición, pasándose luego a los absolutistas, firmando el *Manifiesto de los Persas* de 1814, lo que le valdría, en 1815, la mitra episcopal de Puebla, denunció que, en el número XIII de *El Español*, se incluía una carta falsa, supuestamente remitida, por él, a su director. Todos los diputados intervenientes, indiferenciadamente (Esteban, Leiva, Dou, Argüe-lles, Aner, Rodríguez del Monte, Gallego, Zorraquín), coincidieron en calificar el hecho de delictivo. Alguno de los realistas, como Leiva, aprovecharon para cuestionar la libertad de prensa, preguntándose si estaba

preparada para desafiar la calumnia y contradecir las informaciones que se vertían, contrarias a los intereses de América, y de España en América. Y alguno de los liberales, como Argüelles, para reconocer los obstáculos que existían para el castigo internacional de los delitos contra la libertad de prensa. En la sesión de 2-VIII-1811, el diputado agraviado, Pérez Martínez, manifestó que, pese a todo, perdonaba la injuria y no procedería contra su autor. Una decisión que le reprocharon Zorraquín, estimándola incomprensible, por hallarse afectadas las Cortes, insultadas en uno de sus diputados; y Argüelles, que reflexionaría acerca de cómo actuar de oficio, cuando la víctima de un delito contra la libertad de impresión no interponía denuncia. Estaba claro que, a falta de una legislación penal internacional, cualquier reclamación, ante un Gobierno extranjero, no garantizaba satisfacción jurídico-procesal y criminal alguna. Pero, si era dudosa la efectividad de una futura sanción penal dictada contra un autor que residía en el extranjero, no resultaba improcedente que fuesen competentemente enjuiciados los hechos, presuntamente delictivos. A propuesta de Zorraquín, en la sesión de 3-VIII-1811, las Cortes acordaron que no debía quedar impune tal atentado contra el honor de uno de sus diputados, habiéndose de investigar los hechos y descubrir el autor de la carta falsa. Pero, se comenzó a debatir qué Tribunal sería el competente, conviniéndose, como propuso Creus, que lo fuese el Tribunal de Cortes, aunque, como matizó Zorraquín, sin que estuviese obligado a dar conocimiento de todas sus actuaciones, como era preceptivo, al Consejo de Regencia. De este modo, fue decretada la creación de un Tribunal específico para el caso de *El Español*, que recibió el cometido, el 8-VIII-1811, de practicar las diligencias necesarias para descubrir al autor de la carta, dirigida al editor del periódico, bajo la firma del diputado Antonio Joaquín Pérez Martínez.

Una carta, también impresa, dio ocasión para que las Cortes de Cádiz volvieran a ocuparse de otra conflictiva publicación periódica, y también de su espuria financiación, *El Procurador General de la Nación y del Rey*, editado, desde octubre de 1812, y redactado, por el jerezano marqués de Villapanés (caps. VIII y IX, pp. 249-271 y 273-292). Se trataba, ahora, de una publicación antirreformista y reaccionaria, que acusaba a los liberales de ateos, jansenistas, afrancesados y filósofos. En las Cortes Generales y Extraordinarias se había votado si debía ser privado de su empleo, de bibliotecario de las mismas Cortes, Bartolomé José Gallardo, una vez que se sabía que era el autor del polémico *Diccionario crítico-burlesco*, notado de herético y subversivo, y un atentado contra la libertad de impresión. Pues bien, en el número LII de *El Procurador General*, había sido publicada una carta anónima, en la que se reproducían los nombres de los diputados que habían votado a favor de la privación de empleo. En las sesiones de Cortes de 30-XI, y 1, 2 y 5-XII-1812, se debatió acerca de lo que Argüelles consideraba una

protesta impresa contra una resolución parlamentaria, siendo utilizada la imprenta para mostrar las diferencias de opiniones entre diputados y, dándole un carácter de proclama, apelar a la sedición. Desde luego, estaba claro que, para Argüelles, el derecho de información no formaba parte de la libertad de prensa, puesto que el artículo 128, de la Constitución, sólo prevenía que los diputados eran inviolables por sus opiniones, no pudiendo ser reconvenidos por ellas; al igual que Muñoz Torrero, para quien pretender que las Cortes pudieran ser juzgadas por el pueblo, o por otra corporación nombrada al intento -hay que entender que la prensa, por ejemplo-, era tanto como destruir los cimientos del sistema político representativo. En términos generales, los demás diputados liberales (Golfín, Muñoz Torrero, Calatrava, Mejía), y los realistas o serviles (Zumalacáregui, Larrazábal), estuvieron conformes en que debían ser dilucidados los hechos por el Tribunal correspondiente, puesto que los Jueces respectivos debían entender en la averiguación y castigo de los delitos cometidos en abuso de la libertad de imprenta, mientras que las Juntas de Censura habían de calificar los impresos denunciados, ya por injuriosos contra particulares, ya por sediciosos, subversivos o contrarios a la Constitución. Pero, así como la libertad de imprimir ideas políticas se había decretado para poner freno a la arbitrariedad de los gobernantes, ningún español podía ser juzgado -advertía el guatemalteco Larrazábal-, en pleito civil o causa criminal, por comisión particular o juez *ad hoc*, sino por el tribunal competente, autorizado con autoridad de ley. Una Comisión de Cortes, especialmente formada para juzgar la misiva impresa en *El Procurador General*, fue, sin embargo, la respuesta de las Cortes a lo que consideraba un ataque contra la representación nacional, amparado por la libertad de imprenta. En la inmediata sesión, de 1-XII, la Comisión presentó ya una serie de dictámenes, y en la de 2-XII-1812, determinó que la carta, aunque firmada por otro, había sido entregada por un diputado, Manuel Ros, quien, en un escrito del mismo 2-XII, solicitó poder recusar a los numerosos diputados parciales que, interesados en condenarle como autor de la misiva publicada, integrasen el Tribunal de Cortes que habría de juzgar su acción, que entendía, por lo demás, que no había infringido ley alguna. Las Cortes, empero, establecieron -no sin disensos, como el de Lisperger, frente a la mayoría representada por Toreno, Giraldo, Calatrava, Dou, Dueñas-, que no había lugar a la petición de recusación, dictando sentencia, el Tribunal de Cortes, el 13-III-1813, condenatoria de Ros como autor de una carta calificada de *impolítica*, y perjudicial, que había mancillado el honor de algunos diputados. Privado Ros de la asistencia a las sesiones de Cortes durante seis meses, con apercibimiento de que se abstuviese, en lo sucesivo, de publicar escritos de naturaleza semejante al editado en *El Procurador General*, una vez abonadas las costas del proceso, pudo el sancionado diputado retornar al Congreso Nacional.

Ya hace algunos años, en 1989, Alicia Fiestas Loza clarificó este proceso de las Cortes gaditanas, y sus resultas [“La libertad de imprenta en las dos primeras etapas del liberalismo español”, en *AHDE*, 59 (1989), pp. 351-490], y, aunque Jesús López de Lerma no acepta, en parte, sus conclusiones, sin embargo, no aporta argumentos, ni datos, en contrario, que permitan descalificar, en absoluto, la tesis de la Profesora Fiestas Loza (p. 270 *ab initio*). Según la cual, en el momento en que Manuel Ros incluyó su misiva en *El Procurador General*, el 21-XI-1812, no existía norma alguna de Derecho positivo por la que, la publicación de escritos, cuya circulación y lectura resultase *impolítica y perjudicial*, pudiera ser considerada una conducta delictiva. Se habría infringido flagrantemente, por tanto, el principio de *nemo poena, sine lege*. El artículo 4º., del Decreto de 10-XI-1810, se limitaba a castigar, con pena legal, 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”. Es más, Alicia Fiestas planteó que las referencias sobre el caso, aparecidas en el *Diario de Sesiones*, podrían haber sido alteradas, con el propósito de ocultar, en lo posible, que un Tribunal, integrado por diputados en Cortes, siguiendo las pautas marcadas por la Junta Suprema de Censura, habría interpretado dicho art. 4º., del Decreto de 1810, dando entrada, por analogía, a un supuesto no previsto por el legislador.

Ahora bien, las sorpresas que deparaba *El Procurador General de la Nación y del Rey* no terminaron ahí, puesto que, ese mismo mes de marzo de 1813, en la sesión del día 24, seguida de las de 5, 8 y 13-IV-1813, se planteó la cuestión de su reservada financiación. Puso de manifiesto Zorraquín, entonces, el rumor político que circulaba por Cádiz, de que el periódico estaba sostenido por una asignación mensual del Gobierno. Ante estas sospechas, el diputado presentó una proposición formal para que la Regencia del Reino aclarase si había hecho tales pagos mensuales, presentando la documentación pertinente, en caso afirmativo. A propuesta del conde de Toreno, una Comisión especial de Cortes se encargaría de seguir y conocer de este asunto. La Secretaría de Estado y del Despacho de la Gobernación de la Península fue la que comunicó, a la Regencia, lo resuelto por las Cortes. En la sesión de 8-IV, la Comisión comenzó a aportar pruebas de los hechos denunciados por Zorraquín. La asignación mensual importaba unos 4.000 reales, que se aseguraba hecha por el anterior Consejo de Regencia, el segundo, formado por Joaquín Blake, general en jefe del ejército del Centro, Pedro de Agar, capitán de fragata y director general de las Academias de Reales Guardias Marinas, y Gabriel Ciscar, jefe de escuadra naval, gobernador militar de Cartagena y electo secretario del Despacho de Marina. Esta segunda Regencia había sido destituida el 11-I-1812, siendo sustituida por

la tercera, compuesta por Pedro de Alcántara Toledo, duque del Infantado, teniente general de los Reales Ejércitos; Joaquín Mosquera y Figueroa, ministro consejero del Real de las Indias; Juan María de Villavicencio, teniente general de la Armada y gobernador militar de Cádiz; Ignacio Rodríguez de Rivas, del Consejo Real; y Enrique José O'Donnell, conde de la Bisbal, capitán general del Principado de Cataluña. En ninguna Secretaría de Estado y del Despacho existía constancia expresa de tal asignación, pero, en la de Estado había una, de igual cuantía, destinada a gastos secretos. Al fin, el 13-IV-1813, Joaquín Mosquera, regente del tercer Consejo de Regencia, confesó que la segunda Regencia había resuelto financiar a los editores de *El Procurador General*, hasta que contase con un número suficiente de suscriptores, al objeto de "oponer algún contrarresto a los que, traspasando los límites de la justa libertad de imprenta, corrompían la opinión pública, ofendían al Gobierno, a las demás autoridades y personas dignas de la mayor consideración y respeto, y combatían, como en cierta especie de confederación, con las armas del desprecio, de la mofa y del ridículo, todo lo más sagrado y respetable; y que la Regencia nunca dudó de que el mencionado periódico rectificaría la opinión pública en los principales puntos de nuestra Constitución, que son la religión, la integridad de la Monarquía, la fidelidad a nuestro amado Monarca Fernando VII, y la subordinación al Gobierno y autoridades" (p. 281 *in fine*).

No cabe mejor expresión, concisa y precisa, aun no buscada, de los grandes peligros y obstáculos que amenazaron a la libertad de imprenta en el Cádiz de las Cortes, puestos de manifiesto nada menos que por uno de los corregentes del Reino. La asignación gubernativa secreta de *El Procurador General* era canalizada a través de un presbítero, Guillermo de Hualde, canónigo de la iglesia catedral de Cuenca y procurador general de las Órdenes Militares. Los servicios prestados por dicho periódico al absolutismo político no impidieron que, restablecida la Monarquía absoluta de Fernando VII, mediante su Real Decreto de 4-V-1814, una Real Orden, de idéntica data, suprimiese la libertad de imprenta, prohibiendo la existencia de cualquier periódico. Un posterior RD fernandino, de 25-IV-1815, también hizo desaparecer los pocos y persistentes absolutistas que aún quedaban, excepción hecha de los oficiales, y nada políticos, *Diario y Gaceta de Madrid*.

Concluye el viaje por algunas oficinas de imprenta gaditanas, de principios del Ochocientos, en el que López de Lerma se ha desempeñado de guía curioso, y laborioso lazillo. Su oficio ambivalente, de periodista y jurista, enriquece el relato y la perspectiva, aunque, en ciertos momentos, pueda confundir al lector u oscurecer la interpretación de ciertos pasajes. Ésta es la principal riqueza de

su tesis doctoral, la flexibilidad interpretativa que le proporciona su espíritu y capacidad interdisciplinares. También su honestidad en el manejo de las fuentes, puntilloso y detallista, hasta agotar sus especies informativas. Otro de sus aciertos es el de poner al descubierto las *miserias* de la libertad de prensa liberal de las Cortes de Cádiz -cierto que manipulada por todos, al servicio de intereses de poder, tanto realistas como liberales, radicales como moderados, reformadores como reaccionarios, eclesiásticos como aristocráticos, de juristas como de legos en derecho-, valiéndose, para ello, de los testimonios parlamentarios que han llegado hasta nosotros. Aunque, quizá, mostrándose en exceso pedisecu y acrítico respecto al contenido de los *Diarios de Sesiones* (o mejor dicho, *Diarios de las discusiones y actas*), que ya se sabe que no recogían todo lo dicho en Cortes, que su contenido era redactado *a posteriori* y *ex professo* y no asépticamente taquigrafiado, y que fueron concebidos y utilizados, por los liberales, como instrumento de propaganda ideológica. Precisamente, para el historiador jurista, este lado oscuro o retrato en negativo de la libertad de prensa gaditana, trazado desde su conflictiva práctica parlamentaria, al hilo, y al albur por supuesto, de los concretos casos que se fueron planteando, es el que creo resulta más atrayente, y fructuoso. Una cosa es saber qué entendía Argüelles, adalid de dicha libertad, que *debía ser* ésta, legislativamente expresada y confinada en un Decreto como el de 10-XI-1810, y otra cosa comprobar el *ser* de sus interesados juicios políticos, cuando el ejercicio de tal libertad, en un sentido u otro, perjudicaba o favorecía las conveniencias coyunturales de su facción o grupo de liberales, no tan radicales, ni exaltados, ya se tratase de abusos y excesos, o simples manifestaciones del derecho de información -desde nuestra perspectiva actual, claro es, que no era la de 1811, 1812 o 1813-, cometidos por periódicos liberales, como *El Duende Político*, *El Español* o *El Robespierre Español*, o por publicaciones reaccionarias tales que *El Procurador General de la Nación y del Rey*. Por otro lado, en la obra que nos ocupa, su autor identifica, sistemáticamente, lo jurídico con lo legal, lo que empobrece, en ocasiones, las interpretaciones, y confunde ciertas indagaciones. También sería deseable que hubiese bosquejado un panorama general específico, adicional a su genérica introducción histórico-política, de los derechos individuales y demás libertades -la llamada parte dogmática de los textos fundamentales, para los constitucionalistas-, consagrados en la Constitución de Cádiz, y en su previo proceso constituyente, de modo que la de imprenta no navegase tan en solitario, cual *rara avis* de náufrago lector. No obstante, estas observaciones en nada empecen la meritoria labor de Jesús López de Lerma, cuya tesis doctoral merece, sin duda, ocupar un espacio propio, no sólo en beneficio de historiadores del Periodismo y de la Política, así como de los constitucionalistas, sino también de los historiadores del Derecho y de las Instituciones Políticas, y Administrativas, en la

PRENSA Y PODER POLÍTICO EN LAS CORTES DE CÁDIZ.
EL PROCESO DE APROBACIÓN DE LOS PRIMEROS DECRETOS SOBRE LA LIBERTAD
DE IMPRENTA EN ESPAÑA DURANTE EL PERÍODO DE 1810-1813.

nutrida bibliografía doceañista. Y encontrar hueco, como ya lo tiene en la prestigiosa Colección conmemorativa del Congreso de los Diputados, en aquello que verdaderamente ha de ser perdurable, a la postre, entre los estudios forjados con el *Bicentenario de las Cortes de Cádiz*. Originalidad, empeño y valía acreditan la obra, y avaloran tal deseable perduración.

José María Vallejo García-Hevia

IV. CRÓNICAS

SUMARIO

- **Enrique Belda Pérez-Pedrero**, 2012. "El año del Bicentenario de la Constitución de Cádiz. La labor investigadora y divulgativa de los profesores de Derecho Constitucional en Castilla-La Mancha".
- **Tomás Vidal Marín**, "De nuevo las subvenciones y ayudas agrícolas ante el Tribunal Constitucional: Comentario a la STC 99/2012, de 8 de mayo".
- **María Martín Sánchez**, "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (2012-2013)".
- **M^a del Pilar Molero Martín-Salas**, "Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha (2012-2013)".
- **Joaquina Guerrero Sanz**, "Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria (2011-2012-2013)".
- **M^a. Elena Rebato Peño**, "Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario de la Universidad de Castilla-La Mancha (2012-2013)".

**2012. EL AÑO DEL BICENTENARIO LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ.
LA LABOR INVESTIGADORA Y DIVULGATIVA
DE LOS PROFESORES DE DERECHO CONSTITUCIONAL
EN CASTILLA-LA MANCHA¹.**

Enrique Belda Pérez-Pedrero
Titular de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real UCLM

SUMARIO

- 1. Introducción.*
- 2. La Constitución de 1812: símbolo y mito.*
- 3. Influencias.*
- 4. La soberanía nacional.*
- 5. Los derechos. Su tímida aparición.*
- 6. La representación en el Parlamento.*
- 7. El Rey y la función ejecutiva.*

¹ Participación en las jornadas *La Constitución de 1812 y la provincia de La Mancha. Bicentenario de la proclamación de la Constitución de 1812 en La Mancha*. Centro de Estudios de Castilla-La Mancha (UCLM). Dirección: Dr. Isidro Sánchez. Villanueva de los Infantes, 20 y 21 de julio de 2012. En imprenta. Gira en torno a la presentación del libro colectivo: *La Constitución de 1812 y su difusión en Iberoamérica. “Constitución de 1812 y función consultiva: su proyección sobre los Consejos de Estado colombiano y español”*. Miguel Revenga Sánchez, José Manuel Vera Santos y Francisco Javier Díaz Revorio (dirs.). Págs. 221 a 245. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. ISBN 978-84-9004-830-6.

8. Hacia una nueva Justicia.

9. La Religión.

10. Los representantes/constituyentes.

11. La permanencia de la Constitución de Cádiz de 1812 en la Constitución española de 1978.

12. Los preceptos que hubieran sido claves en la transformación de España.

13. Apéndice bibliográfico (selección).

1. Introducción.

Sería pretencioso, o simplemente absurdo, en una crónica del año del bicentenario de la Constitución gaditana, y cuando ya se han celebrado más de una treintena de congresos, jornadas y foros al efecto (sólo en el ámbito jurídico), que darán lugar, cuando menos, a una docena de obras de referencia en la materia; intentar abordar en pocas páginas una presentación del tema, buscando de cualquier forma una completa aproximación. Como he tenido ocasión de participar desde 2009 en un proyecto de investigación al efecto (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.), cuyos resultados ya están publicados (DIAZ REVORIO, Francisco Javier y VERA SANTOS, José Manuel, *La Constitución de 1812 y su difusión en Iberoamérica*, Tirant lo blanc, Valencia, 2012), es muy fácil poder ofrecerles a estas alturas las conclusiones obtenidas por un nutrido grupo de investigadores, cada cual especializado en un aspecto jurídico de la Carta Gaditana, que nos hemos unido desde varias universidades situadas a ambos lados del Atlántico.

Por lo demás evitaré repetir lo que todos ustedes saben y el significado para España de esta Constitución, que puede leerse en cualquiera de las publicaciones pasadas y presentes, emanadas al soporte de este bicentenario. Voy únicamente a trasladarles las conclusiones que en la materia de mi especialidad me parecen más novedosas, o zanjan polémicas doctrinales que hasta este nuevo replanteamiento no se habían formulado tal y como se las presentamos este grupo de profesores.

2. La Constitución de 1812: símbolo y mito.

La Constitución de 1812 es una primera experiencia del constitucionalismo moderno, una fuente legal que sitúa al ordenamiento jurídico español en una ruptura con la dinámica recopilatoria y que cumple, con creces, su papel de inspirar el comienzo de la lenta evolución de un derecho pensado para el pueblo y no para las estructuras de poder. A partir de ese texto se plantea la “novedad” que introduce tímidamente las bases de un sistema liberal de derecho al tipo decimonónico, con la idea de continuar la estela revolucionaria francesa y norteamericana de finales del siglo anterior.

1812 es Derecho para España. Para la nación española. Eso es mucho, más cuando se plantea por primera vez. Pero probablemente se haya magnificado su

influencia práctica posterior, especialmente en las naciones latinoamericanas nacidas a partir de 1810, donde la preeminencia de guía la asume la primera constitución americana y la constitución francesa. Pero en el texto de Cádiz, aunque en posición secundaria, terminamos por encontrar las principales preocupaciones orgánicas y ciudadanas que serán objeto de debate durante los dos siglos posteriores, tanto de nuestra historia, como de los países hermanos de América.

Formalmente, la tendencia a elaborar un instrumento normativo supremo que lo abarque todo, sí que constituye una imprescindible referencia de modernidad. En el antecedente de la Carta napoleónica de Bayona de 1808 ya pudimos conocer esta intención. Ahora bien, la verdadera importancia como primera referencia de la constitución gaditana frente a la de Bayona, es precisamente la articulación de un magnífico proceso constituyente, de participación y pseudodemocratización (en un delicado momento histórico), que es lo que permite hablar de verdadera Constitución y no de mera “Carta Otorgada”.

De la misma manera que el instrumento en sí, la forma “de Constitución”, es a mi modesto parecer el hecho más destacable, por importantes que sean las pautas de modernidad que ofrece el contenido; la disposición temática dentro de ella, también nos alumbría el camino para las sucesivas Constituciones contemporáneas, e incluso para la vigente.

En cualquier caso, la novedad del contenido, sigue siendo una constante en todos los autores: “*La originalidad de la Constitución de Cádiz reside en que no modificó el estado de las cosas sino que fue más allá: creó una nueva realidad.*”².

3. Influencias.

“*(...) el modelo del constitucionalismo español, lejos de ser una mera copia del francés de 1791, tiene perfiles propios y originales.*”³ Así es. Nuestro texto no es una reproducción del vecino país y acoge en su estructura la tradición orgánica española, además de aspectos autóctonos. La Constitución de Cádiz es una obra con visión universal de los problemas de su tiempo⁴. Renuncia a las visiones loca-

2 LÓPEZ ULLA, Juan Manuel, en DIAZ REVORIO, Francisco Javier y VERA SANTOS, José Manuel, *La Constitución de 1812 y su difusión en Iberoamérica*, Tirant lo blanc, Valencia, 2012, p. 51.

3 DIAZ REVORIO, Francisco Javier, en DIAZ REVORIO, Francisco Javier y VERA SANTOS, José Manuel, *La Constitución de 1812 y su difusión...*, p.18.

4 CHUST, Manuel “La Constitución de 1812: una carta universal”, en VV. AA., *La Constitución de*

listas y pretende una estabilidad racional. Su fuerza de ideario llega a lugares tan dispares como Rusia o Brasil⁵. Lo curioso es que tal incidencia venga de un texto apenas aplicado en la práctica del país para el que estaba pensado.

Como en el mundo de Las Artes sucede con los que mueren jóvenes, la escasa vigencia de la Constitución de Cádiz, que era un producto potencialmente bueno y ante todo, novedoso, nacido en situación de excepcionalidad, guerra y revolución; produjo una mitificación.

4. *La soberanía nacional.*

*“Es evidente que el momento histórico está todavía lejano respecto de la asunción de mecanismos democráticos como el sufragio universal y que el derecho de participación política se mediatiza con las restricciones introducidas a la condición de ciudadano. Pero no podríamos entender el movimiento constitucional sin su capital enfoque hacia el Gobierno representativo mediante las fórmulas que permiten poner en clave operativa el principio de la Soberanía Nacional. Desde esta perspectiva podemos afirmar que la Constitución de 1812 es, sin duda, uno de los textos primigenios que consagra mayor extensión a la implantación del Gobierno representativo.”*⁶. El proceso de formación de un Estado social y democrático de derecho como el alcanzado con la vigencia de la Constitución de 1978, demanda un germen inicial que luego da paso a un lento camino en todas las naciones de nuestro entorno. En el caso español esta evolución ha sido lenta, paralizada y recuperada hace cuatro décadas. Pero de haber continuado su natural evolución desde las constituciones del s. XIX y sin la interrupción de la vigencia del texto constitucional de 1876 en el año 1923, también habría demandado una evolución pareja para consolidar esta idea, que posteriormente se perfecciona en términos de soberanía popular. La soberanía del pueblo, hoy, evita la imprecisión del término “nación”, así como su carga ideológica, valorativa y extrajurídica.

Cádiz y su huella en América, Universidad de Cádiz, 2011, p. 119 y ss.

5 GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Esther, en DIAZ REVORIO, Francisco Javier y VERA SANTOS, José Manuel, *La Constitución de 1812 y su difusión...*, p. 300. “La Constitución española de 1812 fue un texto conocido rápidamente en toda Europa, al poco de su promulgación, provocando una impresión considerable, pues, como ya hemos anticipado, la Constitución francesa de 1791 estaba casi olvidada”, siguiendo a MIRKINE-GUETZEVITCH, B., “L’histoire constitutionnelle comparé”, *Annales de l’Institut de Droit Comparé de l’Université de Paris*, vol. II, 1936, p. 89. Influencia en Rusia, p. 307; y Brasil, p. 314.

6 GARCÍA RUIZ, José Luis, en DIAZ REVORIO, Francisco Javier y VERA SANTOS, José Manuel, *La Constitución de 1812 y su difusión...*, p. 122.

5. Los derechos. Su tímida aparición.

La declaración de derechos es una novedad, pero estos se expresan parcialmente y sin intención de universalidad⁷. “En la Constitución de Cádiz no existe una Declaración de Derechos, sin duda para no dar pie a quienes estaban dispuestos a identificarla con la obra de las Constituyentes francesas, de modo que salvo una garantía general establecida en el art. 4 (...), los diversos preceptos relativos a los derechos se encuentran desparramados por el texto.”⁸.

La Constitución de 1812 en este sentido, acoge algunos de los derechos civiles y políticos de primera generación. Habría que esperar al s. XX y más en concreto a la Constitución de 1931 para ver reflejos al máximo nivel normativo de buena parte de los derechos sociales y económicos. Y a la de 1978 para observar con total nitidez el compromiso eficaz de los poderes públicos, es decir la efectividad de los derechos de todo tipo. El derecho histórico y comparado, durante la primera mitad del s. XIX, ofrece múltiples ejemplos de igual comportamiento constituyente en estos primeros pasos.

6. La representación en el Parlamento.

“En lo que atañe a las funciones de las Cortes, éstas superaban el ámbito meramente legislativo, y abarcaban los más destacados cometidos estatales. Y ello porque, a pesar de ser cotitulares de la potestad legislativa, junto con el rey -artículos 15 y 131.1 de la Constitución-, en la práctica monopolizaban dicha potestad.”⁹. La exaltación del poder legislativo, propia del primer constitucionalismo, a corto plazo constituyó el primer problema del nuevo régimen. El monarca puede ser consciente de todo el poder que atesora por el peso de la historia, pero si además el pueblo que teóricamente va a ser objeto de representación, es propenso a esa idea (en su lógica, mayoritaria e imperante, lo correcto es que la potestas acompañe a la auctoritas, que popularmente sólo se reconoce al Rey), la puesta en marcha de las ideas de estos ilustrados, es una tarea titánica o inviable. El poso, la referencia y el recuerdo en

7 FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio, “La Constitución española de 1812 y su proyección europea e iberoamericana”, en *Fundamentos*, núm. 2 (Monográfico sobre “Modelos en la historia constitucional comparada”, Joaquín Varela Suances-Carpegna, dir.), 2000, p. 28 y ss.

8 MASSO GARROTE, Marcos, en DIAZ REVORIO, Francisco Javier y VERA SANTOS, José Manuel, *La Constitución de 1812 y su difusión...*, p. 359.

9 VALERO HEREDIA, Ana M^a, en DIAZ REVORIO, Francisco Javier y VERA SANTOS, José Manuel, *La Constitución de 1812 y su difusión...*, p. 267.

las clases dirigentes de este camino iniciado en Cádiz, es la mayor aportación de su Carta Magna, ante la ausencia de una trayectoria aplicativa de este parlamentarismo.

7. El Rey y la función ejecutiva.

“(...) las repercusiones de la introducción del principio de soberanía nacional afectaron sobre todo a la posición del monarca, que de ser el centro y “dueño” del sistema pasó a ser un órgano constituido del mismo. En lo sucesivo el título del monarca no será de derecho divino sino por la “gracia de Dios y de la Constitución”; y el Discurso preliminar considerará al Rey como “Jefe del Gobierno y primer magistrado de la Nación”. Mientras en el Antiguo Régimen el Rey personifica al Estado, en la Constitución de 1812, el Rey es Jefe de Gobierno y primer magistrado de la Nación.”¹⁰ De nuevo, la Constitución de Cádiz se nos presenta como ruptura con el pasado y primera experiencia de cambio. La lógica del poder efectivo sobre territorios y personas choca con la intención de avance.

Las estructuras políticas tienden a mantenerse y la dinámica de mando efectivo del Rey puede pasar en un momento del todo a la nada (lo sucedido con La Corona en la Carta Magna de 1978) sólo cuando se ha producido un proceso de racionalización y democratización aprehendido por población y clase dominante. Cuando ello no es así, la letra constitucional se presenta como referente inspirador. Nada más.

8. Hacia una nueva Justicia.

“En asuntos judiciales, el reconocimiento de los principios de separación de poderes, de la independencia judicial, de la exclusividad y unidad jurisdiccional..., apuntaban a una importante transformación respecto de la posición que había de ocupar la magistratura en el Estado a partir de ese momento. (...)”¹¹ pero *“La magistratura española no logra consolidarse, ni en esos momentos iniciales del primer constitucionalismo español, ni, posteriormente, durante todo el siglo XIX y buena parte del XX, como un auténtico poder. La estructura del Estado no*

10 MASSO GARROTE, Marcos, en DIAZ REVORIO, Francisco Javier y VERA SANTOS, José Manuel, *La Constitución de 1812 y su difusión...*, p. 356.

11 MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz, en DIAZ REVORIO, Francisco Javier y VERA SANTOS, José Manuel, *La Constitución de 1812 y su difusión...*, p 241.

sufrió un cambio tan radical como el inicialmente pretendido, especialmente con relación a la separación, autonomía e independencia de la justicia.”¹².

La Justicia resulta un ejemplo significativo de la problemática común a cualquier primera constitución de un Estado Moderno. La letra queda en pretensión, logrando la realidad décadas después o a través de nuevos textos constitucionales decisivos. Todo el s. XIX y buena parte del s. XX ve la historia de una lucha por la consecución de la efectividad de las instituciones jurídicas que contiene. Es decir, de promover la verdadera normatividad, fuerza y eficacia. Sólo cuando las constituciones consiguen colocarse en la cúspide del ordenamiento jurídico, la legalidad contagia todo el sistema. Sin un primer aliento, representado por la constitución de Cádiz, que significa la ruptura y la apertura del camino de cambio, no se conciben las felices evoluciones que concluyen en la institución pretendida. Todas las naciones de nuestro entorno muestran un proceso similar hasta llegar a una Justicia no sólo independiente, también comprometida con el Valor Justicia (en nuestra Constitución actual, art. 1.1) y con la Justicia como derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales (art. 24 de la Constitución de 1978).

9. La Religión.

La constitucionalización de la Iglesia Católica habitualmente criticada como elemento distorsionador del espíritu liberal, probablemente reflejaba más que ningún otro tema la voluntad y opinión del pueblo español. Ahora bien, que las élites ilustradas no se impusieran en este terreno, marco la historia posterior de nuestro recorrido como organización política, casi tanto como las guerras dinásticas o posteriormente la lucha de clases. “*La confesionalidad del Estado asumida por las cortes de Cádiz y la prohibición constitucional de cualquier otra práctica religiosa marcará el futuro de nuestro Estado liberal en este terreno. (...) esta intolerancia religiosa, de difícil conexión con el espíritu liberal de la mayor parte de los preceptos de la Constitución de 1812, es tal y como hemos visto el tributo que hubo de pagarse por llegar a un consenso en el oratorio de San Felipe Neri.”¹³* Se reflejó la realidad pero se alimentó la intolerancia, que no fue exclusiva del mundo religioso, durante los dos siglos siguientes.

12 MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz, en DIAZ REVORIO, Francisco Javier y VERA SANTOS, José Manuel, *La Constitución de 1812 y su difusión...*, p 242.

13 REBATO PEÑO, María Elena, en DIAZ REVORIO, Francisco Javier y VERA SANTOS, José Manuel, *La Constitución de 1812 y su difusión...*, p. 210.

10. Los representantes/constituyentes.

La Constitución de 1812 sacada de su contexto histórico y de realidad social de la época, podría ser severamente criticada: “*(...) había una supremacía del clero sobre otras profesiones con un total de noventa diputados eclesiásticos de los que seis son Obispos como los de Calahorra, Mallorca, Ibiza, Plasencia y Sigüenza. En total los eclesiásticos representaban el 30% de los diputados, seguidos por los abogados, un 18%, que hacían un total de cincuenta y seis de los que veintidós pertenecían a la carrera Fiscal, treinta al Ejército y nueve a la Marina. La nobleza sólo tuvo catorce representantes, y los catedráticos fueron quince. El número de representantes de carrera libre se completa con un arquitecto, un bachiller y dos escritores. A ello hay que añadir ocho comerciantes de Cádiz, Cataluña y América, veinte diputados sin profesión, y cuarenta y nueve diputados pertenecientes a altos cargos del Antiguo Régimen.*”¹⁴.

Grave error sería tal crítica: los patriotas que desarrollan sus trabajos en el período constituyente representan el ideal de una sociedad en guerra y de imposible estructuración a efectos de generar una cadena representativa de base electoral racional. Sin embargo, esa mancha de origen es una constante preocupación para todos ellos, que en los trabajos parlamentarios acuden reiteradamente a la necesidad de estructurar un tipo de representación válido en la España que se pretende constituir. En este sentido han de leerse los arts. 27 a 103 de la Constitución de Cádiz. En efecto, la mayor constitucionalización del régimen electoral conocida en nuestra historia: 70 preceptos.

11. La permanencia de la Constitución de Cádiz de 1812 en la Constitución española de 1978.

Como puede comprobarse, lo que estamos celebrando es una referencia simbólica. El antecedente lejano que marca una nueva época, más que la idoneidad de un instrumento social con postulados vigentes.

La universidad y las letras españolas han mirado siempre con gran atención el proceso revolucionario que se deriva de la España invadida por Napoleón. Es una muestra de la grandeza que puede existir detrás de los pueblos que están dispues-

14 LÓPEZ DE LERMA GALÁN, Jesús, en DIAZ REVORIO, Francisco Javier y VERA SANTOS, José Manuel, *La Constitución de 1812 y su difusión...*, p. 155.

tos a cambiar, y de las élites que se proponen encauzar esas transformaciones: de una parte, se lucha contra el invasor pero de otra, se intenta convertir una nación a las ideas que (de una manera u otra) alumbraron la causa de quien te agrede.

La historia de la consolidación de los Estados contemporáneos está plagada de particularidades locales que impiden las generalizaciones con las que muchas veces nos han contado sus procesos configuradores, especialmente los revolucionarios. Pero no cabe duda que desde mediados del siglo XVIII hasta 1939, los países europeos, más tarde o más temprano, han protagonizado un episodio de rebeldía liberal impulsora de derechos, al tiempo que afrontaban guerras o convulsiones. A España le tocó pronto, y puede que por ello la ideología o sustrato filosófico de la transformación jurídica e institucional que alumbró nuestro primer constitucionalismo, no fuera capaz de arraigar, succumbiendo ante la reacción de ideas más tradicionales. En cualquier caso, el proceso de elaboración de la Constitución de Cádiz, y ese mismo texto, son el punto de partida para nuestro Estado liberal de derecho, antecedente del entramado constitucional plenamente social y democrático, que venimos disfrutando desde 1978.

Sobre la canalización de influencias renovadoras en ese período, muchas han sido las obras que la doctrina española nos ha ofrecido. Yo destacaría la de José María PORTILLO VALDÉS¹⁵. Y en este punto, no puede olvidarse nunca cómo España, receptora ideológica, también es co-exportadora de pensamiento dentro de su ámbito, de una forma muy rápida, e incluso a su pesar. Como sintetiza Domingo GARCÍA BELAUNDE¹⁶, toda la trayectoria histórica de la independencia latinoamericana se agrupa entre 1808, con la invasión francesa de España, y 1824, año de la batalla de Ayacucho. Los territorios que escapan a la secesión en esos quince años será ya porque obtienen su independencia al desgajarse a su vez de otros nuevos Estados (por ejemplo, Ecuador de la Gran Colombia, en 1830, o Panamá, también de Colombia, en 1903), y con la excepción de Cuba y Puerto Rico, que se independizan de España a raíz de la guerra con Estados Unidos en 1898. En cualquier caso las influencias recíprocas en la mayor parte del entramado institucional son un hecho del constitucionalismo de la primera mitad del siglo XIX, en tanto que la proyección del texto de Cá-

15 *Revolución de nación: orígenes de la cultura constitucional en España, 1780-1812*. CEPC-BOE, Madrid, 2000.

16 “El constitucionalismo latinoamericano y sus influencias”, en *Textos Constitucionales Históricos. El constitucionalismo Europeo y Americano en sus documentos*. DIAZ REVORIO, Francisco Javier (comp.), Palestra, págs. 37 a 50, Lima, 2004. Pág. 38.

diz sobre las élites burguesas que inspiran en ultramar el proceso de secesión y revuelta, también son acompañadas por la participación de muchos de los dirigentes indianos en los debates de las Cortes constituyentes, que trabajan en la España ocupada a partir de 1810.

Sería una tarea ardua y más propia de los historiadores generales o del derecho, el ponderar o calibrar cuánta influencia recibe un texto constitucional, o una concreta institución o derecho, de ordenamientos precedentes propios o comparados; o más bien, de cualquier estructura jurídica anterior. Lo único que al menos cabe concluir desde disciplinas distintas, como la nuestra, es que en todo el proceso de conformación de estas nuevas estructuras políticas y administrativas, las primeras plazas del conjunto de influencias, se la llevarían la experiencia de Norteamérica, a partir de 1776, y la Revolución Francesa desde la década siguiente. Mucho se ha tratado de todo ello también en España desde Melchor FERNÁNDEZ ALMAGRO (*Orígenes del régimen constitucional en España*, Labor, Madrid, 1928).

Descendiendo al ámbito de la primera generación de derechos, nuestra Constitución de 1812, sigue siendo centro de atención del derecho político y constitucional español, así como de la historia moderna. Es el texto liberal que inspira la mayor parte de avances observados en el constitucionalismo español previo a la llegada de influencias socialistas, y su repercusión es clara en buen número de ordenamientos de las nuevas repúblicas independientes de América Latina, y en los textos más avanzados del siglo XIX español (1837 o 1869, entre otros).

Las conmemoraciones, como esta del bicentenario de la elaboración y promulgación del texto constitucional de 1812, tienen sentido en tanto queda de lo recordado algo que mantener. Las celebraciones de cumpleaños de los muertos nunca han tenido sentido en ninguna cultura a no ser que el finado hubiera dejado una huella indeleble en sus descendientes (o subsidiariamente una considerable fortuna). Pero de aquella guerra y sus circunstancias políticas, institucionales y jurídicas; se ha extraído por el constitucionalismo histórico español un sustrato ideológico, que se proyecta con marcada claridad en el derecho posterior¹⁷.

17 BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique, Prólogo al libro LÓPEZ DE LERMA GALÁN, Jesús, *Prensa y poder político en las Cortes de Cádiz*. Cortes Generales, Congreso de los Diputados, págs. 15 a 19, Madrid, 2011.

12. Los preceptos que hubieran sido claves en la transformación de España.

Es descartable en el derecho, el mundo de la ficción, y casi prohibido en una publicación científica, pero de haber disfrutado un período de vigencia prolongado, la Constitución de 1812 podría haber iniciado una senda de aplicación efectiva avanzando en el camino de la normatividad real, en rumbo para situarse en la práctica en una auténtica ley de leyes. No fue así y el derecho comparado ofrece numerosos ejemplos de la ralentización de ese proceso. Por ello, los siguientes preceptos son más, de nuevo y como ocurre en la totalidad de la temática aportada a su consideración en estas jornadas, el comienzo de la singladura del constitucionalismo moderno. Es decir, el inicio de la sumisión del poder a un derecho creado por el pueblo (en realidad, por su representación ocasional, pero no es poco).

Estos son los ejemplos:

a) Concepción decimonónica de soberanía ligada a la nación

“TÍTULO I
De la Nación española y de los españoles
CAPÍTULO I
De la Nación española

Art. 1. La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios.

Art. 2. La Nación española es libre e independiente, y no es ni puede ser patri-
monio de ninguna familia ni persona.

Art. 3. La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo perte-
nece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales.”.

b) Inicio del sometimiento del poder tradicional

“CAPÍTULO III
Del Gobierno

Art. 14. El Gobierno de la Nación española es una Monarquía moderada
hereditaria.

Art. 15. La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey.
(...)

Art. 17. La potestad de aplicar las leyes en las causes civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley. ”.

c) Fin del poder absoluto regio

“TÍTULO IV

Del Rey

CAPÍTULO I

De la inviolabilidad del Rey, y de su autoridad

(...)

Art. 172. Las restricciones de la autoridad del Rey son las siguientes:

1.^a No puede el Rey impedir bajo ningún pretexto la celebración de las Cortes en las épocas y casos señalados por la Constitución, ni suspenderlas ni disolverlas, ni en manera alguna embarazar sus sesiones y deliberaciones. Los que le aconsejasen o auxiliases en cualquier tentativa para estos actos, son declarados traidores, y serán perseguidos como tales.

2.^a No puede el Rey ausentarse del reino sin consentimiento de las Cortes; y si lo hiciere se entiende que ha abdicado de la corona.

3.^a No puede el Rey enajenar, ceder, renunciar o en cualquier manera traspasar a otro la autoridad real, ni alguna de sus prerrogativas.

Si por cualquiera causa quisiera abdicar el trono en el inmediato sucesor, no lo podrá hacer sin el consentimiento de las Cortes.

4.^a No puede el Rey enajenar, ceder o permutar provincia, ciudad, villa o lugar, ni parte alguna, por pequeña que sea, del territorio español.

5.^a No puede el Rey hacer alianza ofensiva, ni tratado especial de comercio con ninguna potencia extranjera sin el consentimiento de las Cortes.

6.^a No puede tampoco obligarse por ningún tratado a dar subsidios a ninguna potencia extranjera sin el consentimiento de las Cortes.

7.^a No puede el Rey ceder ni enajenar los bienes nacionales sin consentimiento de las Cortes.

8.^a No puede el Rey imponer por sí directa ni indirectamente, ni hacer pedidos bajo cualquier nombre o para cualquier objeto que sea, sino que siempre los han de decretar las Cortes.

9.^a No puede el Rey conceder privilegio exclusivo a persona ni corporación alguna.

10.^a No puede el Rey tomar la propiedad de ningún particular ni corporación, ni turbarle en la posesión, uso y aprovechamiento de ella; y si en algún caso fuere necesario para un objeto de conocida utilidad común tomar la propiedad de un particular, no lo podrá hacer, sin que al mismo tiempo sea indemnizado, y se le dé el buen cambio a bien vista de hombres buenos.

11.^a No puede el Rey privar a ningún individuo de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna. El secretario del Despacho que firme la orden, y el juez que la ejecute, serán responsables a la Nación, y castigados como reos de atentado contra la libertad individual.

Sólo en el caso de que el bien y seguridad del Estado exijan el arresto de alguna persona, podrá el Rey expedir órdenes al efecto; pero con la condición de que dentro de cuarenta y ocho horas deberá hacerla entregar a disposición del tribunal o juez competente.

12.^a El Rey antes de contraer matrimonio dará parte a las Cortes para obtener su consentimiento; y si no lo hiciere entiéndase que abdica la corona.”

d) Primeros pasos de la representación (sufragio restringido)

“TÍTULO III
De las Cortes
CAPÍTULO I
Del modo de formarse las Cortes

Art. 27. Las Cortes son la reunión de todos los diputados que representan la Nación, nombrados por los ciudadanos en la forma que se dirá.”.

e) Dotación competencial reglada a los representantes de la soberanía

“CÁPITULO VII

De las facultades de las Cortes

Art. 131. Las facultades de las Cortes son:

- 1^a. Proponer y decretar las leyes, e interpretarlas y derogarlas en caso necesario.
- 2^a. Recibir el juramento al Rey, al Príncipe de Asturias y a la Regencia, como se previene en sus lugares.
- 3^a. Resolver cualquier duda, de hecho o de derecho, que ocurra en orden a la sucesión a la corona.
- 4^a. Elegir Regencia o Regente del reino cuando lo previene la Constitución, y señalar las limitaciones con que la Regencia o el Regente han de ejercer la autoridad real.
- 5^a. Hacer el reconocimiento público del Príncipe de Asturias
- 6^a. Nombrar tutor al Rey menor, cuando lo previene la Constitución,
- 7^a. Aprobar antes de su ratificación los tratados de alianza ofensiva, los de subsidios, y los especiales de comercio.
- 8.^a Conceder o negar la admisión de tropas extranjeras en el reino.
- 9.^a Decretar la creación y supresión de plazas en los tribunales que establece la Constitución e igualmente la creación y supresión de los oficios públicos.
- 10.^a Fijar todos los años a propuesta del Rey las fuerzas de tierra y de mar, determinando las que se hayan de tener en pie en tiempo de paz, y su aumento en tiempo de guerra.
- 11.^a Dar ordenanzas al ejército, armada y milicia nacional en todos los ramos que los constituyen.

- 12.^a Fijar los gastos de la administración pública.
- 13.^a Establecer anualmente las contribuciones e impuestos.
- 14.^a Tomar caudales a préstamos en casos de necesidad sobre el crédito de la Nación.
- 15.^a Aprobar el repartimiento de las contribuciones entre las provincias.
- 16.^a Examinar y aprobar las cuentas de la inversión de los caudales públicos.
- 17.^a Establecer las aduanas y aranceles de derechos.
- 18.^a Disponer lo conveniente para la administración, conservación y enajenación de los bienes nacionales.
- 19.^a Determinar el valor, peso, ley, tipo y denominación de las monedas.
- 20.^a Adoptar el sistema que se juzgue más cómodo y justo de pesos y medidas.
- 21.^a Promover y fomentar toda especie de industria y remover los obstáculos que la entorpezcan.
- 22.^a Establecer el plan general de enseñanza pública en toda la Monarquía, y aprobar el que se forme para la educación del Príncipe de Asturias.
- 23.^a Aprobar los reglamentos generales para la Policía y sanidad del reino.
- 24.^a Proteger la libertad política de la imprenta.
- 25.^a Hacer efectiva la responsabilidad de los secretarios del Despacho y demás empleados públicos.
- 26.^a Por último pertenece a las Cortes dar o negar su consentimiento en todos aquellos casos y actos, para los que se previene en la Constitución ser necesario.”.

f) Independencia judicial e inicio de las garantías

“TÍTULO V

De los Tribunales y de la Administración de Justicia en lo Civil y Criminal

CAPÍTULO I

De los Tribunales

Art. 242. La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales.

Art. 243. Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fene-
cidos.”
(...)

Art. 247. Ningún español podrá ser juzgado en causas civiles ni criminales por ninguna comisión, sino por el tribunal competente determinado con anterioridad por la ley.

Art. 248. En los negocios comunes, civiles y criminales no habrá más que un solo fuero para toda clase de personas.”.

g) Asunción al máximo nivel de los principios financieros

“TÍTULO VII

De las contribuciones

CAPÍTULO ÚNICO

Art. 338. Las Cortes establecerán o confirmarán anualmente las contribuciones, sean directas o indirectas, generales, provinciales o municipales, subsistiendo las antiguas, hasta que se publique su derogación o la imposición de otras.

Art. 339. Las contribuciones se repartirán entre todos los españoles con proporción a sus facultades, sin excepción ni privilegio alguno.”.

h) Tímida aparición de un régimen de derechos reglado

“TÍTULO I

CAPÍTULO IV

De los ciudadanos españoles

Art. 18. Son ciudadanos aquellos españoles que por ambas líneas traen su origen de los dominios españoles de ambos hemisferios y están avencidados en cualquier pueblo de los mismos dominios.

Art. 19. Es también ciudadano el extranjero que gozando ya de los derechos de español, obtuviere de las Cortes carta especial de ciudadano.

Art. 20. Para que el extranjero pueda obtener de las Cortes esta carta, deberá estar casado con española, y haber traído o fijado en las Españas alguna invención o industria apreciable, o adquirido bienes raíces por los que pague una contribución directa, o estableciéndose en el comercio con un capital propio y considerable a juicio de las mismas Cortes, o hecho servicios señalados en bien y defensa de la Nación.

Art. 21. Son, asimismo, ciudadanos los hijos legítimos de los extranjeros domiciliados en las Españas, que habiendo nacido en los dominios españoles, no hayan salido nunca fuera sin licencia del Gobierno, y teniendo veinte y un años cumplidos, se hayan avecindado en un pueblo de los mismos dominios, ejerciendo en él alguna profesión, oficio o industria útil.

Art. 22. A los españoles que por cualquier línea son habidos y reputados por originarios del África, les queda abierta la puerta de la virtud y del merecimiento para ser ciudadanos: en su consecuencia las Cortes concederán carta de ciudadano a los que hicieren servicios calificados a la Patria, o a los que se distingan por su talento, aplicación y conducta, con la condición de que sean hijos de legítimo matrimonio de padres ingenuos; de que estén casados con mujer ingenua, y avecindados en los dominios de las Españas, y de que ejerzan alguna profesión, oficio o industria útil con un capital propio.

Art. 23. Sólo los que sean ciudadanos podrán obtener empleos municipales, y elegir para ellos en los casos señalados por la ley.

Art. 24. La calidad de ciudadano español se pierde:

- 1.º Por adquirir naturaleza en países extranjeros
- 2.º Por admitir empleo de otro Gobierno.
- 3.º Por sentencia en que se impongan penas afflictivas o infamantes, si no se obtiene rehabilitación.

4.º Por haber residido cinco años consecutivos fuera del territorio español sin comisión o licencia del Gobierno.

Art. 25. El ejercicio de los mismos derechos se suspende:

- 1.º En virtud de interdicción judicial por incapacidad física o moral.
- 2.º Por el estado de deudor quebrado, o de deudor a los caudales públicos.
- 3.º Por el estado de sirviente doméstico.
- 4.º Por no tener empleo, oficio o modo de vivir conocido.
- 5.º Por hallarse procesado criminalmente.
- 6.º Desde el año de mil ochocientos treinta deberán saber leer y escribir los que de nuevo entren en el ejercicio de los derechos de ciudadano.

Art. 26. Sólo por las causas señaladas en los dos artículos precedentes se pueden perder o suspender los derechos de ciudadano, y no por otras.

(...)

TÍTULO IX

De la instrucción pública

CAPÍTULO ÚNICO

Art. 366. En todos los pueblos de la Monarquía se establecerán escuelas de primeras letras, en las que se enseñará a los niños a leer, escribir y contar, y el catecismo de la religión católica, que comprenderá también una breve exposición de obligaciones civiles.

Art. 367. Asimismo se arreglará y creará el número competente de universidades y de otros establecimientos de instrucción, que se juzguen convenientes para la enseñanza de todas las ciencias, literatura y bellas artes.”.

13. Apéndice bibliográfico (selección).

- ARTOLA, Miguel. *"Estudio preliminar a La Constitución de 1812"*. Iustel, Madrid, 2008.
- ASENSI SABATER, José. *"La época constitucional"*. Tirant lo blanch, Valencia, 1998.
- BARRIOS PINTADO, Feliciano. *"El Consejo de Estado de la Monarquía española (1521-1812)"*. Ed. Consejo de Estado, Madrid, 1984.
- CANO BUESO, Juan (ed.). *"Materiales para el estudio de la Constitución de 1812"*. Tecnos, Madrid, 1989
- CLAVERO, Bartolomé. *"Manual de historia constitucional de España"*. Alianza Editorial, Madrid, 1989.
- COLOMER VIADEL, Antonio. *"Introducción al constitucionalismo iberoamericano"*. ICE, Madrid, 1990.
- DIAZ REVORIO, Francisco Javier (comp.). *"Textos Constitucionales Históricos. El constitucionalismo Europeo y Americano en sus documentos"*. Palestra, Lima, 2004.
- DIAZ REVORIO, Francisco Javier y VERA SANTOS, José Manuel. *"La Constitución de 1812 y su difusión en Iberoamérica"*. Tirant lo blanc, Valencia, 2012.
- FERNÁNDEZ ALMAGRO, Melchor. *"Orígenes del régimen constitucional en España"*. Labor, Madrid, 1928
- FERRANDO BADÍA, Juan. "La Constitución española de 1812 en los comienzos del -Risorgimiento-". En *Cuadernos del Instituto Jurídico Español* nº 10. CSIC, delegación de Roma, Roma, 1959.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. "El constitucionalismo latinoamericano y sus influencias". En *Textos Constitucionales Históricos. El constitucionalismo Europeo y Americano en sus documentos*, Francisco Javier Díaz Revorio (comp.), Palestra, págs, 37 a 50, Lima, 2004.

- HERRERO GUTIÉRREZ, Rosario *et alii* (comp.). *"Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812"*. Cortes Generales, Madrid, 1987.
- JURETSCHKE, Hans. *"Los afrancesados en la Guerra de la Independencia"*. Rialp, Madrid, 1962
- LORENTE SARIÑENA, Marta *et alii*. *"Cádiz, 1812: la constitución jurisdiccional"*. CEPC, Madrid, 2007.
- MARTÍNEZ CUADRADO, Miguel *et alii*. *"Dos constituciones liberales: 1812, 1978"*. Unión Editorial, Madrid, 1982.
- MARTINEZ SOSPEDRA, Manuel. "La Constitución española de 1812". En *Cátedra Fadrique Furrió Cerioli* nº 11, 1978.
- PORTILLO VALDÉS, José María. *"Revolución de nación: orígenes de la cultura constitucional en España, 1780-1812"*. CEPC-BOE, Madrid, 2000.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luís. *"Introducción al Discurso Preliminar a la Constitución de 1812 a cargo de Agustín de Argüelles"*. CEC, Madrid, 1989.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *"Sobre la génesis del derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)"*. IUSTEL, Madrid, 2006.
- SEMPERE Y GUARINOS, Juan. *"Memoria primera sobre la Constitución gótico-española: Cádiz, 1812"*. En *Biblioteca Saavedra y Fajardo de pensamiento político*, estudio preliminar de Rafael Herrera Guillén, Biblioteca Nueva, Madrid, 2007.
- VERA SANTOS, José Manuel. "La influencia del constitucionalismo francés en la fase de iniciación constitucional española (1808-1934)". *Revista de Derecho Político* nº 66, págs. 123 a 179, Madrid 2006.
- VERA SANTOS, José Manuel. *"Las Constituciones de España"*. Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

DE NUEVO LAS SUBVENCIONES Y AYUDAS AGRÍCOLAS
ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:
COMENTARIO A LA STC 99/2012, DE 8 DE MAYO

Tomás Vidal Marín

Prof. Titular de Derecho Constitucional (UCLM)

El presente comentario tiene por objeto exponer la doctrina jurisprudencial contenida en la STC 99/2012 por la cual el Tribunal resuelve el conflicto positivo de competencia planteado por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra el Título, el penúltimo párrafo del Preámbulo, los artículos 1, 6, 7.4, 8.1, 8.2, 8.4 y 8.6, las Disposiciones Adicionales cuarta y quinta y las relaciones contenidas en los Anexos I y II del Real Decreto 117/2001, de 9 de febrero, por el que se establece la normativa básica de fomento de las inversiones para la mejora de las condiciones de transformación y comercialización de los productos agrarios, silvícolas y de la alimentación.

Antes de entrar en el fondo del asunto, resuelve el Tribunal una serie de cuestiones previas relativas al propio objeto del conflicto planteado, al parámetro de enjuiciamiento y a la propia pervivencia del conflicto suscitado.

En lo que se refiere a la delimitación del objeto del conflicto planteado, el T.C., de acuerdo con su doctrina, rechaza la posibilidad de que el Título y el Preámbulo de las normas sean objeto de impugnación puesto que los mismos carecen de valor normativo. En este sentido se remite a lo que textualmente argumentó en la STC 31/2010: “Ciertamente hemos repetido desde la STC 36/1981, de 12 de noviembre, que un preámbulo no tiene valor normativo, siendo por ello innecesario, y hasta incorrecto, hacerlo objeto de una declaración de inconstitucionalidad expresa que se recogiera en la parte dispositiva de una sentencia de este Tribunal. Esa carencia de valor normativo tiene como consecuencia, en efecto, que, como afirmamos en la STC 116/1999, de 17 de junio, los Preámbulos no pueden ser objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad”.

En lo que al parámetro de enjuiciamiento se refiere, la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha considera que el Decreto controvertido vulnera la normativa comunitaria dentro de cuyo marco se dictó la orden de 8 de junio de 2000 de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente por la que se establecían los programas de fomento de la calidad agroalimentaria en Castilla-La Mancha. A este respecto recuerda el alto Tribunal, de conformidad con su jurisprudencia, que el Derecho comunitario no es canon de constitucionalidad directo en los procesos constitucionales. Además, hay que tener en cuenta el principio de autonomía institucional por virtud del cual el Derecho de la Unión europea reconoce a sus Estados integrantes autonomía suficiente para ordenar la organización interna destinada al desarrollo y ejecución del precitado Derecho, de conformidad con sus propias normas nacionales. Y finalmente, recuerda el Tribunal que el origen comunitario de la regulación de la actividad de que se trata en nada obsta para que el orden de distribución de competencias responda

exclusivamente a lo establecido en el Derecho interno porque “el hecho de que una competencia suponga ejecución del derecho comunitario no prejuzga cual sea la instancia territorial a la que corresponda su ejercicio, porque ni la Constitución ni los Estatutos de Autonomía prevén una competencia específica para la ejecución del Derecho Comunitario”. En definitiva, para el más alto de nuestros Tribunales los conflictos de competencias deben resolverse de conformidad con el bloque de la constitucionalidad.

En cuanto a la pervivencia del conflicto planteado, es cierto que algunos preceptos del Real Decreto 117/2001 objeto de la controversia han sido modificados durante la pendencia del proceso constitucional, pero ello no conlleva la pérdida del objeto de la presente controversia. En este sentido y reiterando su doctrina, señal el Tribunal que “en los procedimientos de naturaleza competencial, la incidencia posterior de otras normas no habría de llevar a la total desaparición sobrevenida de su objeto, máxime cuando las partes.... Sostengan expresa o tácitamente sus pretensiones iniciales, pues la función de preservar los ámbitos respectivos de competencia, poniendo fin a una disputa todavía viva, no puede quedar automáticamente enervada por la, si así resultase ser, modificación de las disposiciones cuya adopción dio lugar al litigio”: Además, si la “normativa en relación con la cual se trabó el conflicto no es simplemente derogada, sino parcialmente sustituida por otra que viene a plantear en esencia los mismos problemas competenciales, la doctrina de este Tribunal avala la conclusión de la no desaparición del objeto del conflicto”. Aplicando esta doctrina la caso en concreto, llega el Tribunal, como no podía ser de otra manera, a la conclusión de que al modificación normativa de que ha sido objeto el Real Decreto 117/2001 no altera los términos del conflicto, centrado en si el estado puede, en ejercicio de sus competencias en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica desarrollar las previsiones contenidas en el Decreto en cuestión y que han sido objeto de impugnación.

Resueltas esta cuestiones preliminares, a continuación el Tribunal pasa a centrarse en el fondo de la impugnación que se centra en cuestionar la legitimidad de una normativa estatal dictada al amparo del artículo 149.1.13 CE que “choca” con la ejecución del Derecho Comunitario por parte de la CCAA de Castilla-La Mancha habida cuenta de la competencia exclusiva de esta en materia de agricultura y ganadería.

Es verdad que los preceptos del Real Decreto 117/2001 tiene por objeto la materia de agricultura, ganadería e industrias agroalimentarias y esta materia se asume por Castilla-La Mancha de manera exclusiva pero de acuerdo con la or-

denación general de la economía. Por lo tanto, dicha competencia autonómica conecta con la competencia que el artículo 149.1.13 CE reserva al Estado sobre las bases y coordinación general de la actividad económica. Si ello es así, el Tribunal comienza reproduciendo la jurisprudencia sentada por el mismo en lo que a esta competencia se refiere: “Sobre la citada competencia estatal de ordenación general de la economía, que se vincula al art. 149.1.13 CE, la doctrina constitucional tiene establecido que bajo la misma encuentran cobijo tanto las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de un sector concreto como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector(...). No obstante, la jurisprudencia constitucional también ha precisado (...) que dicha competencia estatal no puede extenderse hasta incluir cualquier acción de naturaleza económica, si no posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general (...) pues, de no ser así, se vaciaría de contenido una materia y un título competencial más específico”.

En el presente caso se está ante disposiciones del Estado relativas a la regulación de ayudas económicas o subvenciones agrarias y conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el poder de gasto del Estado no puede tener lugar al margen de la distribución de competencias establecida *ex constitutione* puesto que “no existe una competencia subvencional diferenciada resultante de la potestad financiera del Estado”. Pero es más: en materia de agricultura y ganadería, el Estado puede intervenir en virtud de sus competencias para el establecimiento de las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE). Y en este sentido, el alto Tribunal reproduce la doctrina establecida en la STC 13/1992: “Cuando el Estado ostenta un título competencial genérico de intervención que se superpone a la competencia sobre las bases o la coordinación general de un sector o materia, correspondiendo a las Comunidades Autónomas las competencias de desarrollo normativo y ejecución, el Estado puede consignar subvenciones de fomento en sus Presupuestos Generales, especificando su destino y regulando sus condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde lo permita su competencia genérica, básica o de coordinación, pero siempre que deje un margen a las Comunidades Autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino, o, al menos, para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación. Además, la gestión de esos fondos corresponde a las Comunidades Autónomas de manera, por regla general, que no pueden consignarse a favor de un órgano de la Administración del Estado u organismo intermediario de ésta. Se trata de partidas que deben territorializarse en los propios Presupuestos Generales del Estado si ello es posible o en un momento inmediatamente posterior, mediante normas que fijen criterios objetivos de reparto

o mediante convenios de colaboración ajustados a los principios constitucionales y al orden de distribución de competencias". Y estos criterios generales no pueden verse afectados por el Derecho de la Unión Europea habida cuenta que las ayudas disponen de financiación comunitaria puesto que aquél no altera la distribución interna de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Sentado lo anterior, comienza el Tribunal a realizar el enjuiciamiento de las disposiciones del Real Decreto cuestionadas tales como el artículo 1. Artículo 1 donde se describe cual es el objeto del Real Decreto 117/2001, concretándose lo dispuesto en él a lo largo del articulado por lo que la regulación susceptible de vulnerar las competencias autonómicas sólo indirectamente puede encontrarse en este precepto primero. Razón ésta que parece corroborar el hecho de que la Junta de Comunidades no aporta ninguna argumentación para sustentar la impugnación del referido precepto. Es por ello por lo que en lo que se refiere a la impugnación del precitado precepto, el Tribunal desestima la misma. Y el mismo razonamiento utiliza para desestimar la impugnación de la Disposición Adicional IV que establece el Título competencial que habilitaría al Estado para dictar el Decreto que ahora se cuestiona y ello porque la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha no aporta las razones por las cuales la precitada disposición vulnera la distribución de competencias establecida constitucionalmente.

A continuación el Tribunal Constitucional se centra en analizar la impugnación de aquellas disposiciones del Decreto que contienen la regulación sustancial de la materia como son el artículo 6 y los Anexos I y II. Partiendo de que la potestad de gasto del Estado es una manifestación de la potestad legislativa del Parlamento y, por tanto, el Estado siempre podrá asignar fondos públicos a unas finalidades o a otras, debiendo respetar en la programación y ejecución de ese gasto el orden competencial, considera que dichas disposiciones son sumamente respetuosas con esta idea. En efecto, el precitado artículo 6 se refiere sólo al destino prioritario de la aportación estatal a las ayudas estructurales cofinanciadas por el FEOGA, estableciendo que el remanente de la misma se destine a las inversiones que hayan sido priorizadas en su territorio por las Comunidades Autónomas "siempre que se dediquen exclusivamente a la financiación de inversiones de transformación y comercialización de productos agrarios, silvícolas y de la alimentación". Asimismo, este mismo precepto salvaguarda la competencia de las CCAA para fijar la prioridad de las inversiones cofinanciadas por el FEOGA y la correspondiente CCAA. En consecuencia, el Estado puede establecer criterios básicos para todo el territorio nacional que se refieran al apoyo financiero estatal a este tipo de programas, pues tal actuación se encuentra amparada en las potestades estatales para la planificación sectorial ex artículo 149.1.13 CE de tal

forma que las prioridades de inversión establecidas en el art. 6 y Anexos I y II del real Decreto que vinculan únicamente a las aportaciones efectuadas con cargo a los Presupuestos del Estado encuentran su fundamentación en el citado título competencial estatal.

Las referidas prioridades no vacían de contenido las competencias autonómicas en materia de agricultura pues no se encuentran formuladas de modo tan minucioso que no permitan modular el orden de prioridades y el establecimiento de finalidades específicas propias. “En primer lugar”, dirá el Tribunal Constitucional, “ya hemos apreciado que tales prioridades se refieren solo a la aportación estatal a la financiación de las ayudas a las que se refiere el Real Decreto 117/2001, prioridades que no se imponen a las inversiones financiadas exclusivamente con cargo a los presupuestos autonómicos o a los fondos comunitarios, lo que significa que en estos casos es posible señalar prioridades específicas de ámbito autonómico que actúen como criterios de selección o modulación de las ayudas, como implícitamente reconoce el artículo 6.3. En segundo lugar, el apartado 3 del artículo cuestionado atribuye a las Comunidades Autónomas la facultad de fijar, en las correspondientes convocatorias y dentro del respeto a las prioridades antes señaladas en las actuaciones cofinanciadas por el Estado, los oportunos criterios de selección con lo que el elenco de actividades que se califica de prioritario a nivel estatal es lo suficientemente amplio como para permitir, dentro del mismo, un margen de opción a la Comunidad Autónoma, primando unas actividades sobre otras, evitando así que estas determinaciones supongan una invasión del acervo competencial autonómico. Por último, la norma estatal también admite que el remanente presupuestario de la aportación estatal puede ser destinado a subvencionar inversiones en el ámbito territorial autonómico seleccionadas con criterios de prioridad diferentes a los establecidos por el Estado. Todo lo expuesto permite descartar el riesgo de vaciamiento del título competencial autonómico que, conforme a nuestra doctrina, determinaría la extralimitación competencial estatal”.

El apartado 4 del artículo 7 también contiene una regulación sustantiva de las ayudas, dedicándose a determinar la aportación estatal a las ayudas referidas. En este supuesto, y de conformidad con su propia jurisprudencia, señala el Tribunal que el Estado en virtud de su autonomía presupuestaria puede realizar políticas tendentes a alcanzar sus objetivos políticos, sociales y económicos y dispone de libertad de priorizar las mismas, lo que conlleva que en su ámbito competencial pueda determinar la mayor o menor financiación que destina a la realización del programa comunitario, por lo que ningún reproche cabe hacer al artículo 7.4, el cual lo único que hace es expresar la competencia estatal para regular unos medios financieros propios.

Considera la Junta en su impugnación, que este artículo 7.4 del Real Decreto también vulnera las competencias autonómicas en cuanto que se aparta de los porcentajes de financiación previstos en los instrumentos de desarrollo en Castilla-La Mancha de lo previsto en el reglamento Comunitario. Como con acierto señala el T.C., además de que el derecho Comunitario no es parámetro de enjuiciamiento de la constitucionalidad a nivel interno, en dicho Reglamento los planes de financiación contenidos en los instrumentos de programación en el previstos no tienen carácter obligatorio sino meramente indicativo.

Examinada la regulación sustantiva, se centra el alto Tribunal en el análisis de las cuestiones procedimentales contenidas en el artículo 8 del Real Decreto y en su Disposición Adicional Quinta. El apartado 1 de este artículo se impugna en base a que la concesión de la subvención deba efectuarse mediante una sola convocatoria cuya fecha de cierre no podrá ser posterior al 30 de junio de cada año. La modificación posterior del Real Decreto objeto de enjuiciamiento por el Real Decreto 326/2003 permite a las CCAA que determinen en las correspondientes convocatorias el plazo más oportuno para la presentación de las solicitudes, por lo que en este punto la impugnación ha perdido su objeto. La controversia, sin embargo, subsiste en lo que se refiere a que la concesión ha de efectuarse mediante una única convocatoria. Ahora bien, a juicio del Tribunal esta prescripción no vulnera las competencias autonómicas. “En efecto, al tratarse de subvenciones que se otorgan en régimen de concurrencia competitiva, necesariamente ha de existir un acto de convocatoria que garantice la tramitación simultánea de las solicitudes presentadas y la concesión de las subvenciones en función del orden de prelación que resulte de la aplicación de los criterios establecidos en la convocatoria, la cual no es sino la invitación pública a solicitar las ayudas a cuantos reúnan los requisitos necesarios para acceder a ellas. (...) Igualmente la exigencia de convocatoria anual se relaciona con la existencia del propio crédito presupuestario persiguiendo que la ejecución del gasto en que la subvención consiste se realice, en principio, dentro de la vigencia de aquel, asegurando así que las prioridades establecidas en la normativa reguladora van a hacerse efectivas evitando la presentación de solicitudes cuando el crédito presupuestario estuviese agotado. Desde ambas perspectivas la previsión ahora enjuiciada tiene una finalidad coordinadora con respecto a las ayudas previstas en la norma y, por tanto, el Estado la puede establecer al amparo de su competencia ex art. 149.1. 13 CE”.

En lo que se refiere al apartado 2 del artículo 8 también es objeto de impugnación por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en base a que establece la obligación de publicar la resolución dictada en el procedimiento de concesión de las ayudas cuando las previsiones básicas en esta materia ya habían sido esta-

blecidas por la Ley 30/1992 con el carácter de bases del procedimiento administrativo común. A este respecto señala el Tribunal que es cierto que la Ley 30/1992 establece que los actos administrativos serán objeto de publicación cuando así lo establezcan las normas reguladoras del concreto procedimiento, por lo que desde esta perspectiva correspondería a la Comunidad Autónoma dictar la norma procedimental. Ahora bien, junto a lo anterior no es menos cierto que la publicación del acto por el que se concede una subvención es una obligación establecida por la Ley General de Subvenciones (Ley 38/2003). Y al ser esta norma básica, hay que concluir que la norma impugnada que reproduce lo previsto en esta Ley es también básica. Pero además, es de destacar que tal disposición persigue el objetivo de asegurar el interés público, fortaleciendo la transparencia de la Administración. A tenor de lo afirmado ahora por el tribunal Constitucional no puede resultar extraño que el mismo considere que el artículo 8. 2 del Decreto objeto de enjuiciamiento sea conforme con la distribución constitucional de competencias.

También se impugna por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha el apartado 4 del artículo 8 del Real Decreto 117/2001, en tanto en cuanto vincula la concesión de las ayudas a las cuantías previamente aprobadas para cada Comunidad Autónoma en las correspondientes conferencias sectorial. A juicio del T.C. El referido precepto también es en este punto conforme con el orden constitucional de distribución de competencias puesto que la referida regulación persigue garantizar que “los acuerdos adoptados por los gestores de las ayudas no comporten, en lo que se refiere a la aportación estatal, compromisos de gasto que excedan de la dotación que haya sido objeto de territorialización mediante los procedimientos establecidos al efecto”.

También se impugna el apartado 6 del artículo 8 en base a una argumentación que es rechazada de plano por el más alto de nuestros Tribunales puesto que lo estipulado en el referido apartado no impide ni limita el ejercicio de las competencias autonómicas, es decir, la previsión prevista en el referido apartado relativa a que la resolución de concesión de las ayudas refleje para cada una de ellas el porcentaje y la cuantía correspondiente de las ayudas otorgadas con cargo a los fondos comunitarios y a cada Administración Pública participante no impide el pleno desenvolvimiento de las competencias autonómicas.

Finalmente, se cuestiona por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha la Disposición Adicional Quinta del Real Decreto 117/2001 relativa a la tramitación de solicitudes ya presentadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma. En este caso considera el Tribunal que la Junta no ha aportado un argumento concreto referido a la invasión competencial en la que incurría dicha

Disposición Adicional por lo que entiende que su impugnación está vinculada a las de los otros preceptos del precitado Decreto que ya han sido declarados conformes con el orden constitucional de distribución de competencias. Además, es doctrina constante del T.C. que “admitida la competencia del Estado para regular las bases sobre una materia, no puede objetarse la atribución al mismo de la competencia para regular, con el mismo carácter de básico, los aspectos transitorios de la misma”. Consideraciones estas que, obviamente, llevan al Tribunal a rechazar también esta impugnación.

**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONALIDAD
SOBRE COMUNIDADES AUTÓNOMAS**
(DE 1 DE ENERO DE 2012 A 31 DE DICIEMBRE DE 2012)

María Martín Sánchez
*Profesora Contratada Doctora. Área de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha*

Siguiendo la tradición, el presente trabajo pretende hacer un repaso anual 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 diferencian dos partes. En primer lugar se hace referencia a todas las sentencias del Tribunal Constitucional relativas a Comunidades Autónomas, así como el proceso en el que han sido dictadas; a continuación, se repasan las resoluciones dictadas en procedimientos en los que ha participado Castilla-La Mancha.

El presente repaso jurisprudencial se refiere al año 2012, en el que son escasos los procedimientos de constitucionalidad referidos a nuestra Región, a diferencia del periodo anterior. En esta ocasión encontramos tres sentencias dictadas en procedimientos de recurso de inconstitucionalidad, una cuestión de inconstitucionalidad y un conflicto 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 Competencias*

1. Referencia de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y proceso en el que se dictan

- Sentencia 1/2012, de 13 de enero de 2012 (BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 7/2012, de 18 de enero de 2012 (BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 8/2012, de 18 de enero de 2012 (BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 26/2012, de 1 de marzo de 2012 (BOE núm. 75, de 28 de marzo de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 34/2012, de 15 de marzo de 2012 (BOE núm. 88, de 12 de abril de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 35/2012, de 15 de marzo de 2012 (BOE núm. 88, de 12 de abril de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 80/2012, de 18 de abril de 2012 (BOE núm. 117, de 16 de mayo de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 82/2012, de 18 de abril de 2012 (BOE núm. 117, de 16 de mayo de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 83/2012, de 18 de abril de 2012 (BOE núm. 117, de 16 de mayo de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 102/2012, de 8 de mayo de 2012 (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 110/2012, de 23 de mayo de 2012 (BOE núm. 147, de 20 de junio de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 111/2012, de 24 de mayo de 2012 (BOE núm. 147, de 20 de junio de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.

- Sentencia 120/2012, de 4 de junio de 2012 (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 122/2012, de 5 de junio de 2012 (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 132/2012, de 19 de junio de 2012 (BOE núm. 163, de 9 de julio de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 135/2012, de 19 de junio de 2012 (BOE núm. 163, de 9 de julio de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 136/2012, de 19 de junio de 2012 (BOE núm. 163, de 9 de julio de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 137/2012, de 19 de junio de 2012 (BOE núm. 163, de 9 de julio de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 148/2012, de 5 de julio de 2012 (BOE núm. 181, de 30 de julio de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 149/2012, de 5 de julio de 2012 (BOE núm. 181, de 30 de julio de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 150/2012, de 5 de julio de 2012 (BOE núm. 181, de 30 de julio de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 161/2012, de 20 de septiembre de 2012 (BOE núm. 250, de 17 de octubre de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 162/2012, de 20 de septiembre de 2012 (BOE núm. 250, de 17 de octubre de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 163/2012, de 20 de septiembre de 2012 (BOE núm. 250, de 17 de octubre de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 170/2012, de 4 de octubre de 2012 (BOE núm. 263, de 1 de noviembre de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.

- Sentencia 172/2012, de 4 de octubre de 2012 (BOE núm. 263, de 1 de noviembre de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 184/2012, de 17 de octubre de 2012 (BOE núm. 274, de 14 de noviembre de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 195/2012, de 31 de octubre de 2012 (BOE núm. 286, de 28 de noviembre de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 197/2012, de 6 de noviembre de 2012 (BOE núm. 286, de 28 de noviembre de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 208/2012, de 14 de noviembre de 2012 (BOE núm. 299, de 13 de diciembre de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 210/2012, de 14 de noviembre de 2012 (BOE núm. 299, de 13 de diciembre de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 212/2012, de 14 de noviembre de 2012 (BOE núm. 299, de 13 de diciembre de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 213/2012, de 14 de noviembre de 2012 (BOE núm. 299, de 13 de diciembre de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 214/2012, de 14 de noviembre de 2012 (BOE núm. 299, de 13 de diciembre de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 215/2012, de 14 de noviembre de 2012 (BOE núm. 299, de 13 de diciembre de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 223/2012, de 29 de noviembre de 2012 (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 224/2012, de 29 de noviembre de 2012 (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 228/2012, de 29 de noviembre de 2012 (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2012). Recurso de inconstitucionalidad.

- Sentencia 233/2012, de 13 de diciembre de 2012 (BOE núm. 10, de 11 de enero de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 235/2012, de 13 de diciembre de 2012 (BOE núm. 10, de 11 de enero de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 236/2012, de 13 de diciembre de 2012 (BOE núm. 10, de 11 de enero de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 237/2012, de 13 de diciembre de 2012 (BOE núm. 10, de 11 de enero de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 239/2012, de 13 de diciembre de 2012 (BOE núm. 10, de 11 de enero de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 245/2012, de 18 de diciembre de 2012 (BOE núm. 19, de 22 de enero de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 3/2012, de 13 de enero de 2012 (BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2012). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 4/2012, de 13 de enero de 2012 (BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2012). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 21/2012, de 16 de febrero de 2012 (BOE núm. 61, de 12 de marzo de 2012). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 27/2012, de 1 de marzo de 2012 (BOE núm. 75, de 28 de marzo de 2012). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 28/2012, de 1 de marzo de 2012 (BOE núm. 75, de 28 de marzo de 2012). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 29/2012, de 1 de marzo de 2012 (BOE núm. 75, de 28 de marzo de 2012). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 78/2012, de 16 de abril de 2012 (BOE núm. 117, de 16 de mayo de 2012). Cuestión de inconstitucionalidad.

- Sentencia 81/2012, de 18 de abril de 2012 (BOE núm. 117, de 16 de mayo de 2012). Cuestión de constitucionalidad.
- Sentencia 86/2012, de 18 de abril de 2012 (BOE núm. 117, de 16 de mayo de 2012). Cuestión de constitucionalidad.
- Sentencia 87/2012, de 18 de abril de 2012 (BOE núm. 117, de 16 de mayo de 2012). Cuestión de constitucionalidad.
- Sentencia 100/2012, de 8 de mayo de 2012 (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2012). Cuestión de constitucionalidad.
- Sentencia 147/2012, de 5 de julio de 2012 (BOE núm. 181, de 30 de julio de 2012). Cuestión de constitucionalidad.
- Sentencia 151/2012, de 5 de julio de 2012 (BOE núm. 181, de 30 de julio de 2012). Cuestión de constitucionalidad.
- Sentencia 159/2012, de 17 de septiembre de 2012 (BOE núm. 250, de 17 de octubre de 2012). Cuestión de constitucionalidad.
- Sentencia 171/2012, de 4 de octubre de 2012 (BOE núm. 263, de 1 de noviembre de 2012). Cuestión de constitucionalidad.
- Sentencia 181/2012, de 15 de octubre de 2012 (BOE núm. 274, de 14 de noviembre de 2012). Cuestión de constitucionalidad.
- Sentencia 183/2012, de 17 de octubre de 2012 (BOE núm. 274, de 14 de noviembre de 2012). Cuestión de constitucionalidad.
- Sentencia 191/2012, de 29 de octubre de 2012 (BOE núm. 286, de 28 de noviembre de 2012). Cuestión de constitucionalidad.
- Sentencia 196/2012, de 31 de octubre de 2012 (BOE núm. 286, de 28 de noviembre de 2012). Cuestión de constitucionalidad.
- Sentencia 246/2012, de 20 de diciembre de 2012 (BOE núm. 19, de 22 de enero de 2013). Cuestión de constitucionalidad.

- Sentencia 183/2012, de 17 de octubre de 2012 (BOE núm. 274, de 14 de noviembre de 2012). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 244/2012, de 18 de diciembre de 2012 (BOE núm. 19 de 22 de enero de 2013). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 243/2012, de 17 de diciembre de 2012 (BOE núm. 19 de 22 de enero de 2013). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 227/2012, de 29 de noviembre de 2012 (BOE núm. 313 de 29 de diciembre de 2012). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 226/2012, de 29 de noviembre de 2012 (BOE núm. 313 de 29 de diciembre de 2012). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 225/2012, de 29 de noviembre de 2012 (BOE núm. 313 de 29 de diciembre de 2012). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 211/2012, de 14 de noviembre de 2012 (BOE núm. 299 de 13 de diciembre de 2012). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 207/2012, de 14 de noviembre de 2012 (BOE núm. 299 de 13 de diciembre de 2012). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 194/2012, de 31 de octubre de 2012 (BOE núm. 286 de 28 de noviembre de 2012). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 177/2012, de 15 de octubre de 2012 (BOE núm. 274 de 14 de noviembre de 2012). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 173/2012, de 15 de octubre de 2012 (BOE núm. 274 de 14 de noviembre de 2012). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 143/2012, de 2 de julio de 2012 (BOE núm. 181 de 30 de junio de 2012). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 134/2012, de 19 de junio de 2012 (BOE núm. 163 de 09 de julio de 2012). Conflicto positivo de competencias.

- Sentencia 133/2012, de 19 de junio de 2012 (BOE núm. 163 de 09 de julio de 2012). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia A 124/2012, de 5 de junio de 2012 (BOE núm. 159 de 04 de julio de 2012). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 123/2012, de 5 de junio de 2012 (BOE núm. 159 de 04 de julio de 2012). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 112/2012, de 24 de mayo de 2012 (BOE núm. 147 de 20 de junio de 2012). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 99/2012, de 8 de mayo de 2012 (BOE núm. 134 de 05 de junio de 2012). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 77/2012, de 16 de abril de 2012 (BOE núm. 117 de 16 de mayo de 2012). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 73/2012, de 16 de abril de 2012 (BOE núm. 117 de 16 de mayo de 2012). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 72/2012, de 16 de abril de 2012 (BOE núm. 117 de 16 de mayo de 2012). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 71/2012, de 16 de abril de 2012 (BOE núm. 117 de 16 de mayo de 2012). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 38/2012, de 26 de marzo de 2012 (BOE núm. 101 de 27 de abril de 2012). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 36/2012, de 15 de marzo de 2012 (BOE núm. 88 de 12 de abril de 2012). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 33/2012, de 15 de marzo de 2012 (BOE núm. 88 de 12 de abril de 2012). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 32/2012, de 15 de marzo de 2012 (BOE núm. 88 de 12 de abril de 2012). Conflicto positivo de competencias.

- Sentencia 22/2012, de 16 de febrero de 2012 (BOE núm. 61 de 12 de marzo de 2012). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 6/2012, de 18 de enero de 2012 (BOE núm. 36 de 11 de febrero de 2012). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 5/2012, de 17 de enero de 2012 (BOE núm. 36 de 11 de febrero de 2012). Conflicto positivo de competencias.

2. Comentario de las sentencias referentes a Castilla-La Mancha

2.1 En Recursos de Inconstitucionalidad

- Sentencia 8/2012, de 18 de enero de 2012 (BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2012). Recurso de inconstitucionalidad

Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha, 8/2001, de 28 de junio, para la ordenación de las instalaciones de radiocomunicación en Castilla-La Mancha. El objeto del recurso es el examen de la constitucionalidad de preceptos legales autonómicos que obligan a los operadores a incorporar las mejoras tecnológicas que contribuyan a reducir los niveles de emisión de los sistemas radiantes y sancionan su incumplimiento. Tras el examen de las competencias en materia de telecomunicaciones, control del espacio aéreo, ordenación del territorio, sanidad y protección del medio ambiente, así como el principio de legalidad sancionadora, el Tribunal Constitucional estima parcialmente el Recurso declarando inconstitucionales y nulos el artículo 7 de la citada ley de Castilla-La Mancha en su inciso «incorporar las mejoras tecnológicas que vayan apareciendo y contribuyan a reducir los niveles de emisión de los sistemas radiantes» así como el apartado 2 de su artículo 19. Sin embargo declara constitucionales el resto de los preceptos legales impugnados.

- Sentencia 102/2012, de 8 de mayo de 2012 (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2012). Recurso de inconstitucionalidad

Recurso de Inconstitucionalidad Interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en relación con diversos preceptos de la Ley 24/2001, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Se examina la constitucionalidad de la citada ley en relación a los principios de seguridad jurídica, solidaridad y equilibrio interterritorial, así como respecto a la interdicción de la arbitrariedad. El Tribunal Constitucional desestima el recurso.

- Sentencia 214/2012, de 14 de noviembre de 2012 (BOE núm. 299, de 13 de diciembre de 2012). Recurso de inconstitucionalidad

Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre de calidad de la educación. Se cuestiona la constitucionalidad varios preceptos de la citada ley en relación con el reparto competencial en materia de educación. El Tribunal Constitucional desestima el recurso, declarando la constitucionalidad de los preceptos que regulan las enseñanzas comunes, distintos aspectos de la educación preescolar, el régimen de conciertos en la educación infantil, el establecimiento de criterios de admisión de alumnos en centros sostenidos con fondos públicos, la atención a alumnos con necesidades educativas específicas, así como las técnicas de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

2.2 En Cuestiones de Inconstitucionalidad

- Sentencia 196/2012, de 31 de octubre de 2012 (BOE núm. 286, de 28 de noviembre de 2012). Cuestión de inconstitucionalidad

Cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en relación con los apartados b) y c) del artículo 2.1 de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 11/2000, de 26 de diciembre, del impuesto sobre determinadas actividades que incidan en el medio ambiente. Se cuestionan dichos preceptos en cuanto gravan la producción termonuclear de energía eléctrica y el almacenamiento de residuos radiactivos, en relación con los límites de la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas y la prohibición de doble imposición. El Tribunal Constitucional estima la cuestión de inconstitucionalidad declarando inconstitucionales y nulos dichos preceptos.

2.3 En Conflictos de Competencias

- Sentencia 99/2012, de 8 de mayo de 2012 (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2012). Conflicto positivo de competencias

Conflicto positivo de competencias planteado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en relación con el Real Decreto 117/2001, de 9 de febrero, por el que se establece la normativa básica de fomento de las inversiones para la mejora de las condiciones de transformación y comercialización de los productos agrarios, silvícolas y de la alimentación. El Tribunal Constitucional desestima el recurso.

Resumen

A continuación se presenta un repaso de las sentencias resueltas por el Tribunal Constitucional en 2012, en procedimientos de control de la constitucionalidad y de resolución de conflictos de competencias, en los que han intervenido las Comunidades Autónomas. Se presta especial atención a aquellas en las que ha participado Castilla-La Mancha.

Summary

Below is a review of the judgments decided by the Constitutional Court in 2012, control procedures constitutionality and conflict resolution skills, which have intervened in the Autonomous Communities. Special attention is given to those who participated in the Castilla-La Mancha.

Palabras clave

Sentencias, Tribunal Constitucional, Comunidades Autónomas.

Keywords

Judgments, Constitutional Court, Autonomous Communities.

**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONALIDAD
SOBRE COMUNIDADES AUTÓNOMAS**
(DE 1 DE ENERO DE 2013 A 31 DE DICIEMBRE DE 2013)

María Martín Sánchez

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

Tal y como venimos haciendo en anteriores números de esta publicación, en estas páginas se presenta la recopilación de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional durante el año 2013, referidas a Comunidades Autónomas en procesos de inconstitucionalidad, de conflictos de competencia y de conflictos en defensa de la autonomía local. Este último no es muy frecuente aunque en esta ocasión, encontramos una Sentencia dictada en un proceso de este tipo. Por este motivo, más adelante haremos breve referencia a la misma.

El repaso jurisprudencial correspondiente al año 2013, en términos generales, muestra una mayor producción de sentencias en pronunciamientos de constitucionalidad. En lo que respecta a nuestra Comunidad, la participación de Castilla-La Mancha en éstos, es idéntica al anterior 2012. Así, encontramos cinco sentencias dictadas en estos procedimientos (tres en recursos de inconstitucionalidad, una en cuestión de inconstitucionalidad y otra más en conflicto de competencia)

Diferenciaremos dos partes. Comenzamos enumerando todas las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional relativas a Comunidades Autónomas, así como el proceso en el que han sido dictadas. A continuación, repasamos aquéllas dictadas en procedimientos en los que ha participado Castilla-La Mancha.

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 Competencias*

1. Referencia de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y proceso en el que se dictan

- Sentencia 4/2013, de 17 de enero de 2013 (BOE núm. 37 de 12 de febrero de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 5/2013, de 17 de enero de 2013 (BOE núm. 37 de 12 de febrero de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 6/2013, de 17 de enero de 2013 (BOE núm. 37 de 12 de febrero de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 8/2013, de 17 de enero de 2013 (BOE núm. 37 de 12 de febrero de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 14/2013, de 31 de enero de 2013 (BOE núm. 49 de 26 de febrero de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 17/2013, de 31 de enero de 2013 (BOE núm. 49 de 26 de febrero de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 19/2013, de 31 de enero de 2013 (BOE núm. 49 de 26 de febrero de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 20/2013, de 31 de enero de 2013 (BOE núm. 49 de 26 de febrero de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 34/2013, de 14 de febrero de 2013 (BOE núm. 61 de 12 de marzo de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 36/2013, de 14 de febrero de 2013 (BOE núm. 61 de 12 de marzo de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia - Sentencia 38/2013, de 14 de febrero de 2013 (BOE núm. 61 de 12 de marzo de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 46/2013, de 28 de febrero de 2013 (BOE núm. 73 de 26 de marzo de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.

- Sentencia 49/2013, de 28 de febrero de 2013 (BOE núm. 73 de 26 de marzo de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 50/2013, de 28 de febrero de 2013 (BOE núm. 73 de 26 de marzo de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 51/2013, de 28 de febrero de 2013 (BOE núm. 73 de 26 de marzo de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 63/2013, de 14 de marzo de 2013 (BOE núm. 86 de 10 de abril de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 66/2013, de 14 de marzo de 2013 (BOE núm. 86 de 10 de abril de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 67/2013, de 14 de marzo de 2013 (BOE núm. 86 de 10 de abril de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 68/2013, de 14 de marzo de 2013 (BOE núm. 86 de 10 de abril de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 69/2013, de 14 de marzo de 2013 (BOE núm. 86 de 10 de abril de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 82/2013, de 11 de abril de 2013 (BOE núm. 112 de 10 de mayo de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 84/2013, de 11 de abril de 2013 (BOE núm. 112 de 10 de mayo de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 85/2013, de 11 de abril de 2013 (BOE núm. 112 de 10 de mayo de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 86/2013, de 11 de abril de 2013 (BOE núm. 112 de 10 de mayo de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 87/2013, de 11 de abril de 2013 (BOE núm. 112 de 10 de mayo de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.

- Sentencia 89/2013, de 22 de abril de 2013 (BOE núm. 123 de 23 de mayo de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 93/2013, de 23 de abril de 2013 (BOE núm. 123 de 23 de mayo de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 94/2013, de 23 de abril de 2013 (BOE núm. 123 de 23 de mayo de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 96/2013, de 23 de abril de 2013 (BOE núm. 123 de 23 de mayo de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 97/2013, de 23 de abril de 2013 (BOE núm. 123 de 23 de mayo de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 98/2013, de 23 de abril de 2013 (BOE núm. 123 de 23 de mayo de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 99/2013, de 23 de abril de 2013 (BOE núm. 123 de 23 de mayo de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 100/2013, de 23 de abril de 2013 (BOE núm. 123 de 23 de mayo de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 101/2013, de 23 de abril de 2013 (BOE núm. 123 de 23 de mayo de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 102/2013, de 23 de abril de 2013 (BOE núm. 123 de 23 de mayo de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 103/2013, de 25 de abril de 2013 (BOE núm. 123 de 23 de mayo de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 104/2013, de 25 de abril de 2013 (BOE núm. 123 de 23 de mayo de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 111/2013, de 9 de mayo de 2013 (BOE núm. 133 de 04 de junio de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.

- Sentencia 114/2013, de 9 de mayo de 2013 (BOE núm. 133 de 04 de junio de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 123/2013, de 23 de mayo de 2013 (BOE núm. 145 de 18 de junio de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 129/2013, de 4 de junio de 2013 (BOE núm. 157 de 02 de julio de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 130/2013, de 4 de junio de 2013 (BOE núm. 157 de 02 de julio de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 132/2013, de 5 de junio de 2013 (BOE núm. 157 de 02 de julio de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 134/2013, de 6 de junio de 2013 (BOE núm. 157 de 02 de julio de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 135/2013, de 6 de junio de 2013 (BOE núm. 157 de 02 de julio de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 136/2013, de 6 de junio de 2013 (BOE núm. 157 de 02 de julio de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 138/2013, de 6 de junio de 2013 (BOE núm. 157 de 02 de julio de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 141/2013, de 11 de julio de 2013 (BOE núm. 183 de 01 de agosto de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 143/2013, de 11 de julio de 2013 (BOE núm. 183 de 01 de agosto de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 144/2013, de 11 de julio de 2013 (BOE núm. 183 de 01 de agosto de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 158/2013, de 26 de septiembre de 2013 (BOE núm. 254 de 23 de octubre de 2013).

- Sentencia 159/2013, de 26 de septiembre de 2013 (BOE núm. 254 de 23 de octubre de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 160/2013, de 26 de septiembre de 2013 (BOE núm. 254 de 23 de octubre de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 161/2013, de 26 de septiembre de 2013 (BOE núm. 254 de 23 de octubre de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 164/2013, de 26 de septiembre de 2013 (BOE núm. 254 de 23 de octubre de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 165/2013, de 26 de septiembre de 2013 (BOE núm. 254 de 13 de octubre de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 172/2013, de 10 de octubre de 2013 (BOE núm. 267 de 07 de noviembre de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 174/2013, de 10 de octubre de 2013 (BOE núm. 267 de 07 de noviembre de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 175/2013, de 10 de octubre de 2013 (BOE núm. 267 de 07 de noviembre de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 180/2013, de 23 de octubre de 2013 (BOE núm. 278 de 20 de noviembre de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 181/2013, de 23 de octubre de 2013 (BOE núm. 278 de 20 de noviembre de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 182/2013, de 23 de octubre de 2013 (BOE núm. 278 de 20 de noviembre de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 193/2013, de 21 de noviembre de 2013 (BOE núm. 303 de 19 de diciembre de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 200/2013, de 5 de diciembre de 2013 (BOE núm. 7 de 08 de enero de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.

- Sentencia 201/2013, de 5 de diciembre de 2013 (BOE núm. 7 de 08 de enero de 2014) Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 203/2013, de 5 de diciembre de 2013 (BOE núm. 7 de 08 de enero de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 204/2013, de 5 de diciembre de 2013 (BOE núm. 7 de 08 de enero de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 207/2013, de 5 de diciembre de 2013 (BOE núm. 7 de 08 de enero de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 215/2013, de 19 de diciembre de 2013 (BOE núm. 15 de 17 de enero de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 3/2013, de 17 de enero de 2013 (BOE núm. 37 de 12 de febrero de 2013). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 13/2013, de 28 de enero de 2013 (BOE núm. 49 de 26 de febrero de 2013). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 33/2013, de 11 de febrero de 2013 (BOE núm. 61 de 12 de marzo de 2013). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 42/2013, de 14 de febrero de 2013 (BOE núm. 61 de 12 de marzo de 2013). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 58/2013, de 11 de marzo de 2013 (BOE núm. 86 de 10 de abril de 2013). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 60/2013, de 13 de marzo de 2013 (BOE núm. 86 de 10 de abril de 2013). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 81/2013, de 11 de abril de 2013 (BOE núm. 112 de 10 de mayo de 2013). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 91/2013, de 22 de abril de 2013 (BOE núm. 123 de 23 de mayo de 2013). Cuestión de inconstitucionalidad.

- Sentencia 92/2013, de 22 de abril de 2013 (BOE núm. 123 de 23 de mayo de 2013). Cuestión de constitucionalidad.
- Sentencia 137/2013, de 6 de junio de 2013 (BOE núm. 157 de 02 de julio de 2013). Cuestión de constitucionalidad.
- Sentencia 156/2013, de 23 de septiembre de 2013 (BOE núm. 254 de 23 de octubre de 2013). Cuestión de constitucionalidad.
- Sentencia 183/2013, de 23 de octubre de 2013 (BOE núm. 278 de 20 de noviembre de 2013). Cuestión de constitucionalidad.
- Sentencia 189/2013, de 7 de noviembre de 2013 (BOE núm. 290 de 04 de diciembre de 2013). Cuestión de constitucionalidad.
- Sentencia 218/2013, de 19 de diciembre de 2013 (BOE núm. 15 de 17 de enero de 2014). Cuestión de constitucionalidad.
- Sentencia 219/2013, de 19 de diciembre de 2013 (BOE núm. 15 de 17 de enero de 2014). Cuestión de constitucionalidad.
- Sentencia 7/2013, de 17 de enero de 2013 (BOE núm. 37 de 12 de febrero de 2013). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 15/2013, de 31 de enero de 2013 (BOE núm. 49 de 26 de febrero de 2013). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 16/2013, de 31 de enero de 2013 (BOE núm. 49 de 26 de febrero de 2013). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 18/2013, de 31 de enero de 2013 (BOE núm. 49 de 26 de febrero de 2013). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 21/2013, de 31 de enero de 2013 (BOE núm. 49 de 26 de febrero de 2013). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 23/2013, de 31 de enero de 2013 (BOE núm. 49 de 26 de febrero de 2013). Conflicto positivo de competencia.

- Sentencia 24/2013, de 31 de enero de 2013 (BOE núm. 49 de 26 de febrero de 2013). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 25/2013, de 31 de enero de 2013 (BOE núm. 49 de 26 de febrero de 2013). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 26/2013, de 31 de enero de 2013 (BOE núm. 49 de 26 de febrero de 2013). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 35/2013, de 14 de febrero de 2013 (BOE núm. 61 de 12 de marzo de 2013). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 37/2013, de 14 de febrero de 2013 (BOE núm. 61 de 12 de marzo de 2013). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 40/2013, de 14 de febrero de 2013 (BOE núm. 61 de 12 de marzo de 2013). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 47/2013, de 28 de febrero de 2013 (BOE núm. 73 de 26 de marzo de 2013). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 48/2013, de 28 de febrero de 2013 (BOE núm. 73 de 23 de marzo de 2013). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 52/2013, de 28 de febrero de 2013 (BOE núm. 73 de 26 de marzo de 2013). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 59/2013, de 13 de marzo de 2013 (BOE núm. 86 de 10 de abril de 2013). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 62/2013, de 14 de marzo de 2013 (BOE núm. 86 de 10 de abril de 2013). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 65/2013, de 14 de marzo de 2013 (BOE núm. 86 de 10 de abril de 2013). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 70/2013, de 14 de marzo de 2013 (BOE núm. 86 de 10 de abril de 2013). Conflicto positivo de competencia.

- Sentencia 80/2013, de 11 de abril de 2013 (BOE núm. 112 de 10 de mayo de 2013). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 83/2013, de 11 de abril de 2013 (BOE núm. 112 de 10 de mayo de 2013). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 95/2013, de 23 de abril de 2013 (BOE núm. 123 de 23 de mayo de 2013). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 112/2013, de 9 de mayo de 2013 (BOE núm. 133 de 04 de junio de 2013). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 113/2013, de 9 de mayo de 2013 (BOE núm. 133 de 04 de junio de 2013). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 124/2013, de 23 de mayo de 2013 (BOE núm. 145 de 18 de junio de 2013). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 139/2013, de 8 de julio de 2013 (BOE núm. 183 de 01 de agosto de 2013). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 146/2013, de 11 de julio de 2013 (BOE núm. 183 de 01 de agosto de 2013). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 150/2013, de 9 de septiembre de 2013 (BOE núm. 242 de 09 de octubre de 2013). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 154/2013, de 10 de septiembre de 2013 (BOE núm. 242 de 09 de octubre de 2013). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 155/2013, de 10 de septiembre de 2013 (BOE núm. 242 de 09 de octubre de 2013). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 162/2013, de 26 de septiembre de 2013 (BOE núm. 254 de 23 de octubre de 2013). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 163/2013, de 26 de septiembre de 2013 (BOE núm. 254 de 23 de octubre de 2013). Conflicto positivo de competencia.

- Sentencia 166/2013, de 7 de octubre de 2013 (BOE núm. 267 de 07 de noviembre de 2013). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 179/2013, de 21 de octubre de 2013 (BOE núm. 278 de 20 de noviembre de 2013). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 198/2013, de 5 de diciembre de 2013 (BOE núm. 7 de 08 de enero de 2014). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 202/2013, de 5 de diciembre de 2013 (BOE núm. 7 de 08 de enero de 2014). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 213/2013, de 19 de diciembre de 2013 (BOE núm. 15 de 17 de enero de 2014). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 214/2013, de 19 de diciembre de 2013 (BOE núm. 15 de 17 de enero de 2014). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 142/2013, de 11 de julio de 2013 (BOE núm. 183 de 01 de agosto de 2013). Conflicto en defensa de la autonomía local.

Como apuntábamos, normalmente no son muchos los conflictos en defensa de la autonomía local planteados ante el Tribunal Constitucionalidad. De hecho, éste es el único procedimiento de este tipo encontrado en 2013. Se trata de un conflicto planteado por el Ayuntamiento de Santovenia de Pisuerga (Valladolid) en relación con diversos preceptos de la Ley de las Cortes de Castilla y León 9/2002, de 10 de julio, sobre declaración de proyectos regionales de infraestructuras de residuos de singular interés para la Comunidad. El Tribunal estima la falta de legitimación del Ayuntamiento recurrente para impugnar una regulación legal de la que no es destinatario único.

2. Comentario de las sentencias referentes a Castilla-La Mancha

2.1. En Recursos de Inconstitucionalidad

- Sentencia 36/2013, de 14 de febrero de 2013 (BOE núm. 61 de 12 de marzo de 2013). Recurso de inconstitucionalidad.

Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Castilla La Mancha respecto del artículo 129 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. El objeto del recurso es el examen de constitucionalidad de ciertos preceptos de la ley en cuestión relacionados principalmente con aguas. El Tribunal, resuelve la constitucionalidad de la remisión prevista en la ley impugnada, al reglamento de la clasificación de los estados o potenciales de masas de agua; lo mismo resuelve respecto de los preceptos relativos a los plazos de participación pública en la elaboración de planes hidrológicos, demarcaciones hidrográficas y procedimiento de imputación de responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea. Para ello, se recurre al respeto de los principios democrático, de seguridad jurídica, y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos

- Sentencia 82/2013, de 11 de abril de 2013 (BOE núm. 112 de 10 de mayo de 2013). Recurso de inconstitucionalidad

Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha respecto de la enumeración de preceptos de carácter básico contenida en el apartado segundo de la disposición final segunda de la Ley 24/2003, de 10 de julio, de la viña y del vino. El examen se centra en las competencias sobre ordenación general de la economía, agricultura y denominaciones de origen, respecto a las que el Tribunal resuelve la interpretación conforme de diversos preceptos legales (STC 34/2013).

- Sentencia 160/2013, de 26 de septiembre de 2013 (BOE núm. 254 de 23 de octubre de 2013). Recurso de inconstitucionalidad

Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades. En esta ocasión, se plantea la posible inconstitucionalidad de los preceptos legales estatales sobre creación y reconocimiento de universidades, escuelas y facultades; la evaluación y acreditación de la calidad; los títulos académicos; y la admisión de alumnos y procedimientos para la autorización de convenios para la realización de trabajos de carácter científico, técnico o artístico (SSTC 223/2012 y 131/2013). Finalmente, el Tribunal declara la pérdida parcial del objeto del recurso, en razón a la autonomía universitaria y las competencias sobre universidades; y en lo demás, resuelve su constitucionalidad.

2.2. En Cuestiones de Inconstitucionalidad

- Sentencia 60/2013, de 13 de marzo de 2013 (BOE núm. 86 de 10 de abril de 2013). Cuestión de inconstitucionalidad

Cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en relación con diversos preceptos de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 16/2005, de 29 de diciembre, del impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente y del tipo autonómico del impuesto sobre las ventas minoristas de determinados hidrocarburos. La cuestión gira en torno a los límites de la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas, en concreto respecto a la prohibición de doble imposición. El Tribunal Constitucional declara la nulidad de la ley autonómica examinada.

2.3. En Conflictos de Competencias

- Sentencia 80/2013, de 11 de abril de 2013 (BOE núm. 112 de 10 de mayo de 2013). Conflicto positivo de competencia

Conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en relación con la expedición por el Ministerio de Medio Ambiente de diversos certificados sobre afección de proyectos a la Red Natura 2000. En concreto, el conflicto se plantea sobre las competencias sobre medio ambiente y espacios naturales protegidos. El Tribunal determina el carácter instrumental de las certificaciones ambientales de la obra de infraestructura de competencia estatal sobre las que son emitidas.

Resumen

Se presenta un repaso de las sentencias resueltas por el Tribunal Constitucional en 2013, en procedimientos de control de la constitucionalidad y de resolución de conflictos de competencias, en los que han intervenido las Comunidades Autónomas. Se presta especial atención a aquellas en las que ha participado Castilla-La Mancha.

Summary

Below is a review of the judgments decided by the Constitutional Court in 2013, control procedures constitutionality and conflict resolution skills, which have intervened in the Autonomous Communities. Special attention is given to those who participated in the Castilla-La Mancha.

Palabras Clave

Sentencias, Tribunal Constitucional, Comunidades Autónomas.

Keywords

Judgments, Constitutional Court, Autonomous Communities.

**RESEÑA DE LA ACTIVIDAD DE LA CORTES
DE CASTILLA-LA MANCHA**
(DE 1 DE ENERO DE 2012 A 31 DE DICIEMBRE DE 2012)

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 2012

2. Actividad no legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha durante 2012

La presente crónica recoge las principales actividades llevadas a cabo por las Cortes de Castilla-La Mancha durante el año 2012. 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 Mociones y Resoluciones y las Proposiciones no de ley.

1. Actividad legislativa durante el año 2012

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 2012 y 31 de diciembre de 2012. Una vez mencionadas todas ellas, también se incluye un resumen de las mismas.

Durante el año 2012 se han aprobado 11 leyes, 4 menos que durante el año 2011, y como ya ocurriera en el año anterior, gran parte de su contenido tiene un carácter financiero y con la finalidad de paliar las consecuencias de la mala situación económica del momento y el alto índice de desempleo.

Además de las leyes, también se ha aprobado a final de año una reforma del Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha.

Concretamente las leyes aprobadas durante dicho periodo han sido:

- Ley 1/2012, de 21 de febrero, de Medidas Complementarias para la Aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales.
- Ley 2/2012, de 19 de abril, por la que se modifica la Ley 9/2008, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Tributos Cedidos y se establecen otras medidas fiscales.
- Ley 3/2012, de 10 de mayo, de autoridad del profesorado.
- Ley 4/2012, de 17 de mayo, por la que se adecúa la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha.
- Ley 5/2012, de 12 de julio, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2012.
- Ley 6/2012, de 2 de agosto, de acompañamiento de la Ley 1/2012, de 21 de febrero, de medidas complementarias para la aplicación del Plan de Garantías de los Servicios Sociales Básicos de Castilla-La Mancha.
- Ley 7/2012, de 4 de octubre, de Creación del Colegio Oficial de Enología de Castilla-La Mancha.
- Ley 8/2012, de 4 de octubre, de concesión de un crédito extraordinario por importe de 649.508,29 euros, para sufragar los gastos de las elecciones a las Cortes de Castilla-La Mancha celebradas el 22 de mayo de 2011.
- Ley 9/2012, de 29 de noviembre, de Tasas y Precios Públicos de Castilla-La Mancha y otras medidas tributarias.
- Ley 10/2012, de 20 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2013.

- Ley 11/2012, de 21 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ley 1/2012, de 21 de febrero, de Medidas Complementarias para la Aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales.

Con la presente ley se pone en marcha el Plan de Garantías de Servicios Sociales, que incluye una serie de medidas encaminadas a combatir la crisis económica que actualmente atraviesa la región. Por tanto, la finalidad esencial que se persigue con la citada ley es establecer los instrumentos necesarios para controlar el gasto de la Administración Autonómica, de tal manera que se pueda seguir sosteniendo el Estado social, pero actuando a través de políticas de austeridad.

Puesto que son numerosas las instituciones de Castilla-La Mancha que están comprometidas con la recuperación económica regional, el citado Plan prevé medidas que afectan a diversos ámbitos, desde las encaminadas a controlar el absentismo laboral, las que establecen el incremento de la jornada semanal para los profesionales de la Administración regional (que pasa de 35 horas a 37.5 horas semanales) o las que prevén la reducción del complemento específico del 10% a los empleados públicos de la Junta de Comunidades, entre otras.

La ley se estructura en dos títulos; en el primero de ellos se recogen las medidas relativas a la organización del personal al servicio de la administración, mientras que en el segundo es más heterogéneo, pues hace referencia a la contratación del sector público y a una serie de reformas en diversas leyes, como la de educación, la de lectura y bibliotecas, de familias numerosas, la de igualdad entre hombres y mujeres..., si bien en todo caso se trata de medidas encaminadas a cumplir la finalidad esencial de la ley y la recuperación económica de la región.

Ley 2/2012, de 19 de abril, por la que se modifica la Ley 9/2008, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Tributos Cedidos y se establecen otras medidas fiscales.

Al momento de elaborarse la presente ley, no se había aprobado la Ley de Presupuestos Generales del Estado ni la de la Junta para el año 2012, por lo que se considera necesaria la aprobación de la presente ley para paliar las consecuencias de la situación económica de la región.

Las medidas tributarias adoptadas en la presente ley se centran en diversas leyes sobre tributos, concretamente respecto de la Ley 7/2008 de Regulación de Tasas en materia de Industria, Energía y Minas de Castilla-La Mancha y la Ley 3/1990, de Tasas y Precios Públicos (ambas relativas a tributos propios) y también incide en tributos cedidos por el Estado a la Comunidad Autónoma, como son el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos, el de la Renta de las Personas Físicas, sobre el Patrimonio, Sucesiones y Donaciones, Transmisiones Patrimoniales y en los Tributos sobre el juego.

En todo caso las medidas adoptadas tienen como finalidad el conseguir recuperar el equilibrio económico-financiero de la región.

Ley 3/2012, de 10 de mayo, de autoridad del profesorado.

La presente ley se elabora con base en la idea de que para un adecuado ejercicio de la educación deben darse dos premisas iniciales; un ambiente de convivencia positivo dentro del propio centro y el respeto y reconocimiento del profesorado que trabaja en el mismo.

La convivencia en los centros docentes no universitarios en los últimos años es cada vez más complicada, disminuyendo poco a poco el reconocimiento y respeto hacia los docentes, además de las escasas medidas de protección con las que cuentan ante algún tipo de conflicto.

Para conseguir un mejor clima dentro de las aulas y una mayor protección hacia el profesorado, se ha elaborado la presente ley para reconocer como autoridad pública a los directivos y docentes de los centros públicos. Esta especial consideración tiene diversas consecuencias, por ejemplo, gozar de presunción de veracidad y por tanto de una mayor protección por parte del ordenamiento jurídico.

También se establecen en la ley una serie de derechos del profesorado tales como la protección jurídica en el ejercicio de sus funciones, atención y asesoramiento por parte de la Consejería, derecho al prestigio, crédito y respeto, libertad de enseñar y debatir, solicitud colaboración a otros miembros de la comunidad educativa como otros docentes, padres, representantes legales... Asimismo se establecen determinadas medidas de protección y reconocimiento.

Ley 4/2012, de 17 de mayo, por la que se adecúa la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha.

Se trata de una ley breve, formada por un único artículo, que da una nueva redacción al artículo 16 de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha.

Con la presente ley se trata de modificar el número de diputados que conforman las Cortes regionales, siendo a partir de su publicación de 53 diputados. El motivo fundamental que se alega para tal incremento es el aumento de la población, haciéndose constar que desde 2007 a 2011, la población en Catilla-La Mancha ha aumentado un 7%.

Se establece que los diputados que corresponden a cada provincia son los siguientes:

- Albacete 10 diputados
- Ciudad Real 12 diputados
- Cuenca 9 diputados
- Guadalajara 9 diputados
- Toledo 13 diputados

Ley 5/2012, de 12 de julio, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2012.

Tratando de seguir manteniendo los servicios sociales básicos, a la vez que se continúa con las políticas de austeridad, se elaboran los Presupuestos Generales de la región para el año 2012.

En esta ocasión se aprueban tras la prórroga de los del año anterior, que junto con la especial situación de crisis económica, hacen que se elaboren en circunstancias excepcionales.

Precisamente por todo ello, los principios de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera se consideran ejes fundamentales. Con los presentes presupuestos se pretende iniciar el camino hacia el saneamiento de las finanzas públicas, de tal manera que se pueda volver a conseguir el crecimiento tanto a nivel económico como de creación de empleo.

También reflejan dichos Presupuestos las medidas establecidas por la Ley 1/2012 de Medidas Complementarias para la Aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales.

Formalmente la ley se estructura en cuarenta y nueve artículos, distribuidos en cinco títulos y que se completa con diecinueve disposiciones adicionales, una derogatoria y cinco finales.

Ley 6/2012, de 2 de agosto, de acompañamiento de la Ley 1/2012, de 21 de febrero, de medidas complementarias para la aplicación del Plan de Garantías de los Servicios Sociales Básicos de Castilla-La Mancha.

Con la presente ley se trata de dar continuidad a la normativa establecida por la Ley 1/2012, antes mencionada, así como a la normativa existente a nivel estatal, especialmente a las necesidades impuestas a través de los Presupuestos Generales del Estado para 2012.

Se considera necesaria la adopción de nuevas medidas de austeridad y eficiencia en el gasto, para conseguir una Administración más eficiente pero también más austera.

Se articula la ley en dos Títulos, en el primero se establecen una serie de medidas para la contención del gasto público, a través de medidas esencialmente encaminadas al personal al servicio de la Administración regional tales como la prolongación de la permanencia en el servicio activo, el fomento de la solicitudes de excedencia, así como la petición de licencias no retribuidas por asuntos propios, del personal funcionario y estatutario fijo, flexibilización de las causas para la reducción de jornada... El segundo de ellos introduce una reforma en la Ley 11/1997, de creación de la empresa pública “Gestión de Infraestructuras de Castilla-La Mancha”, fundamentalmente en cuanto a la adscripción de la misma y a su objeto social.

Ley 7/2012, de 4 de octubre, de Creación del Colegio Oficial de Enología de Castilla-La Mancha.

A través de la presente ley se crea el Colegio de Enólogos de Castilla-La Mancha, cuya profesión ya venía regulada por la Ley 50/1998. Teniendo en cuenta la importancia económica, social y geográfica que la producción de vino tiene en Castilla-

La Mancha, se ha considera oportuna la creación del citado Colegio, para permitir la organización de sus miembros, y la mejor defensa de sus intereses.

Se crea como una corporación de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y con ámbito de actuación en todo el territorio de la región.

Ley 8/2012, de 4 de octubre, de concesión de un crédito extraordinario por importe de 649.508,29 euros, para sufragar los gastos de las elecciones a las Cortes de Castilla-La Mancha celebradas el 22 de mayo de 2011.

Como establece la normativa electoral regional, cuando se van a celebrar elecciones los diferentes partidos pueden solicitar anticipos para sufragar los gastos derivados de las mismas. Puesto que el 22 de mayo de 2011 se celebraron elecciones, tanto el Partido Socialista Obrero Español como el Partido Popular recibieron dichos anticipos.

A través de la presente ley se establece un crédito extraordinario para completar la subvención que cada partido debe recibir, para sufragar los gastos que se originan por la celebración de elecciones, una vez descontados los anticipos ya recibidos a tal efecto.

Se concede, por tanto, un crédito extraordinario de 649.508,29 euros con cargo al exceso de recaudación sobre la previsión inicial del concepto “multas y sanciones”.

Ley 9/2012, de 29 de noviembre, de Tasas y Precios Públicos de Castilla-La Mancha y otras medidas tributarias

Se trata de una ley muy amplia, compuesta por 6 Títulos, distribuidos en un total de 423 artículos.

El objetivo central de la ley es regular todo el régimen jurídico de las tasas y precios públicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Son numerosas las tasas que se incluyen en la presente ley. A título de ejemplo pueden mencionarse: La tasas por dirección e inspección de obras, por servicios administrativos generales, por obras e instalaciones en zonas de dominio público, por servicios prestados por laboratorios dependientes, de viviendas de protección oficial, transportes terrestres por carretera, inspección técnica de vehículos...

En cuanto a los precios públicos se establecerán como contraprestación por la prestación de servicios o la entrega de bienes por parte de la Administración regional. Para fijar dichos precios públicos se tendrá en cuenta, además de los propios costes de esos servicios, determinadas razones sociales, benéficas, culturales o de interés público, que pueden suponer que se fijen por debajo del coste de ese servicio o prestación. El precio público concreto será fijado por la conserjería que realice la prestación.

Ley 10/2012, de 20 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2013.

Los presupuestos previstos para el año 2013 continúan en la línea prevista en los del año 2012, y cuya principal finalidad será la de garantizar la prestación de servicios básicos y dinamizar la actividad económica, teniendo en cuenta que la coyuntura económica sigue siendo desfavorable.

Con estos presupuestos se tratan de conjugar varios propósitos, la sostenibilidad de los servicios sociales, la incentivación empresarial, la estabilidad presupuestaria, el impulso de las empresas y la mejor calidad de vida.

También se pretende generar un entorno de confianza y credibilidad a todos los niveles posibles, tanto en lo que respecta a los ciudadanos como a los empresarios, autónomos, inversores y profesionales.

La propia exposición de motivos de la ley enfatiza una idea, el compromiso del mantenimiento de servicios sociales universales y gratuitos tales como educación, sanidad y asuntos sociales.

La ley se estructura en seis títulos distribuidos en cincuenta y un artículos, además de dieciocho disposiciones adicionales, tres derogatorias, cuatro finales y un anexo.

Ley 11/2012, de 21 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

La situación de crisis económica actual, impone la necesidad de establecer medidas para mejorar la eficiencia de la gestión presupuestaria y conseguir el equilibrio y la estabilidad de la misma. En todo ello tienen mucho que ver las

Comunidades Autónomas, por el gran volumen de gasto que gestionan y por la coordinación que debe existir entre todas las administraciones públicas.

Por tanto, el objetivo de la presente ley es el establecimiento de principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera, responsabilidad y transparencia. En este sentido se prevé, entre otras medidas, el que anualmente y antes de que se aprueben los presupuestos generales para la región, la elaboración por parte de la Consejería de Hacienda de un marco presupuestario a medio plazo, y en el que se encuadrarán los presupuestos regionales.

También se plantean con medidas importantes y novedosas, dos mecanismos para reforzar la disciplina presupuestaria y disminuir el endeudamiento de la Comunidad Autónoma, el “Fondo de Contingencia” y el “Fondo de Reserva para Deuda”.

En lo que respecta a la **reforma del Reglamento de Castilla-La Mancha**, cabe decir que dicha reforma se publica en el DOCM el día 21 de diciembre de 2012 y que básicamente se centra en la dedicación de los miembros de las Cortes Regionales a dicha tarea y la retribución que por ello reciben.

Hasta la citada reforma, el carácter de exclusividad en la dedicación como representante de la región era algo que los propios miembros de la Cámara podían decidir voluntariamente, con la reforma lo que se propone es que sea la Mesa de la Cámara, oída la Junta de Portavoces, la que decida qué cargos concretos de la actividad parlamentaria requieren una dedicación exclusiva y por tanto con derecho a recibir un sueldo.

Dicha medida se adopta, con tantas otras, por la difícil situación económica del momento y la necesidad de adoptar medidas de ahorro y contención del gasto.

2. Actividad no legislativa durante el año 2012

En esta segunda parte se hará referencia a otras actividades llevadas a cabo por las Cortes regionales durante el mismo periodo, centrando 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. A todos ellos me referiré por orden cronológico.

- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General relativo a la instalación de un Almacén Temporal Centralizado de Residuos Radioactivos en Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 28 de 8 de febrero de 2012).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General relativo al fuerte incremento del desempleo en nuestra región en los últimos 3 meses (BOCCLM núm. 23 de 5 de marzo de 2012).
- 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 121C (BOCCLM núm. 34 de 9 de marzo de 2012).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General sobre la política llevada a cabo por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en la adquisición de equipos informáticos en el ámbito educativo (BOCCLM núm. 38 de 30 de marzo de 2012).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General relativo a la repercusión que tendrá en Castilla-la Mancha en materia de empleo la última reforma laboral aprobada por el Gobierno de España (BOCCLM núm. 38 de 30 de marzo de 2012).
- Proposición no de ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, relativa a las obras del Parador de Molina de Aragón (BOCCLM núm. 40 de 17 de abril de 2012).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General en materia de participación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en la empresa pública Don Quijote, S.A. de ámbito regional (BOCCLM núm. 40 de 17 de abril de 2012).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General en materia de reconversión del viñedo (BOCCLM núm. 40 de 17 de abril de 2012).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General relativo a la repercusión que tendrán en Castilla-La Mancha los Presupuestos Generales del Estado para 2012 aprobados por el Gobierno de España (BOCCLM núm. 40 de 17 de abril de 2012).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General relativo a la incidencia en la calidad de la enseñanza de los recortes que en materia educativa a puesto en marcha el Gobierno de la señora Cospedal (BOCCLM núm. 41 de 20 de abril de 2012).
- Proposición no de ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, relativa al proyecto de conexión desde el embalse de Alcorlo a la ETAP de Mohernando (BOCCLM núm. 43 de 30 de abril de 2012).

- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General relativo a la situación actual del sistema sanitario en Castilla- La Mancha(BOCCLM núm. 43 de 30 de abril de 2012).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General relativo al fuerte incremento del desempleo en nuestra región en los últimos meses (BOCCLM núm. 45 de 14 de mayo de 2012).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General sobre las medidas en desarrollo de la Ley 15/2011, de 15 de diciembre, de Emprendedores, Autónomos y PYMES (BOCCLM núm. 53 de 2 de julio de 2012).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General sobre el plan de pago a proveedores de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha(BOCCLM núm. 53 de 2 de julio de 2012).
- Resolución número 1, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate sobre la orientación política general del Consejo de Gobierno “Debate sobre el estado de la Región” (BOCCLM núm. 61 de 11 de septiembre de 2012).
- Resolución número 2, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate sobre la orientación política general del Consejo de Gobierno “Debate sobre el estado de la Región”(BOCCLM núm. 61 de 11 de septiembre de 2012).
- Resolución número 3, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate sobre la orientación política general del Consejo de Gobierno “Debate sobre el estado de la Región”(BOCCLM núm. 61 de 11 de septiembre de 2012).
- Resolución número 4, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate sobre la orientación política general del Consejo de Gobierno “Debate sobre el estado de la Región”(BOCCLM núm. 61 de 11 de septiembre de 2012).
- Resolución número 5, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate sobre la orientación política general del Consejo de Gobierno “Debate sobre el estado de la Región”(BOCCLM núm. 61 de 11 de septiembre de 2012).
- Resolución número 6, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate sobre la orientación política general del Consejo de Gobierno “Debate sobre el estado de la Región”(BOCCLM núm. 61 de 11 de septiembre de 2012).

- Resolución número 7, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate sobre la orientación política general del Consejo de Gobierno “Debate sobre el estado de la Región”(BOCCLM núm. 61 de 11 de septiembre de 2012).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General relativo al inicio del curso escolar (BOCCLM núm. 63 de 1 de octubre de 2012).
- Proposición no de ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, relativa a las consecuencias de los procesos de ejecución de desahucio en la región (BOCCLM núm. 64 de 5 de octubre de 2012).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General relativo a la incidencia en Castilla-La Mancha de los Decretos-Leyes 20/2012 de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, 21/2012, de 13 de julio, de medidas de liquidez de las administraciones públicas y en el ámbito financiero (BOCCLM núm. 64 de 5 de octubre de 2012).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Socialista, en relación al Debate General relativo a la incidencia en Castilla-La Mancha de los Decretos-Leyes 20/2012 de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, 21/2012, de 13 de julio, de medidas de liquidez de las administraciones públicas y en el ámbito financiero (BOCCLM núm. 64 de 5 de octubre de 2012).
- Resolución del Pleno de las Cortes sobre la Cuenta General de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, ejercicio 2008(BOCCLM núm. 64 de 5 de octubre de 2012).
- Resolución del Pleno de las Cortes sobre la Cuenta General de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, ejercicio 2009(BOCCLM núm. 64 de 5 de octubre de 2012).
- Resolución del Pleno de las Cortes sobre la Cuenta General de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, ejercicio 2010(BOCCLM núm. 64 de 5 de octubre de 2012).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General relativo a las consecuencias en Castilla-La Mancha de la publicación del Real Decreto de eliminación de las primas a la producción de energía eléctrica renovable, por el Gobierno de España (BOCCLM núm. 66 de 16 de octubre de 2012).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General relativo a las medidas adoptadas por la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales de cierre parcial de Centros Sanitarios en Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 69 de 26 de octubre de 2012).

RESEÑA DE LAS ACTIVIDAD DE LA CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA
(DE 1 DE ENERO DE 2012 A 31 DE DICIEMBRE DE 2012)

- 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 2011 (BOCCLM núm. 75 de 30 de noviembre de 2012).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General sobre las políticas para las familias que está llevando a cabo el Gobierno de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 77 de 10 de diciembre de 2012).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General sobre la situación de las listas de espera en la Sanidad de Castilla- La Mancha(BOCCLM núm. 77 de 10 de diciembre de 2012).

Resumen

Esta crónica hace referencia a la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha durante el año 2012. 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, Proposiciones 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 2012. 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 Resolutions, Motions and Propositions non-legislative.

Key words

Parlament, Autonomus Region, legislative activity and non-legislative activity.

RESEÑA DE LA ACTIVIDAD DE LA CORTES
DE CASTILLA-LA MANCHA
(DE 1 DE ENERO DE 2013 A 31 DE DICIEMBRE DE 2013)

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 2013

2. Actividad no legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha durante 2013

La presente crónica recoge las principales actividades llevadas a cabo por las Cortes de Castilla-La Mancha durante el año 2013. 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 Mociones y Resoluciones y las Proposiciones no de ley.

1. Actividad legislativa durante el año 2013.

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 2013 y 31 de diciembre de 2013. Una vez mencionadas todas ellas, también se incluye un resumen de las mismas.

Durante el año 2013 se han aprobado 10 leyes, número que ha ido disminuyendo en estos últimos años (11 en 2012, 15 en 2011 y 18 en 2010), si bien su contenido en muchos casos, tiene como punto de referencia la situación económica compleja del momento.

Concretamente las leyes aprobadas durante dicho periodo han sido:

- Ley 1/2013, de 21 de marzo, de medidas para la dinamización y flexibilización de la actividad comercial y urbanística en Castilla-La Mancha.
- Ley 2/2013, de 25 de abril, del juego y las apuestas de Castilla-La Mancha.
- Ley 3/2013, de 9 de mayo, de compensación a las víctimas del incendio de Riba de Saelices.
- Ley 4/2013, de 16 de mayo, de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha.
- Ley 5/2013, de 17 de octubre, de ordenación del servicio jurídico de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.
- Ley 6/2013, de 14 de noviembre, por la que se derogan parcialmente la Ley 8/2003, de 20 de marzo, de la Viña y el Vino de Castilla-La Mancha y totalmente la Ley 11/1999, de 26 de mayo, por la que se crea la Indicación Geográfica de Vinos de la Tierra de Castilla.
- Ley 7/2013, de 21 de noviembre, de adecuación de procedimientos administrativos y reguladora del régimen general de la declaración responsable y comunicación previa.
- Ley 8/2013, de 21 de noviembre, de Medidas Tributarias de Castilla-La Mancha.
- Ley 9/2013, de 12 de diciembre, de Acompañamiento a los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2014.
- Ley 10/2013, de 20 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2014.

Ley 1/2013, de 21 de marzo, de medidas para la dinamización y flexibilización de la actividad comercial y urbanística en Castilla-La Mancha.

Con la presente ley se trata de impulsar y flexibilizar el comercio en Castilla-La Mancha, a través de una serie de medidas que someten el emprendimiento así como la dinamización del sector comercial, con la finalidad de conseguir una recuperación económica sólida y estable.

Esta regulación es consecuencia de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, y del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que tratan de eliminar las trabas administrativas que perjudican o impiden el libre desarrollo de la actividad comercial, y la regulación de un nuevo régimen en materia de horarios comerciales y de ventas promocionales, lo que contribuirá al estímulo de la actividad y del empleo en el sector comercial.

Por tanto, la presente ley pretende un doble objetivo, por un lado la dinamización de la actividad comercial minorista y de determinados servicios, mediante la flexibilización y simplificación de los procedimientos administrativos y urbanísticos y la reducción de las limitaciones existentes para el inicio y el libre desarrollo de la actividad comercial, y por otro lado, la flexibilización del régimen general de horarios comerciales y de ventas promocionales en Castilla-La Mancha.

Será de aplicación a las actividades comerciales minoristas y de determinados servicios previstos en el anexo, realizados en establecimientos permanentes situados en el ámbito territorial de Castilla-La Mancha.

Ley 2/2013, de 25 de abril, del juego y las apuestas de Castilla-La Mancha.

En esta ley, aparte de las cautelas tradicionales por evitar, con ocasión del juego, alteraciones de orden público, fraudes o conductas adictivas, se ponen especialmente de manifiesto las nuevas preocupaciones, ligadas a la especial protección de los derechos de los menores y de los participantes en los juegos, que vienen exigidas como consecuencia de los nuevos canales electrónicos, informáticos, telemáticos o interactivos con los que el juego puede desenvolverse.

Se pretende elaborar un texto normativo más adaptado a cambios y necesidades sociales, principalmente derivados de los avances tecnológicos, apuntados anteriormente.

Por tanto, el objetivo esencial de la ley es regular, en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, el juego y las apuestas en sus distintas modalidades y, en general, todas aquellas actividades relacionadas con las mismas, tanto si se desarrollan a través de actividades humanas como mediante la utilización de aparatos automáticos o canales electrónicos, informáticos, telemáticos o interactivos, incluyendo los establecimientos donde se realice la gestión y explotación del juego y las apuestas.

La ley aclara en el artículo dos, que no será de aplicación a tres supuestos concretos: a) Los juegos o competiciones de puro pasatiempo o recreo, cuando no haya transferencias económicas, entre los participantes, o que dicha transferencia no vayan más allá de los usos sociales de carácter tradicional, familiar o amistoso. b) Las Apuestas Mutuas Deportivo-Benéficas, en los términos previstos en el artículo 31.1.21^a. del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha. c) En los términos que se concreten reglamentariamente, las máquinas de mero pasatiempo o recreo que se limitan a ofrecer al usuario un tiempo de uso o de juego a cambio del precio de la partida sin otorgar premios en metálico, aun cuando otorguen eventualmente un premio en especie o en forma de puntos canjeables, en función de la habilidad, destreza o conocimiento del jugador, tales como los de reproducción de imágenes o música, los de uso infantil, los de competición o deporte de carácter manual o mecánico, las máquinas expendedoras o las que utilicen redes informáticas para acceso a Internet de los usuarios para su entretenimiento.

Ley 3/2013, de 9 de mayo, de compensación a las víctimas del incendio de Riba de Saelices.

La elaboración de la presente ley tiene su origen en los hechos sucedidos el 16 de julio de 2005, en el paraje conocido como “Cueva de los Casares”, término municipal de Riba de Saelices, donde se inició un incendio forestal que quemó aproximadamente 13.000 hectáreas y acabó con la vida de 11 personas, trabajadores del Servicio contra Incendios de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

A partir de entonces, la Asociación de familiares de los fallecidos en el incendio de la Riba de Saelices inicia un camino de lucha incansable y admirable con el que contribuyen a que se haya producido un giro de 180 grados en nuestro país en el modo de afrontar la extinción de incendios forestales, con una ampliación de medios francamente importante y un cumplimiento de los protocolos con mayor profesionalidad que hace 7 años.

Para agradecer dicha labor, se elabora la presente ley, que se configura como una de las llamadas singulares o de caso único, en atención a la excepcionalidad y singularidad de las circunstancias concurrentes, que no pueden ser paliadas por la administración en el ejercicio de sus potestades ejecutivas mediante los instrumentos ordinarios con los que cuenta ésta y que requieren una atención del legislador, pero una atención individualizada al fin y al cabo.

Se establecen una serie de indemnizaciones para los herederos forzados de los fallecidos, que se realizarán en un pago único, si bien dicho pago nos será incompatible con las pensiones públicas que tuvieran derecho a percibir.

Ley 4/2013, de 16 de mayo, de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha.

El principal objetivo que se pretende con esta ley es conservar, proteger y enriquecer el patrimonio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Para ellos se considera que deben adoptarse diversas medidas, encaminadas hacia varios objetivos.

Por una parte es necesario actualizar el concepto de Patrimonio Cultural, y no solo comprendiendo su valor histórico, artístico, arqueológico, paleontológico, etnográfico, industrial, científico y técnico, sino también incorporando el patrimonio inmaterial.

Otros de los objetivos es crear categorías de protección propias, que supongan un mayor acercamiento a la realidad cultural de Castilla-La Mancha. Del mismo modo se pretenda elaborar un Catálogo del Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha y la regulación del Inventario de dicho Patrimonio.

Para asegurar una mayor protección y garantía del Patrimonio Cultural de la región, también se establece un nuevo régimen de inspección así como un adecuado procedimiento sancionador para los casos de incumplimiento de la ley.

Ley 5/2013, de 17 de octubre, de ordenación del servicio jurídico de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

El principal objetivo de la ley es establecer una nueva organización de los servicios jurídicos donde estos, con independencia de las distintas funciones que tienen encomendadas, constituyan una unidad de actuación al servicio de la Ad-

ministración Pública y por tanto, de los intereses generales.

Con esta norma se trata de unificar la asistencia jurídica, pues hasta la llegada de la misma, dicha asistencia podía ser de dos tipos: la ofrecida por un Gabinete Jurídico, integrado por el Cuerpo de Letrados, y la ofrecida por los Servicios Jurídicos de las Consejerías. Dicha dualidad estaba produciendo una merma, tanto de la uniformidad doctrinal en el asesoramiento, como de la defensa jurídica de los intereses generales.

Con la presente ley, los servicios jurídicos conformarán una unidad de actuación, y estarán constituidos por: a) La Dirección de los Servicios Jurídicos, b) El Gabinete Jurídico, c) Las unidades de Servicios Jurídicos de las Consejerías, que se denominarán “asesoría jurídica” en la Consejería que corresponda y d) Las unidades de Servicios Jurídicos de los organismos autónomos, que se denominarán “asesoría jurídica” en el organismo autónomo que corresponda.

Ley 6/2013, de 14 de noviembre, por la que se derogan parcialmente la Ley 8/2003, de 20 de marzo, de la Viña y el Vino de Castilla-La Mancha y totalmente la Ley 11/1999, de 26 de mayo, por la que se crea la Indicación Geográfica de Vinos de la Tierra de Castilla.

Desde el año 2003, en que se aprueba la última normativa respecto a la materia, se han producido a nivel europeo numerosas regulaciones, que han provocado un gran cambio en la OCM del Vino.

Entre las novedades producidas al respecto pueden destacarse las siguientes: la sustitución de los mecanismos de mercado por unas medidas de apoyo al sector, a ejecutar por los Estados miembros con fondos comunitarios asignados a cada uno (entre las nuevas medidas recogidas en la OCM cabe destacar el régimen de Pago Único y apoyo a los viticultores, así como la promoción en los mercados de terceros países y mejorar la competitividad del vino comunitario), la medida de la “cosecha en verde”, consistente en la eliminación total de los racimos de uva inmaduros de una parcela, se podrá financiar hasta el 50 % de la pérdida de renta y de los gastos de destrucción, el establecimiento de un sistema de apoyo a los agricultores mediante el “Seguro de Cosecha”, frente a catástrofes naturales, climatología adversa y enfermedades o plagas, la posibilidad de conceder una ayuda para la utilización del mosto de uva concentrado, destinado a incrementar la riqueza alcohólica natural del vino...

El concepto de vinos de calidad de la Unión Europea se basará en vinos con Denominación de Origen Protegida e Indicación Geográfica Protegida, que viene a sustituir, respectivamente, a los Vinos de Calidad Producidos en Regiones Determinadas y a los Vinos de Mesa con derecho a la mención Vinos de la Tierra. El procedimiento de reconocimiento se trasfiere del ámbito de la competencia de los Estados miembros, a ser competencia de la Comisión.

También se establecen nuevas normas de etiquetado y presentación, que se simplifican, y se permite que se etiqueten con añada y variedad también los vinos sin Denominación de Origen o Indicación Geográfica Protegida, con adecuados niveles de control y posibilidad de limitar la utilización de variedades notablemente vinculadas a Denominaciones de Origen. Se asegura un control adecuado de este tipo de vinos a través de mecanismos de control y certificación reconocidos internacionalmente.

Precisamente para incorporar todas las novedades procedentes de Europa, se ha considerado adecuado realizar las derogaciones que se indican en el título de la ley, para adaptar la normativa interna en la materia, a la normativa europea al respecto.

Ley 7/2013, de 21 de noviembre, de adecuación de procedimientos administrativos y reguladora del régimen general de la declaración responsable y comunicación previa.

La presente ley trata de dar cumplimiento a un compromiso adquirido por el Gobierno regional, mediante la aprobación de la medida normativa 4.1.c) del Acuerdo de Consejo de Gobierno de 24 de noviembre de 2011, en el cual aborda, como cambio necesario inmediato a emprender por la Administración Regional, la simplificación administrativa, para reducir las barreras y cargas derivadas de la actividad burocrática, contribuyendo a la liberalización económica, el fomento de la iniciativa privada y la libre competencia.

Dicha ley tiene un doble objetivo, por una parte determinar los plazos máximos de resolución y fijar el sentido del silencio administrativo de determinados procedimientos que se tramitan por la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Por otra parte, también regula el régimen general de las declaraciones responsables y comunicaciones previas.

En cuanto al ámbito de aplicación, se circunscribe a aquellos procedimientos sobre los que la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Man-

cha ostenta competencias normativas, tanto respecto del silencio administrativo, como de los plazos de resolución y notificación.

Los procedimientos concretos que se regulan son los siguientes: a) Procedimientos para los que se establece un silencio administrativo desestimatorio. b) Procedimientos que tienen un plazo de resolución y notificación superior a seis meses. c) Procedimientos que, aun teniendo un plazo de resolución y notificación igual o inferior a seis meses, tienen sentido estimatorio del silencio fijado por normativa de la Administración Autonómica o sentido desestimatorio del silencio fijado por normativa básica estatal.

Con ella se reducen plazos y se modifica el silencio administrativo en un número significativo de procedimientos, manteniendo únicamente el silencio desestimatorio en aquellos procedimientos en los que resulta justificado por razones imperiosas de interés general. Por otra parte, autoriza a la norma reglamentaria para que siga, con la necesaria flexibilidad, el camino emprendido, imponiendo obligaciones anuales al Consejo de Gobierno en ese sentido. Asimismo, se establece el plazo de resolución específico de un conjunto de procedimientos que carecen de plazo de resolución. Por otro lado, se establece un régimen general de las declaraciones responsables y comunicaciones previas, con la finalidad de facilitar a la legislación sectorial el cambio de las técnicas de control administrativo previo a nuevas fórmulas de control “a posteriori”.

Ley 8/2013, de 21 de noviembre, de Medidas Tributarias de Castilla-La Mancha.

La presente ley regula y sistematiza las medidas en materia de tributos cedidos por el Estado que son directamente aplicables por los contribuyentes en las declaraciones o autoliquidaciones que deben presentar ante la Administración Tributaria, adoptadas en ejercicio de la capacidad normativa reconocida por las disposiciones anteriormente reseñadas.

En el texto legal se establecen importantes medidas tributarias que favorecen a la familia, a las personas con discapacidad y al sector empresarial de la región, sin olvidar aquellas que constituyen un estímulo a la cooperación para el desarrollo. Se aprueban nuevas medidas en materia de tributos cedidos y se recogen todas las disposiciones sobre la materia, vigentes a su fecha, en particular las contenidas en la Ley 9/2008, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Tributos Cedidos, que expresamente se deroga.

Concretamente hace referencia a los siguientes impuestos:

- Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
- Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
- Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
- Tributos sobre el juego

Ley 9/2013, de 12 de diciembre, de Acompañamiento a los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2014.

Con la presente ley se pretende completar el marco de actuación de la Administración Regional en lo que respecta a los objetivos de política económica establecidos en la ley de presupuestos. Se trata de una serie de instrumentos necesarios para el cumplimiento de dichos fines, que al no ser contenido propio de la ley de presupuestos, se regulan en una norma independiente.

El artículo primero contiene la modificación de la Ley 11/2012, de 21 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para adecuarla a criterios que han sido precisados recientemente por la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos.

El artículo segundo incluye una modificación del texto refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, aprobado por Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre. Con la modificación propuesta, se persigue intensificar el control del gasto público.

El artículo tercero contiene la modificación de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha en la que se regulan las siguientes cuestiones: se precisa el concepto de relación de puestos de trabajo para diferenciarlo claramente del de plantilla presupuestaria, se modifica el permiso de paternidad para ajustarlo a establecido con carácter general en la normativa estatal y se pasa a considerar la provincia en todos los casos como unidad a efectos de elecciones a representantes del personal.

El artículo cuarto contiene una modificación de la Ley 6/2012, de 2 de agosto, de acompañamiento de la Ley 1/2012, de 21 de febrero, de Medidas Complementarias para la Aplicación del Plan de Garantías de los Servicios Sociales Básicos de Castilla-La Mancha, exceptuando de la adscripción a la Dirección General de Telecomunicaciones y Nuevas Tecnologías al personal perteneciente al Organismo Pagador de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que continuará

adscrito a la Consejería de Agricultura por razón de la especialidad técnica, que incide en la eficiencia en la prestación del servicio.

El artículo quinto aborda una modificación de la Ley 1/2005, de 7 de abril, de los Consejos de la Juventud de Castilla-La Mancha, que se completa en la Disposición derogatoria con la extinción del Consejo de la Juventud de Castilla-La Mancha, dejando sin efectos el título I, la disposición adicional primera, en lo relativo al Consejo de la Juventud de Castilla-La Mancha y la disposición adicional segunda de la citada Ley 1/2005.

Asimismo, con una disposición adicional sobre suspensión del apartado 2.5 del “Plan para la conciliación de la vida familiar y laboral de las empleadas y empleados públicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha”, con la finalidad de que este tipo de permiso sea idéntico para todos los tipos de empleados públicos, y otra disposición adicional relativa a las exenciones de rifas y tómbolas.

Ley 10/2013, de 20 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2014.

A través de la presente ley se aprueban los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2014. Dichos presupuestos son los primeros que se elaboran tras la entrada en vigor de la Ley 11/2012, de 21 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. A partir de la misma, y en consonancia con la legislación estatal al respecto, se incide en la necesidad de que las finanzas públicas sean gestionadas bajo los principios de estabilidad presupuestaria a lo largo del ciclo económico, sostenibilidad financiera, responsabilidad y transparencia.

Estos presupuestos se integran en un marco de planificación presupuestaria plurianual 2014-2016, que desarrolla una estrategia y una senda para hacer compatible el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera con la recuperación de la economía y el empleo.

La consecución del equilibrio estructural en las cuentas públicas implica, en el contexto económico actual, incidir en una asignación más eficiente de los recursos públicos disponibles, a partir de una estimación prudente de los ingresos procedentes tanto del actual sistema de financiación de las Comunidades Autónomas, como de tributos y recursos propios, fondos provenientes de la Unión Europea y otras fuentes.

El cumplimiento del objetivo de estabilidad, evitando incrementar la presión fiscal, supone un esfuerzo que ha de ser compatible con la realización de políticas de incentivación e inversiones, que ayuden al crecimiento de la economía de la región a corto y medio plazo, y con la prestación de unos servicios públicos básicos de calidad.

Para ello, se articulan unas dotaciones presupuestarias destinadas a financiar una política sanitaria pública, gratuita y de calidad; una política educativa basada en la excelencia, la lucha contra el fracaso escolar y la promoción del bilingüismo; y una política de protección y asistencia social centrada en los colectivos más necesitados.

2. Actividad no legislativa durante el año 2013.

En esta segunda parte se hará referencia a otras actividades llevadas a cabo por las Cortes regionales durante el mismo periodo, centrándose 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. Se hará referencia a todos ellos por orden cronológico.

- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General relativo a la evolución del desempleo en Castilla-La Mancha.
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General sobre la Atención Sanitaria Urgente y Continuada en las zonas básicas de salud de Castilla-La Mancha.
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General relativo a la política de estabilidad presupuestaria. (BOCCLM núm. 82 de 8 de febrero de 2013).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General relativo al Servicio público de Transporte Sanitario Terrestre en Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 84 de 15 de febrero de 2013).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General relativo a las listas de espera en la sanidad de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 98 de 20 de mayo de 2013).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General relativo a las actuaciones desarrolladas por el Consejo de Gobierno en relación a la composición de los Órganos de Gobierno de la Confederación Hidrográfica del Júcar (BOCCLM núm. 99 de 28 de mayo de 2013).

- Proposición no de Ley 08/PNLP-00084, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, relativa al modelo español de farmacia (BOCCLM núm. 102 de 17 de junio de 2013).
- Proposición no de Ley 08/PNLP-00085, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, relativa a la creación de la figura de la Comisión Especial de Servicio para docentes con discapacidad o por motivos graves de salud.
- Proposición no de Ley 08/PNLP-00086, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, relativa a la conmemoración del IV centenario de la edición de la segunda parte de “El ingenioso caballero don Quijote de la Mancha”.
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General relativo a implantación del llamado modelo público-privado en los hospitales de Castilla-La Mancha.
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General relativo a los comedores escolares en Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 103 de 25 de junio de 2013).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General relativo a las medidas para el fomento del empleo en Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 104 de 28 de junio de 2013).
- Resolución número 1, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate sobre la orientación política general del Consejo de Gobierno “Debate sobre el estado de la Región”.
- Resolución número 2, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate sobre la orientación política general del Consejo de Gobierno “Debate sobre el estado de la Región”.
- Resolución número 3, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate sobre la orientación política general del Consejo de Gobierno “Debate sobre el estado de la Región”.
- Resolución número 4, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate sobre la orientación política general del Consejo de Gobierno “Debate sobre el estado de la Región”.
- Resolución número 5, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate sobre la orientación política general del Consejo de Gobierno “Debate sobre el estado de la Región”.
- Resolución número 6, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate sobre la orientación política general del Consejo de Gobierno “Debate sobre el estado de la Región”.
- Resolución número 7, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate sobre la orientación política general del Consejo de Gobierno “Debate sobre el estado de la Región”. (BOCCLM núm. 109 de 9 de septiembre de 2013).

RESEÑA DE LAS ACTIVIDAD DE LA CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA
(DE 1 DE ENERO DE 2013 A 31 DE DICIEMBRE DE 2013)

- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General relativo a la cuenca hidrográfica del Tajo.
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación a la Comunicación del Consejo de Gobierno relativa al límite máximo de gasto no financiero para los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el ejercicio 2014. (BOC-CLM núm. 112 de 24 de septiembre de 2013).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General relativo al inicio del curso escolar 2013-2014 (se acumulan las siguientes iniciativas parlamentarias (BOC-CLM núm. 113 de 1 de octubre de 2013).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General relativo a la repercusión que va a tener sobre los pensionistas de Castilla-La Mancha la aprobación del Proyecto de Ley Reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social, expediente (BOCCLM núm. 118 de 14 de octubre de 2013).
- Resolución del Pleno de las Cortes sobre la Cuenta General de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, ejercicio 2011.
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General relativo al Programa 422C “Enseñanza universitaria”. (BOCCLM núm. 119 de 22 de octubre de 2013).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General relativo a la aplicación en Castilla-La Mancha de las nuevas condiciones de financiación de medicamentos incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud mediante la asignación de aportación del usuario (BOCCLM núm. 124 de 19 de noviembre de 2013).
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General sobre la posición del Gobierno Regional en relación a la revisión del Plan Hidrológico de la Cuenca Hidrográfica del Segura.
- Resolución del Pleno de las Cortes, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, en relación al Debate General relativo a las consecuencias que va a tener para Castilla-La Mancha la firma del acuerdo sobre el Memorándum del Trasvase Tajo-Segura. (BOCCLM núm. 127 de 3 de diciembre).

También cabe reseñar, por la importancia del asunto, que se ha presentado una Propuesta para la reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (BCCLM núm. 106 de 24 de julio de 2013).

Resumen

Esta crónica hace referencia a la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha durante el año 2013. 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, Mociones y Proposiciones no de Ley.

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 2013. 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 Resolutions, Motions and Propositions non-legislative.

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

Nuevamente en este año, siguiendo con el trabajo realizado en periodos anteriores, se efectúa un resumen de la labor del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en el año 2011, 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-.

Singularmente en este periodo, y debido a las excepcionales circunstancias acaecidas, no sólo por la celebración de elecciones a Cortes de Castilla-La Mancha, sino también por el cambio de signo político en el gobierno autonómico -lo que ha provocado una ruptura lógica y temporal en la continuidad legislativa de las Cortes Regionales-, el Consejo tan sólo ha emitido cuatro dictámenes sobre Anteproyectos de Ley.

Teniendo en cuenta el reducido número de tales dictámenes, en la exposición que se realizará se recogerá la doctrina más destacable contenida en los mismos, sin atender al carácter esencial o no otorgado a las observaciones vertidas sobre los asuntos sometidos a la consideración del Consejo Consultivo.

Como ha venido siendo habitual en anteriores ocasiones, 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 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 8/2011, de 19 de enero, solicitado por la Consejería de Ordenación del Territorio y Vivienda, sobre el anteproyecto de Ley del Consejo del Agua de Castilla-La Mancha.

En la Memoria elaborada en la tramitación de la norma, se contenía la finalidad de su aprobación, consistente fundamentalmente en hacer efectivas las previsiones establecidas en el artículo 3.3 de la Ley 6/2009, de 17 de diciembre, de creación de la Agencia del Agua de Castilla-La Mancha, en orden a la constitución de un nuevo órgano consultivo y de participación en materia del agua que asumiera las funciones del Consejo del Agua de Castilla-La Mancha, que venía

siendo regulado por el Decreto 41/2006, de 18 de abril, y ello con el fin de que en dicho órgano de consulta “*estén representados todas las administraciones públicas, agentes, sectores y usuarios y el público en general, con la finalidad de conseguir una mayor eficacia en las políticas regionales en materia de agua*”. Se puntuizaba, además, que los cometidos del Consejo del Agua de Castilla-La Mancha que se creara serían coincidentes con los que venía desempeñando el que existía, agregándose a éstos la función de participación directa y activa en la planificación hidrológica que realizase el Estado, mediante la emisión de informe sobre cuantos documentos fueran sometidos a información pública.

El dictamen emitido por el Consejo Consultivo tan sólo realizó observaciones al texto del anteproyecto sobre cuestiones de orden conceptual, de técnica y sistemática normativa o simples extremos de redacción, sin carácter esencial, y en beneficio de la calidad técnica de la disposición.

Por lo tanto, lo destacable de la doctrina contenida en el citado dictamen lo constituye la exposición del marco competencial y normativo en el que operaría la norma proyectada, respecto al cual, se indicó que el objeto de la norma legal proyectada se vinculaba con los siguientes títulos competenciales exclusivos de la Comunidad Autónoma, contenidos en artículo 31.1 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma: ordenación del territorio, urbanismo y vivienda; obras públicas de interés para la región, dentro de su propio territorio, que no sean de interés general del Estado ni afecten a otra Comunidad Autónoma; agricultura, ganadería e industrias agroalimentarias, de acuerdo con la ordenación general de la economía; proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés para la región; aguas minerales y termales; aguas subterráneas cuando discurren íntegramente por el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma; ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurren íntegramente por el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma; caza y pesca fluvial. Acuicultura; y planificación de la actividad económica y fomento del desarrollo económico de la región, dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional y del sector público económico de Castilla-La Mancha.

Igualmente, se hacía referencia a la competencia autonómica establecida en el artículo 32. 7 del citado texto estatutario, en virtud del cual corresponde a la Comunidad Autónoma, en el marco de la legislación básica estatal, el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de protección del medio ambiente y de los ecosistemas, así como dictar normas adicionales de protección.

También se hizo referencia a la competencia contenida en el artículo 31.1 del texto estatutario, donde se hace alusión a la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma para llevar a cabo la determinación de su organización y el régimen de funcionamiento de sus instituciones de autogobierno, dentro del cual cabría considerar incluida la facultad de crear entes instrumentales dotados de personalidad jurídica diferenciada, así como la de establecer la estructura orgánica y cometidos de los mismos.

En cuanto al marco constitucional y legal estatal en materia de aguas, se hizo referencia al artículo 149.1.22^a de la Constitución, que atribuía al Estado la competencia exclusiva sobre la *“legislación, ordenación de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurren por más de una Comunidad Autónoma”*; y al Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Aguas.

Por último, en el ámbito autonómico se mencionaba la Ley 12/2002, de 27 de junio, reguladora del ciclo integral del agua de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, en cuyo Capítulo II del Título I se reguló la entidad de Derecho Público “Aguas de Castilla-La Mancha”, -que con la nueva norma recibía nueva denominación y se integraba ahora en la estructura de la Agencia del Agua de Castilla-La Mancha-, como “Infraestructuras del Agua de Castilla-La Mancha”, por medio de la disposición adicional primera de la citada Ley 6/2009, de 17 de diciembre, por la que se creó la “Agencia del Agua de Castilla-La Mancha”. En esta última Ley se localizan los principales referentes legales de la iniciativa examinada, puesto que el anteproyecto analizado pretendía regular el órgano consultivo y de participación previsto en el artículo 3.3 del referido cuerpo legal.

El proyecto de Ley fue finalmente aprobado mediante Ley 8/2011, de 21 de marzo, del Consejo del Agua de Castilla-La Mancha, siendo atendidas las observaciones efectuadas por el Consejo Consultivo.

- Dictamen número 207/2011, de 27 de septiembre, solicitado por la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, sobre el anteproyecto de Ley de Supresión del Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha.

Las líneas generales de la ley proyectada se indicaban en la correspondiente Memoria del proyecto, indicándose que *“el Gobierno Regional, en el ejercicio de su potestad de autoorganización, considera oportuno crear otro espacio de diálogo con los agentes sociales y económicos, en un marco de debate, eliminando el coste económico que generaba el Consejo Económico y Social de Castilla-La*

Mancha, con un presupuesto de 1.113.730,0 Euros para el año 2011, ya que las funciones encomendadas al Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha, pueden ser plenamente asumidas a través de otros mecanismos que garanticen la participación de los agentes sociales y económicos en la toma de decisiones”.

Como ocurre con el dictamen anterior, tampoco en este caso se realizaron observaciones de carácter esencial al texto sometido a consideración, destacándose, de la doctrina establecida en el mismo, determinadas observaciones que pretendían contribuir a mejorar tanto la comprensión de la norma como su posterior aplicación.

En primer término, y sobre la calificación que el texto atribuía a las disposiciones, el Consejo se planteaba si su denominación, -siendo cuatro disposiciones adicionales, una derogatoria y una final-, sería la más ajustada a las reglas recogidas a ese efecto en las Directrices de Técnica Normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005. Por ello, el órgano consultivo realizó las siguientes observaciones: [] “a) *Con arreglo a los criterios propuestos en las citadas Directrices -Regla número 40-, cabe entender que en las dos primeras disposiciones adicionales predomina el carácter de normas facilitadoras del tránsito al régimen jurídico previsto en la nueva regulación, ya que se hallan más visiblemente orientadas a regular de modo autónomo y provisional situaciones jurídicas que se van a producir después de su entrada en vigor, en relación con el personal de la entidad y el fin de su régimen patrimonial. Por ello, conforme a las pautas de prevalencia expresadas en la Regla número 35, entiende este Consejo que dichas disposiciones adicionales deberían ser recalificadas como disposiciones transitorias. [] b) Segundo esos mismos criterios técnicos -Reglas número 42.e) y 35-, las previsiones de las disposiciones adicionales tercera y cuarta merecerían ser conceptuadas como disposiciones finales, en tanto que contienen mandatos o encomiendas de actuación residenciados en las Consejerías competentes en materia de economía y hacienda y función pública, respecto a modificaciones presupuestarias y alteración de las relaciones de puestos de trabajo, respectivamente”.*

En segundo lugar, y respecto a la disposición adicional primera, -que establecía que “*la adscripción del personal que estuviera prestando sus servicios en el Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, en los casos que proceda, se efectuará de conformidad con el régimen jurídico aplicable a dicho personal*”-, el dictamen propuso una redacción alternativa, teniendo en cuenta que sólo los seis funcionarios de carrera que prestaban servicio en el Consejo Económico y Social, de acuerdo con la normativa de aplicación, podían ser adscritos a otros puestos en la Administración regional.

En tercer lugar, el Consejo entendió que la redacción de la disposición adicional cuarta daba a entender que existía un único órgano competente para aprobar las modificaciones de las relaciones de puestos de trabajo, cuando, “*según se determina en el artículo 32 de la Ley 16/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2011, la competencia para la aprobación, así como sus modificaciones, de las relaciones de puestos de trabajo corresponde al Consejo de Gobierno en el supuesto de que afecten a un puesto tipo, o al titular de la Consejería competente en materia de función pública en los demás casos*”. Por ello, se estimó que debería cambiarse la redacción del inciso inicial de dicha disposición sustituyendo la expresión “*La Consejería competente*”, por “*El órgano competente*”, “*al objeto de dejar más libertad a la Administración a la hora de adoptar las medidas previas que pudieren resultar necesarias para adaptarlas a lo establecido en la Ley*”.

El texto definitivo de la Ley 13/2011, de 3 de noviembre, de Supresión del Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha, atendió cuantas observaciones y recomendaciones fueron efectuadas por el Consejo Consultivo en su dictamen.

- Dictamen número 206/2011, de 27 de septiembre, solicitado por la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, sobre el anteproyecto de Ley de Supresión del Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha.

En la Exposición de Motivos del anteproyecto se justificaba la iniciativa señalando que “*la multiplicidad de instituciones autonómicas, supone, sin duda, un ataque a la eficiencia administrativa y una duplicidad de gastos de difícil justificación*”, agregando que “*la supresión del Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha en ningún caso supondrá una merma de los derechos de los ciudadanos, por poder éstos acudir siempre al Defensor del pueblo estatal. Estas razones de austeridad del gasto, de mayor eficiencia y de duplicidad innecesaria de esta Institución, al existir la Defensoría estatal que hace la misma labor, imponen la supresión de la institución*”.

El texto de la norma sometida a dictamen no fue acreedor de ninguna objeción de carácter esencial, tan sólo de técnica normativa o simples extremos de redacción. Sin embargo se realizaron diversas observaciones al objeto perseguido con la iniciativa legislativa examinada, que a continuación se pasa a exponer.

En primer lugar, el Consejo consideró que no era su tarea “*entrar en consideraciones de oportunidad que no le han sido solicitadas y el hecho incuestionable*

es que el Gobierno regional, como director de la política interior, pretende elevar un proyecto de ley de supresión del Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha, que es la finalidad última contrastada hace escasos meses con la voluntad del cuerpo electoral de Castilla-La Mancha, y por sus representantes, a través del otorgamiento de la confianza sobre un programa de gobierno presentado en una sesión de investidura con reflejo en sede parlamentaria, y que expresamente marca esa intención”.

A continuación, en el dictamen se destacaron tres consideraciones sobre el contenido del artículo único del texto de la disposición sometido a consulta:

1.- La aprobación de la Ley supondría la desaparición de un órgano comisionado de la cámara parlamentaria, por lo que el Consejo entendió que la supresión del Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha no revestiría problema alguno si “*la cámara que en su día determinó tener un brazo adicional, un elemento específico para atender una materia concreta, decidirá en su caso retirar esa comisión y asumirla como propia junto con el resto de las que le corresponden estatutariamente*”.

2.- La labor fundamental del Defensor del Pueblo regional coincidía sustancialmente con la desarrollada por el Defensor del Pueblo estatal, y con ello, la garantía adicional que esta última institución, consagrada constitucionalmente por el artículo 54, despliega sobre los derechos de todos los ciudadanos de Castilla-La Mancha, posibilitando que no exista merma alguna en la protección de los derechos de los castellano-manchegos. Concluía el dictamen indicado a este respecto que resultaba evidente “*que la supresión de esta referencia autonómica de naturaleza adicional o acólita, en ningún momento afecta, ni siquiera remotamente, el régimen de protección y garantías de los derechos ciudadanos frente a las administraciones o frente a terceros*”.

3.- Por último, el Consejo destacó que “*el instituto del Defensor del Pueblo en Castilla-La Mancha carece de una garantía institucional de permanencia con base en el Estatuto de Autonomía. Su contenido clave o imagen maestra, se configuró por norma con rango de ley, y ahora por ley también se articula su desaparición*”. Concluyendo a este respecto que “*en este campo de los derechos y libertades es inaplicable cualquier llamamiento que desde la óptica jurídico-institucional, tenga base alguna en la jurisprudencia constitucional u ordinaria, para sostener que la garantía de los derechos consagrados en el Título I de la Constitución, deba ser objeto de tratamiento desde las Comunidades Autónomas a partir del principio de descentralización (o menos aún desde el de subsidiariedad)*”.

dad) cuando existe un órgano de competencia estatal que no pierde sus funciones en este campo, y la materia de la que trata, es de competencia del Estado”.

El anteproyecto presentado por el Gobierno fue finalmente aprobado por Ley 12/2011, de 3 de noviembre, de supresión del Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha, atendiendo a las consideraciones efectuadas en el dictamen referenciado.

- Dictamen número 240/2011, de 19 de octubre, solicitado por la Consejería de Empleo, sobre el anteproyecto de Ley de Emprendedores, Autónomos y Pymes.

Según la Memoria contenida en el expediente remitido a este Consejo, la aprobación de esta norma con rango de ley perseguía los siguientes objetivos específicos: *“Fomentar la cultura de la figura del emprendedor en el ámbito de la educación [...] Conseguir la simplificación administrativa y la coordinación con las diferentes administraciones [...] Determinar las necesidades del mercado presente y futuro a fin de adaptar las medidas de fomento de empleo y de apoyo a los emprendedores, permitiendo el desarrollo económico de la región, para lo que se crea el Observatorio Regional de Mercado [...] Garantizar la prevención de Riesgos Laborales a través de medidas de promoción tanto a autónomos como a pymes. [...] Establecer una línea de subvención para cofinanciar el concierto que se suscriba [...] promover el asociacionismo como medida de tutela de los emprendedores y establecer y coordinar ayudas económicas. [...] Priorizar deudas como medida financiera, así como favorecer las condiciones tendentes a favorecer contactos de los emprendedores con los “business angels” o con los inversores privados y promocionar puntos de encuentro. [...] Se prevén instrumentos para la internacionalización de las empresas emprendedoras de nuestra región y programas de apoyo a la formación. [...] Potenciación de acciones de flexibilización que permitan conciliar la vida familiar, laboral y personal”.*

En síntesis, el anteproyecto contenía medidas de variada índole, con el común objetivo de promover el espíritu emprendedor, y apoyar a los trabajadores autónomos y a las pequeñas y medianas empresas desde distintos ámbitos de la actuación administrativa.

Antes de entrar a valorar el texto sometido a consulta de manera detallada, en el dictamen se realizó una consideración de carácter general sobre técnica legislativa, en la que se indicaba lo siguiente: *“la técnica de leyes “transversales”, cada vez más frecuente, ofrece ventajas para proporcionar mayor coherencia a determinadas políticas públicas que se quieren potenciar de un modo especial, concentrando medios y recursos establecidos y regulados en distintos ámbitos de*

la producción normativa. [] Sin embargo tampoco se oculta que este tipo de leyes a veces pueden presentar ciertos inconvenientes que dan lugar a problemas de seguridad jurídica por la dificultad de articular políticas transversales y políticas sectoriales, y llevar a cabo una adecuada inserción de las normas transversales en las especiales afectadas por las primeras. [] Esta problemática ya la puso de manifiesto este Consejo con ocasión de su dictamen 128/2010, de 14 de julio, relativo al anteproyecto de Ley de la Seguridad y Salud en el Trabajo en Castilla-La Mancha, donde se hacía referencia al razonamiento realizado por el Consejo de Estado en su dictamen 803/2006, referido al anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre Hombres y Mujeres, al afirmar que “La técnica legislativa adoptada supone que una ley transversal, tratando de potenciar un determinado objetivo, no limita su regulación a un articulado que orienta hacia ese objetivo el conjunto de las actuaciones públicas en distintos ámbitos; sino que, además, introduce modificaciones en las leyes sectoriales, destacando ese objetivo por encima de los que, en su momento, fueron valorados por el legislador sectorial. Este efecto no es objetable en sí mismo, pero resulta necesario que el “legislador transversal” (o el órgano que impulse el proyecto normativo correspondiente) tome conciencia de que la priorización de su propio objetivo, natural y lógica en el seno de la propia ley transversal, puede no serlo siempre en la ley sectorial que tal vez debe atender, de forma equilibrada, a distintos objetivos o valores que han de articularse adecuadamente”. [] A fin de minimizar los efectos negativos que sobre la seguridad jurídica pueden derivar de las normas “transversales”, preservando las ventajas que tiene esta forma de abordar determinadas materias, puede a veces convenir que las modificaciones directas de leyes sectoriales se incorporen al texto, a través de disposiciones adicionales modificativas de las Leyes correspondientes, cuando sea posible, y con la incorporación de una referencia a las propias normas sectoriales que, sin ser modificadas directamente, sí resultan afectadas por la nueva normativa. [...] Por otra parte la voluntad de concretar en una ley transversal una determinada política pública (en este caso el apoyo a emprendedores y pymes) implica necesariamente tener como referencia un amplio marco normativo en el que se insertan disposiciones generales de distinto rango tanto estatales como autonómicas. Por ello el impulso que la norma proyectada vaya a dar a la finalidad perseguida depende en buena parte de la precisa definición del objeto (sea éste general o restringido) y de la más concreta delimitación del ámbito subjetivo de aplicación; de la concreción que haga en sus mandatos sobre los ya establecidos por la legislación sectorial y sobre sus destinatarios; finalmente de la articulación de los medios instrumentales que disponga con los ya existentes y de la identificación de los destinatarios de los mandatos que incorpore”.

En cuanto a examen pormenorizado del texto del anteproyecto sometido a dictamen, el Consejo realizó varias observaciones a las que se atribuyó carácter esencial, al poder afectar a la validez de la norma que finalmente se dictara.

En primer término, se entendió que la redacción dada al artículo 15, regulador del objeto del Observatorio Regional de Mercado, no establecía con claridad si este órgano iba a desempeñar tan sólo una función consultiva mediante la realización de estudios y la emisión de informes o también ejecutivas, por lo que no quedarían determinadas las competencias que fuera a ejercer ni las funciones que vaya a desarrollar.

Así, el órgano consultivo consideró que dicho precepto no cumplía con uno de los requisitos que el artículo 11 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, precepto de carácter básico, que dispone que en su apartado 2 que “*la creación de cualquier órgano administrativo exigirá el cumplimiento de los siguientes requisitos: [...] b) Delimitación de funciones y competencias*”.

En consecuencia, el Consejo Consultivo recomendó completar la regulación del Observatorio Regional de Mercado, mediante la inclusión de un precepto que estableciera las competencias y delimitara las funciones que se atribuían a dicho órgano.

En segundo lugar, y respecto al contenido del artículo 31, referido a la compensación de deudas, se recordó que la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, establece que entre los medios de extinción de las deudas tributarias se encuentra la compensación. Según el apartado 1 del artículo 71 de dicha Ley, “*las deudas tributarias de un obligado tributario podrán extinguirse total o parcialmente por compensación con créditos reconocidos por acto administrativo a favor del mismo obligado, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan*”, pudiéndose acordar la compensación de oficio o a instancia del obligado tributario, en este último caso, tanto en el periodo voluntario como el ejecutivo, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 56 del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación.

Continuaba el dictamen considerando que “*se recoge en el ámbito tributario el instituto de la compensación como forma de extinción de las obligaciones, de igual modo que en el ámbito jurídico-privado se prevé en los artículos 1.195 a 1.202 del Código Civil. En uno y otro caso la compensación en la cantidad concurrente de las obligaciones de aquellas personas que por derecho propio sean recíprocamente acreedoras y deudoras las unas de las otras. [] En el ámbito*

autonómico, la compensación como forma de extinción de las deudas se recoge en el artículo 22.5 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, aprobado por Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre, si bien únicamente referida a aquellas que otras entidades de Derecho público tengan con la Comunidad Autónoma, regulándose también en los artículos 14 a 16 del Decreto 120/2010, de 6 de julio, regulador de la Recaudación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, el cual dedica el primero de ellos a la compensación a instancia del obligado al pago, el 15 a la compensación de oficio y el 16 a la determinación de los órganos competentes para resolver la compensación. [] La regulación que se contiene en la normativa básica sobre la compensación, exige que el crédito que los interesados pretendan compensar con las deudas que tengan con la Administración esté reconocido por acto administrativo a su favor y que se den las demás características exigibles a la compensación. Hay que decir además que no se contempla ninguna restricción en función del obligado al pago”.

Por todo ello, el Consejo entendió que el primer inciso del artículo 31, sobre “*las empresas creadas por emprendedores*”, podía dar lugar a inseguridad jurídica, al infringir la normativa básica tributaria si con dicha expresión se entendiese que únicamente estas empresas tienen derecho a la compensación de deudas. Añadía el dictamen que también era necesario precisar que “*el derecho a compensar los créditos*” al que se refería el citado artículo no lo era en términos absolutos, sino en el modo establecido en la legislación tributaria citada.

También se consideró contrario a lo establecido en la normativa básica estatal “*la limitación de la compensación a los tres primeros años de actividad, ya que dicha forma de extinción de deudas con la Administración no tiene un periodo específico durante el que se pueda ejercer, salvo que se esté declarado en situación concursal, que habrá de estarse a lo determinado en la legislación concursal; y asimismo resulta contraria a la voluntad que anima el anteproyecto puesto que la pretensión de apoyo se convierte en el tenor literal de este precepto en una medida restrictiva de una facultad ya reconocida por la legislación vigente*”.

Así, en el dictamen se recomendó, con el fin de favorecer la posición de los emprendedores en lo referente a la compensación de deudas, de los límites de la competencia que corresponde a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que “*aunque no tenga título competencial que le permita modificar la regulación legal contenida en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, sí puede, en cambio, desarrollar el procedimiento de compensación, de oficio o a instancia de parte, de*

forma que, siendo respetuoso con las exigencias legales, facilite la compensación de deudas de los destinatarios de esta Ley. A tal efecto se sugiere que en la Ley se contenga un mandato al Consejo de Gobierno para que en el plazo que se estime pertinente -podrían ser seis meses-, modifique el Decreto 182/2010, de 6 de junio, al objeto de regular un procedimiento abreviado de compensación de deudas a las empresas creadas por emprendedores cuanto éste se inicie a solicitud de los destinatarios de la Ley, en el que de forma expresa establezca el plazo de resolución”.

Por último, en cuanto a la priorización de deudas establecida en el artículo 32 del anteproyecto, el Consejo Consultivo entendió que en su primer párrafo se calificaba de “deudas prioritarias” las contraídas por la Administración Regional con los autónomos y las microempresas emprendedoras; y en el segundo, se vinculaba esa “priorización de deudas” al establecimiento (“gozarán”) de un “derecho de cobro preferente”; se consideraba así que la literalidad del precepto era inequívoca al calificar unas deudas como prioritarias y establecer un derecho de cobro preferente en materia regulada en el Título XVII del Código Civil, por lo que existía una “falta de título competencial de la Junta al respecto, aunque no sea la voluntad del autor de la proyectada norma incidir en un ámbito competencial que no le corresponde, dado que lo normado corresponde al ámbito competencial del Estado, en virtud de las reglas del artículo 149.1. 6^a, 8^a y 18^a de la Constitución; y cuanto menos advertir de la inseguridad jurídica que en su redacción actual genera para las relaciones entre el aplicador del precepto y el supuesto beneficiario del mismo, que pretendiera hacer efectivo su “derecho de cobro preferente”.

Se aconsejaba por ello que “si lo que se pretende “no es establecer su priorización” (de las deudas) sino tan solo “ordenar los pagos”, [...] debería regularse de forma explícita. Pero incluso en ese caso habría de hacerse objeto de examen la redacción del precepto, tanto desde la perspectiva competencial, como desde su conformidad con el precepto estatal básico contenido en el artículo 74.2 (de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) “En el despacho de los expedientes se guardará el orden riguroso de incoación en asuntos de homogénea naturaleza, salvo que por el titular de la unidad administrativa se dé orden motivada en contrario, de la que quede constancia. El incumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria del infractor o, en su caso, será causa de remoción del puesto de trabajo”.

Por lo que respecta al inciso final del segundo párrafo del mencionado artículo, que tenía un contenido preceptivo específico que se incluía en el ámbito competencial de la Junta y que constituía una ventaja para los afectados, en el dictamen se entendió que procedería “*dedicar este artículo en exclusiva al precepto que establece un plazo máximo de pago de 30 días, que acorta el actualmente obligado por la Disposición Transitoria 8^a de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; conviene una redacción más amplia y precisa respecto al cómputo del mismo que la que se hace en el texto actual contenido en el último inciso del párrafo segundo; redacción que además podría contener un mandato a la Consejería de Economía y Hacienda para arbitrar procedimentalmente el modo de hacer efectivo este precepto*”.

El Proyecto de Ley fue aprobado por las Cortes Regionales mediante Ley 15/2011, de 15 de diciembre de 2011, de Emprendedores, Autónomos y Pymes, habiendo sido tenidas en cuenta las observaciones esenciales manifestadas por el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en su dictamen.

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

En el año 2012 la labor del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha desplegada en el ejercicio de sus competencias constitucionales y estatutarias -atribuidas por la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, que regula dicho órgano y el gobierno de nuestra comunidad autónoma- ha consistido en la emisión de once dictámenes sobre Anteproyectos de Ley, que el Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha ha sometido a la consideración de este órgano consultivo antes de su aprobación por las Cortes Regionales.

En la exposición que se realizará sobre la doctrina más relevante establecida por estos dictámenes, se recogerá una síntesis del contenido de cinco de los mismos; en cuatro de ellos, el Consejo Consultivo realizó consideraciones de carácter esencial que conviene recordar como doctrina más significativa referida a la materia que nos ocupa; al quinto dictamen al que haremos referencia, aun cuando no se efectuaron observaciones de aquél carácter, conviene comentar su contenido por la especial relevancia social de la materia que regula.

Al final del presente trabajo, se citarán los restantes dictámenes emitidos en dicho periodo cuya doctrina no se ha considerado especialmente reseñable.

El esquema que se seguirá en cada uno de los apartados se estructurará en tres puntos bien diferenciados, referidos a la finalidad del anteproyecto, consideraciones esenciales emitidas por el Consejo, o, en su caso, observaciones más destacables, y nivel de atención que éstas 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 1/2012, de 10 de enero, solicitado por la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, sobre el anteproyecto de Ley de medidas complementarias para la aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha.

En la Exposición de Motivos del texto sometido a consulta, se señalaban el objeto y justificación de la iniciativa que se impulsaba, girando esta última en torno a la necesidad de cumplir los objetivos de déficit, la recuperación económica y la creación de empleo en Castilla-La Mancha, en una situación como la actual de grave crisis económica.

El texto de la norma sometida a dictamen fue acreedora de las siguientes observaciones de carácter esencial:

- El primer inciso del apartado 1 del artículo 3 del anteproyecto, referido al exceso de horas, determinaba que “*el exceso de horas realizadas superiores a la jornada legalmente establecida se compensará mediante descansos adicionales*”. El Consejo consideró que este artículo no hacía ninguna referencia al personal al que resultaba de aplicación, por lo que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1, habría de estimarse que sería a todo el de la Administración autonómica, incluido el laboral. Sobre este aspecto señalaba el dictamen que el artículo 53 del VI Convenio Colectivo, que regula las horas extraordinarias establece que las mismas serán compensadas mediante descanso, salvo que se trate de horas extraordinarias por necesidad de reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, en cuyo caso el trabajador tiene la opción de elegir entre descanso o compensación económica. El Consejo concluyó indicando que esta opción atribuida al trabajador convencionalmente se consideraba que no podía ser suprimida legalmente al amparo de la potestad atribuida por el artículo 31.12 de nuestro Estatuto de Autonomía, dada su escasísima incidencia en la actividad económica regional.

- El apartado 1 del artículo 5, sobre retribuciones, disponía lo siguiente: “*desde el 1 de enero y durante todo el ejercicio 2012, la cuantía del complemento específico y conceptos asimilados que perciba el personal funcionario y eventual que desempeña funciones retribuidas de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y de las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de ella, se reducirá en un 10%, hasta un máximo del 3 % del salario bruto individual, respecto de los vigentes a 31 de diciembre de 2011*”. El dictamen consideró que el concepto retributivo sobre el que incidía la reducción salarial era el complemento específico, estableciendo un límite a la reducción del mismo cifrada en la cuantía correspondiente al 3 por 100 de las retribuciones brutas de cada funcionario o personal eventual. Ahora bien, al actuar el límite a la minoración sobre las retribuciones íntegras de los funcionarios y del personal eventual, ello puede comportar que funcionarios y personal eventual que desempeñen un mismo puesto de trabajo y, por lo tanto, tengan asignado el mismo complemento específico, a partir de la entrada en vigor de la Ley pasen a percibir un complemento específico diferente, no por alteración de las condiciones de trabajo, sino por tomar en cuenta en la minoración una consideración personal, que conllevaría una infracción al principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución, toda vez que desempeñando el mismo puesto de trabajo, percibirían un complemento específico diferente. El

Consejo aconsejaba, para que no se produjera esta situación, en la aplicación del límite del 3 por 100 se deberían excluir las retribuciones que tengan su origen en circunstancias personales de los funcionarios o personal eventual, bien estableciéndolo así, o describiendo los conceptos retributivos sobre los que se aplica el citado 3 por 100.

- El apartado 1 del artículo 6, sobre retribuciones de los Altos Cargos, establecía que “*desde el 1 de enero y durante todo el ejercicio 2012, las retribuciones de los altos cargos y asimilados de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y de las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de la misma, se reducirán hasta un total del 3% con respecto a las vigentes a 31 de diciembre*”. Se consideró por el Consejo que la utilización del adverbio “hasta” al referirse al 3 por 100, suponía que no era la Ley la que determinaba el porcentaje de reducción, sino que debería ser otro órgano -el Consejo de Gobierno en aplicación de lo previsto en la disposición final primera- quien adoptase dicha decisión, el cual podía ir desde el 0,1 hasta el 3 por 100. Además, se señaló que las retribuciones de los Altos Cargos habían de contenerse en norma con rango de Ley, por lo que el Consejo estimó que debería suprimirse el adverbio “hasta”, con lo que su reducción retributiva ya quedaría fijada en la Ley en el 3 por 100.

- En cuanto a la exención de guardias para mayores de 55 años, que se establecía en el artículo 15 del anteproyecto, el dictamen indicaba que la circunscripción de dicha medida al personal “fijo”, excluyendo así al personal estatutario temporal, suscitaba la problemática derivada de una potencial vulneración del principio comunitario de no discriminación del trabajo temporal, ligado también al principio constitucional de igualdad -artículo 14 CE-, conforme a la doctrina enunciada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal Constitucional. El Consejo estimaba que no parecía haber razones objetivas que impidieran radicalmente el derecho a la exención de guardias al personal estatutario interino, cuando cumpliera el requisito de edad referido, toda vez que entre los empleados con este tipo de nombramiento puede haber personal que viniera gozando de suficiente estabilidad en el empleo como para poder participar en los procedimientos articulados al efecto, siempre que la concesión del derecho fuera compatible con el tipo de actividad asistencial que diera objeto al nombramiento y no conllevara menoscabo para el buen desarrollo de la actividad asistencial, que sería la máxima que en cualquier caso debería presidir su ejercicio.

- El artículo 20 del texto sometido a dictamen, sobre la Oferta de empleo público, modificaba el artículo 19.4 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, con la

siguiente redacción: “*se procurará que la ejecución total de la oferta de empleo público se desarrolle en el plazo improrrogable de tres años, contados a partir del día siguiente al de su publicación*”. El Consejo entendió que la utilización de la expresión verbal “*procurará*” significaba un deseo o voluntad, pero no una obligación, siendo éste el sentido de la modificación respecto a la regulación actual. Al respecto, en el dictamen se señalaba que el último inciso del apartado 1 del art. 70 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) dispone que “*en todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años*”. Este precepto, según dice la disposición adicional primera del EBEP, tiene la naturaleza de básica, al haberse dictado al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.18^a de la Constitución Española, por lo que vincula a la Administración autonómica, quien en su normativa propia no está facultada para eliminar el carácter imperativo establecido en el EBEP.

- Artículo 21.1. Complemento por incapacidad temporal.- Mediante el apartado 1 del artículo 21, que regulaba el complemento por incapacidad temporal, se modificaba la disposición adicional séptima de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, que regulaba el “*complemento por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, maternidad, paternidad y adopción o acogimiento*”. El Consejo estimó que en el texto propuesto deberían efectuarse las siguientes modificaciones: a) excluir al personal laboral de su ámbito de aplicación; b) modificar la referencia que se realizaba en el primer párrafo a los conceptos retributivos que integraban el complemento, sustituyéndolos por una redacción más genérica que se refiriera, no sólo a los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, sino también a los funcionarios docentes no universitarios, al personal estatutario, corrigiéndose también la referencia que en el apartado dos se efectuaba a los conceptos retributivos; y c) contemplar de forma específica el supuesto de los funcionarios que estaban incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado.

El anteproyecto presentado por el Gobierno fue finalmente aprobado por Ley 1/2012, de 21 de febrero, de medidas complementarias para la aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales, y en el mismo tan sólo se tuvo en cuenta la observación efectuada al artículo 20 referida a la regulación de la Oferta de Empleo Público.

- Dictamen número 89/2012, de 9 de mayo, solicitado por la Consejería de Hacienda, sobre el anteproyecto de Ley de presupuestos Generales de la Junta

de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2012.

La Exposición de Motivos del anteproyecto trazaba las líneas maestras de la acción de gobierno que pretendía llevarse a efecto a través de los Presupuestos Generales, y que se articulaban en torno a la aplicación de los principios de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera, en los que para “*conjugar la austeridad con la necesaria dotación de las políticas sociales ha hecho imprescindible realizar un esfuerzo suplementario para elaborar unos presupuestos realistas y austeros*”. Para conseguir dicho objetivo, los Presupuestos reflejaban las medidas contempladas en el Plan de Garantías de los Servicios Sociales y en la Ley 1/2012, de 21 de febrero, de Medidas complementarias para la aplicación del mismo, haciendo especial referencia al proceso de racionalización del sector público regional.

El dictamen emitido sobre el citado anteproyecto introdujo dos consideraciones de carácter esencial al contenido del proyecto Observaciones esenciales:

- Respecto a los conceptos retributivos del personal funcionario no estatutario de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, regulados en el artículo 29 del anteproyecto, el Consejo reiteraba lo señalado en su dictamen 1/2012, de 10 de enero, relativo al anteproyecto de la citada Ley 1/2012, de 21 de febrero, en el que se señalaba que “*el sistema de minoración establecido en este apartado puede comportar que funcionarios y personal eventual que desempeñen un mismo puesto de trabajo y, por lo tanto, tengan asignado el mismo complemento específico, a partir de la entrada en vigor de la Ley pasen a percibir un complemento específico diferente, no por alteración de las condiciones de trabajo, sino por tomar en cuenta en la minoración una consideración personal, que conllevaría una infracción al principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución, toda vez que desempeñando el mismo puesto de trabajo, percibirían un complemento específico diferente. Para que no se produzca esta situación, en la aplicación del límite del 3 por 100 se deben excluir las retribuciones que tengan su origen en circunstancias personales de los funcionarios o personal eventual, bien estableciéndolo así, o describiendo los conceptos retributivos sobre los que se aplica el citado 3 por 100*”. El dictamen concluía que de no tenerse en cuenta esta observación se llegaría al discriminatorio y paradójico resultado de que, en idéntico puesto de trabajo, tuvieran una mayor reducción, en el complemento específico, los funcionarios que, por ser más antiguos, percibieran una mayor cantidad en concepto de trienios.

- En relación a las retribuciones del personal de las empresas y fundacio-

nes pertenecientes al sector público regional, la Disposición adicional octava del anteproyecto introducía una reducción de retribuciones de personal laboral de carácter retroactivo, toda vez que la Ley 1/2012, de 21 de febrero, no afectó a las retribuciones del personal de las empresas públicas y fundaciones que componían el sector público regional, habida cuenta de que, de conformidad con el artículo 29 del Estatuto de los Trabajadores, los salarios de los trabajadores se devengan como máximo mes a mes y, por tanto, ya habían devengado los meses anteriores de 2012 transcurridos con anterioridad a la futura entrada en vigor de la nueva Ley de Presupuestos. Como ya señaló este Consejo en el dictamen 1/2012, de 10 de enero, sobre el anteproyecto de Ley de la Ley de Medidas Complementarias para la Aplicación del Plan de Garantías de los Servicios Sociales, reseñado en el apartado anterior, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, al tratarse de una norma de innegable carácter restrictivo de derechos, contravenía el artículo 9.3 de la Constitución, por lo que este Consejo estimó que la minoración retributiva que disponía este precepto sólo podría surtir efectos a partir de la entrada en vigor de la propia Ley que la estableciera.

Tanto el proyecto que el Gobierno Regional remitió a las Cortes Regionales para su aprobación, como la Ley 5/2012, de 12 de julio, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2012, tuvieron en cuenta las citadas observaciones, adaptando el texto definitivo a las mismas.

- Dictamen número 199/2012, de 19 de septiembre, solicitado por la Consejería de Hacienda, sobre el anteproyecto de Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

En la Memoria justificativa del anteproyecto se exponía que para dar cumplimiento a lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 135 de la Constitución Española y en el 10 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, “*se está llevando a cabo la elaboración de un texto normativo que establezca los instrumentos y procedimientos necesarios para adecuar la normativa presupuestaria autonómica a la aplicación de los principios de la ley orgánica de referencia*”. En este sentido, los aspectos que contenía el anteproyecto de Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, eran los siguientes:

a) En el ámbito de la estabilidad presupuestaria, contemplaba la obligación de elaborar un marco presupuestario a medio plazo que constituyera la programación de la actividad del sector público autonómico con presupuesto limitado; obligaba al Consejo de Gobierno a establecer un límite de gasto no financiero que respetara el objetivo de estabilidad presupuestaria establecida por el Estado

para las Comunidades Autónomas y creaba un fondo de contingencia destinado a financiar las modificaciones presupuestarias del ejercicio que aumentasen las necesidades de financiación.

b) En el ámbito de la sostenibilidad financiera se fijaba un límite de deuda; establecía la prioridad absoluta del pago de los intereses y del capital frente a cualquier otro gasto y la creación de un fondo de reserva para deuda, destinado a disminuir el endeudamiento neto de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

c) Contenía el compromiso de asunción de responsabilidades por los órganos y entidades integrantes del sector público regional.

d) En aplicación del principio de transparencia, determinaba que tanto los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha como su contabilidad, habían de contener información suficiente que permitiera verificar su situación económica y el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Añadía finalmente la Memoria que la aprobación de las anteriores medidas exigía modificar el Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha.

El dictamen realizó dos observaciones de carácter esencial que podían afectar a la validez de la norma finalmente aprobada, referida, la primera de ellas, al Fondo de Contingencia que se regulaba en el artículo 7, apartado 2, del anteproyecto, según el cual *“el Fondo de Contingencia se destinará, con carácter general, a financiar las modificaciones presupuestarias del ejercicio que aumenten las necesidades de financiación”*. El Consejo señaló que el Fondo de Contingencia era una creación de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, y se configuraba como una dotación para imprevistos que resultasen preceptivos. La regulación que se realizaba en el apartado 2 del citado artículo 7 no respetaba la restricción que la Ley Orgánica establecía para la utilización del Fondo de Contingencia, pues además de contener la expresión *“con carácter general”*, que permitía su dispensa, añadía que su destino era la financiación de las modificaciones presupuestarias del ejercicio que aumentasen las necesidades de financiación, lo que permitía que se atendiesen necesidades que tuvieran carácter discrecional y no estuvieran previstas en el presupuesto inicialmente aprobado, supuestos que parecía que estaban excluidos en la legislación estatal.

La segunda de dichas observaciones esenciales tenía por objeto la Disposición

Final Primera del texto sometido a dictamen, que modificaba el texto refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre. El apartado seis de esta disposición daba una nueva redacción al párrafo c), del apartado 1, del artículo 38, referente a la clasificación económica. En el cuarto párrafo de este apartado se decía que “*el capítulo 5 “Fondo de Contingencia” consignará la dotación para financiar, con carácter general, las modificaciones de crédito que aumenten las necesidades de financiación*”. El dictamen consideró que, por las razones expuestas anteriormente, debía modificarse la redacción para incorporar las restricciones que para el destino de este fondo establecía el artículo 31 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.

El proyecto de Ley fue finalmente aprobado mediante Ley 11/2012, de 21 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, siendo atendidas las consideraciones de carácter esencial efectuadas por el Consejo Consultivo.

- Dictamen número 234/2012, de 2 de octubre, solicitado por la Consejería de Hacienda, sobre el anteproyecto de Ley de Tasas y Precios Públicos de Castilla-La Mancha.

La Exposición de Motivos señalaba los objetivos que perseguía la norma que, en resumen, consistían en delimitar los conceptos de tasa y precio público, así como el régimen de exacción de los precios públicos, aumentando con ello la seguridad jurídica; ordenar, racionalizar y simplificar el sistema de tasas y precios públicos; disponer la utilización de estos instrumentos de financiación, mediante la incorporación al régimen tributario general de los criterios de la legislación reguladora comparada y de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de legalidad en materia tributaria; y acabar con la dispersión de preceptos normativos reguladores de tasas, mediante la autorización al Consejo de Gobierno para que, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la ley, proceda a refundir en un único texto, las disposiciones legales vigentes en materia de tasas, bajo el título “Ley del Catálogo de Tasas de Castilla-La Mancha”.

El Consejo efectuó una consideración de carácter esencial al artículo 271 del anteproyecto, incluido en la “Sección 6^a del Capítulo V. Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales: Tasa por emisión de certificados o informes que no requieren visita de inspección”. Dicho precepto definía el hecho imponible de esta tasa indicando que lo constituía “*la emisión por los órganos administrativos competentes de un certificado o un informe que no precisen visita de inspección para su emisión*”.

El dictamen entendió que “*la delimitación del hecho imponible es un elemento del tributo que está sujeto a reserva de Ley, según dispone el artículo 8.a) de la Ley General Tributaria y el precepto analizado no cumple con este requisito*”, según se pasaba a exponer, señalando que “*lo genérico de esta redacción hace imposible identificar los procedimientos a los que resulta de aplicación esta tasa, aunque por su ubicación en el Capítulo V, “Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales”, lo haría susceptible de aplicación a cualquier procedimiento cuya competencia para su tramitación se encuentre atribuida a dicha Consejería. Sin embargo esta circunstancia tampoco permite la delimitación del hecho imponible pues éste quedaría supeditado a cualquier cambio en la estructura de la Administración regional que pueda producirse en el futuro mediante norma de rango reglamentario. De este modo si determinadas competencias pasan a ser ejercidas por otra Consejería que no tienen establecida esta tasa no podrían continuar exigiéndose, mientras que si se le atribuyen nuevas competencias que implicasen la realización de informes o la emisión de certificados, estas actividades quedarían sujetos a esta tasa. [] El grado de inseguridad jurídica que plantea es mayor si se tiene en cuenta que ya existe una tasa sobre la expedición de certificados aplicable a todas las Consejerías, (artículo 40, tarifa 1), cuya tarifa es de 3 euros, en lugar de los 75 euros previstos para esta tasa*”.

Concluía el Consejo considerando que el precepto en cuestión debería delimitar con mayor precisión el hecho imponible a fin de adecuarse al principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, de manera que se identificara adecuadamente el tipo de informes y de certificados a los que resultase de aplicación, mediante la identificación de las normas y procedimientos que los regulasen, además de justificarse las razones por las cuales el importe propuesto no excediera del coste del servicio.

Tanto el Gobierno como la Cortes de Castilla-La Mancha tuvieron en cuenta la observación de carácter esencial descrita, aprobándose la Ley 9/2012, de 29 de noviembre, de Tasas y Precios Públicos de Castilla-La Mancha y otras medidas tributarias, que fue publicada en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha nº 235 de 1 de diciembre de 2013.

Por último, se hace mención en este trabajo del dictamen emitido en relación con el anteproyecto de Ley de Autoridad del Profesorado, que si bien no fue objeto de observaciones de carácter general, resulta de interés por la materia objeto de regulación.

- Dictamen número 30/2012, de 29 de febrero, solicitado por la Consejería de

Educación, Cultura y Deportes, sobre el anteproyecto de Ley de Autoridad del Profesorado.

En la propuesta de elaboración de una Ley de autoridad del profesorado en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, la Directora General de Organización, Calidad Educativa y Formación Profesional expuso las razones y objetivos de la iniciativa, indicando a este respecto que se apreciaba “*la necesidad de crear una Ley cuya finalidad sea conceder la condición de Autoridad Pública al Profesor de educación en la comunidad de Castilla-La Mancha y asignarle el prestigio que se merece en la comunidad educativa y en el desarrollo de su tarea. [] Asimismo esta Ley de Autoridad del profesorado que se propone establece que los profesores, en el ejercicio de sus tareas docentes, tienen derecho legal a protección jurídica en las acciones civiles que se deriven del ejercicio de sus funciones docentes, así como a la atención y asesoramiento por parte de la Administración Educativa y al prestigio, crédito y respeto hacia su persona y su profesión por parte de toda la comunidad educativa*”.

El Consejo Consultivo, que como se ha indicado, no efectuó consideración alguna al texto del anteproyecto sometido a dictamen, efectuó una serie de precisiones sobre el concepto de autoridad pública, teniendo en cuenta que el artículo 4 del texto sometido a dictamen reconocía al profesorado la condición de autoridad pública.

Entendía el Consejo que “*ninguna norma administrativa contiene una definición de “autoridad” o de “autoridad pública”, únicamente diversas normas administrativas sectoriales utilizan esta terminología para referirse a determinados cuerpos de funcionarios a los que se le encomiendan funciones de control o inspectoras, a efectos, entre otros, de la presunción de veracidad en las comprobaciones que realicen. A modo de ejemplo, en el ámbito educativo que nos ocupa, tal condición aparece reconocida a la alta inspección para el ejercicio de sus funciones (artículo 150.2 LOE), así como a la inspección educativa (artículo 153.c) LOE y artículo 163.3 de la Ley 7/2010, de 20 de julio, de Educación de Castilla-La Mancha. [] Únicamente el Código Penal, en su artículo 24, contiene una definición auténtica de los que a los efectos del Derecho penal debe entenderse por autoridad o funcionario, con el fin de servir de criterio para el examen de aquellas conductas susceptibles de subsumirse en los distintos tipos penales, en los que la condición de “funcionario público” o de “autoridad” forma parte de ellos. [] Dispone el citado artículo que “1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso,*

tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. [] 2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas". [] Tales conceptos se definen a los exclusivos efectos penales, lo que impide su aplicación automática al derecho administrativo, tal como específicamente sostienen la doctrina y la jurisprudencia en lo relativo al concepto penal de funcionario público, pudiendo citarse la Sentencia del Tribunal Supremo 1122/2007, de 10 de diciembre (RJ 2007/9120), donde afirma que "La doctrina de esta Sala ha dejado claro que el concepto de funcionario público a que se refiere el art. 24 es privativo del Derecho Penal, de manera que no puede ser remitida la consideración de tal carácter a criterios del Derecho Administrativo o del social". [] Teniendo en cuenta que tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que los conceptos de funcionario y autoridad a efectos penales se mueven en una relación de género a especie, cabe afirmar que el concepto de autoridad a efectos penales y el de autoridad a efectos administrativos tampoco tienen que ser necesariamente coincidentes. En todo caso resulta obvio que una norma autonómica no podrá nunca afectar a la definición contenida en el Código Penal que es una Ley Orgánica, y cuya competencia por razón de la materia corresponde en exclusiva al Estado, de acuerdo con el artículo 149.1.6^a. [] Prosiguiendo con los conceptos de funcionario y de autoridad en el ámbito penal, cabe destacar la singular relevancia de los mismos, pues existen figuras delictivas que sólo pueden ser cometidas por estos sujetos (por ejemplo prevaricación administrativa, artículo 404) y, del mismo modo, la cualidad de funcionario o autoridad es la que caracteriza al sujeto pasivo en determinadas infracciones penales como por ejemplo el delito de atentado regulado en el artículo 550 del Código Penal. [] En el ámbito educativo que nos ocupa se ha planteado la polémica si las agresiones y amenazas a los docentes en el ejercicio de sus funciones, pueden ser constitutivas de delito de atentado, delito que en el artículo 550 del Código Penal se define del siguiente tenor: "son reos de atentado los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas". [] Si bien con excepciones (por ejemplo la sentencia n.º 622/2011, de 12 de julio de la Audiencia Provincial de Barcelona, JUR 2011,309065), la postura mayoritaria considera que los funcionarios públicos del ámbito docente son sujetos pasivos de atentado como lo atestiguan numerosas resoluciones de las Audiencias provinciales (por ejemplo las sentencias 93/2011, de 5 de mayo, de la AP de Badajoz, JUR 2011/207496;

368/2010, de 28 de mayo de la AP Granada, JUR 2010/363699; 288/2009, de 26 de mayo de la AP de Alicante, JUR 2009/371380; AP de Cuenca de 2 y de 19 de mayo de 2005, Prov 2005 121942 y 142753; de la AP Cádiz de 9 de noviembre de 2000, Prov 2001,48341; de la AP de Murcia de 27 de noviembre de 1995, ARP 1995,1420) y también el Tribunal Supremo, en Sentencia de 26 de febrero de 1991 (RJ 1991\1547), referida a una agresión a un Catedrático, estimó que “ostentaba la condición de funcionario público, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 119 del Código Penal [de idéntica redacción al actual artículo 24 del Código Penal actual] y con la Ley de Educación, lo que era conocido por el procesado que era estudiante de esa Facultad y examinado por un Tribunal que presidía el citado Catedrático al que agredió y lesionó con ocasión de las funciones docentes que ejercía la víctima que anteriormente le había examinado, como antes se dice, y suspendido en la asignatura de Anatomía II; por tanto quedan comprendidos los Catedráticos en el artículo 119 del Código Penal, criterio que con reiteración ha venido manteniendo esta Sala”. [] También sigue esta postura mayoritaria la Fiscalía General del Estado tal como se aprecia en su Consulta 2/2008, de 25 de noviembre, sobre la calificación jurídico penal de las agresiones a funcionarios públicos en los ámbitos sanitario y educativo. En la misma además aclara que “los trabajadores o empleados de empresas o instituciones privadas, aunque estas -en concierto o mediante cualquier otra fórmula de relación con la Administración- participen en el ejercicio de funciones sociales, no ostentan la condición de funcionarios públicos a efectos penales, toda vez que su designación no se realiza por alguna de las tres formas expresadas en el artículo 24.2 del Código Penal -disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente-, precisas para adquirir la condición de funcionario público a efectos penales”. [] Desde la perspectiva del derecho administrativo no hay obstáculo jurídico para el reconocimiento de la condición de autoridad pública del profesorado de centros públicos, toda vez se trata de funcionarios públicos y la posibilidad de reconocerles la condición de autoridad pública figura expresamente prevista en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuyo artículo 137 hace referencia a “los hechos constatados por funcionarios a los que se reconozca la condición de autoridad”, incluido en el Capítulo II -de los “Principios del Procedimiento Sancionador”-, que aparece con todos los visos de su aplicabilidad a los procedimientos sancionadores de los que habla la norma educativa. [] En relación con el profesorado de centros privados, se trata de profesionales que ni tienen la condición de funcionario público ni son personal de la Administración, por lo que no procede su reconocimiento como autoridad pública, sin perjuicio de que se reconozca su carácter de autoridad a efectos docentes y disciplinarios y en el marco del ámbito interno del centro, tal como se propone en el texto sometido a dictamen”.

El anteproyecto fue finalmente aprobado por las Cortes de Castilla-La Mancha mediante Ley 3/2012, de 10 de mayo, de Autoridad del Profesorado, y publicado en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha número 99 de 21 de mayo de 2012.

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 2012:

- Dictamen número 9/2012, de 17 de enero, solicitado por la Consejería de Economía y Hacienda, sobre el anteproyecto de Ley de Estabilidad Presupuestaria.
- Dictamen número 23/2012, de 15 de febrero, solicitado por la Consejería de Hacienda, sobre el anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 9/2008, de 4 de diciembre de medidas en materia de tributos cedidos y se establecen otras medidas fiscales.
- Dictamen número 94/2012, de 16 de mayo, solicitado por la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, sobre el anteproyecto de Ley de Creación del Colegio Oficial de Enólogos y Enólogas de Castilla-La Mancha.
- Dictamen número 155/2012, de 22 de junio, solicitado por la Consejería de Agricultura, sobre anteproyecto de Ley sobre asignación de competencias en determinadas materias de medio ambiente.
- Dictamen número 176/2012, de 26 de julio, solicitado por la Consejería de Hacienda, sobre el anteproyecto de Ley de concesión de un crédito extraordinario para sufragar los gastos de las elecciones a las Cortes de Castilla-La Mancha, celebradas el 22 de mayo de 2011.
- Dictamen número 205/2012, de 25 de septiembre, sobre anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2013.

ACTIVIDAD DEL CONSEJO CONSULTIVO
DE CASTILLA-LA MANCHA EN MATERI
CONSTITUCIONAL Y ESTATUTARIA.

M^a Joaquina Guerrero Sanz

Letrada del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

Un año más, este trabajo pretende recoger la doctrina más relevante establecida en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, emitidos en ejercicio de sus competencias constitucionales y estatutarias atribuidas por la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, que regula dicho órgano y el Gobierno de nuestra Comunidad Autónoma.

Este resumen doctrinal comienza por los dictámenes sobre anteproyectos de ley en los que el Consejo ha efectuado observaciones al texto que podían comprometer su legalidad o constitucionalidad, continuando con aquellos otros dictámenes sobre textos normativos propuestos que, si bien no han sido acreedores de consideraciones de aquel tipo, merecen ser comentados por su especial trascendencia en cuanto a las materias sobre las que versan.

En este periodo, como ha ocurrido en años inmediatamente anteriores, el Consejo no se ha pronunciado sobre ningún recurso de inconstitucionalidad planteado por el Consejo de Gobierno de nuestra Comunidad.

Así pues, en cada uno de los apartados expuestos a continuación, se incluyen en primer lugar, los objetivos que la norma dictaminada persigue, para después aludir a los aspectos principales de la doctrina del Consejo contenida en los mismos.

Al final de la exposición se citan los restantes dictámenes, recaídos igualmente en materia legislativa, cuya doctrina no se reproduce por considerar que no ofrecen novedad o particularidad alguna respecto a las consideraciones formuladas en otros a los que sí se alude o se ha aludido en años anteriores.

Dictámenes sobre anteproyectos de Ley.

1.- Dictámenes en los que se efectuaron observaciones esenciales al Anteproyecto de Ley.-

- Dictamen número 67/2013, de 20 de marzo, solicitado por la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, sobre el Anteproyecto de Ley de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha.-

Como recoge la propia Exposición de Motivos del anteproyecto examinado, en ejercicio de la competencia exclusiva que otorga a la Junta el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, aprobado por Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, en su artículo 31.1.16^a, sobre “*patrimonio monumental, histórico, artístico y*

arqueológico y otros centros culturales de interés para la Región, sin perjuicio de lo dispuesto en el número 28 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución”, las Cortes Regionales aprobaron la Ley 4/1990, de 30 de mayo, de Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha, como norma dirigida a potenciar la protección y el realce del paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la Región, objetivo básico de la actuación de la Junta de Comunidades ligado a las previsiones del artículo 4.4.g) de su Estatuto de Autonomía.

La citada Ley 4/1990, que constituía el principal referente normativo dentro del ordenamiento autonómico, sería sustituida en su mayor parte por la norma que se pretendía aprobar.

Como observaciones de carácter esencial el dictamen del Consejo efectuó dos. La primera de ellas venía referida al artículo 2 del Anteproyecto, dedicado a la competencia, disponiendo al efecto que “*Corresponde a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha la competencia exclusiva sobre el Patrimonio Cultural de interés para la región, sin perjuicio de las competencias que correspondan al Estado o a las entidades locales*”.

El Consejo recordaba que “*el artículo 147.2.d) de la Constitución establece que “Los Estatutos de Autonomía deberán contener: [...] d) Las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a las mismas”*”.

Reserva, de este modo, el texto constitucional la asignación de competencias de las Comunidades Autónomas a los Estatutos de Autonomía, sin que tal operación pueda ser realizada por otra norma distinta, ni siquiera por la Ley ordinaria. Se estima, por ello, que la declaración recogida en el precepto del anteproyecto que se comenta no es propia de una ley, pues la determinación de las competencias de una Comunidad Autónoma la realiza el Estatuto de Autonomía.

Pero es más, el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha recoge en el artículo 31 el listado de competencias exclusivas, entre las que señala en lo atinente al ámbito de la cultura: “15^a. Museos, bibliotecas, conservatorios y hemerotecas de interés para la región que no sean de titularidad estatal. [...] 16^a. Patrimonio monumental, histórico, artístico y arqueológico y otros centros culturales de interés para la región, sin perjuicio de lo dispuesto en el número 28 apartado 1 del artículo 149 de la Constitución. [...] 17^a. Fomento de la cultura y de la investigación, sin perjuicio de lo dispuesto en el número 2 del artículo 149 de la Constitución, prestando especial atención a las distintas modalidades culturales de carácter regional”.

El dictamen consideraba que “*aun entendiendo que la competencia asignada en el anteproyecto pudiera incardinarse en las plasmadas en el Estatuto de Autonomía sin exceder de las mismas, es lo cierto que no se ciñe a una mera reproducción o recordatorio de aquéllas sino que introduce el nuevo concepto de “patrimonio cultural”, lo que podría hacer llegar a cuestionar si supone una ampliación de la competencia asignada en su día por la norma estatutaria.*

No desconoce este Consejo la existencia de preceptos similares que han sido recogidos en otras normas legales autonómicas dictadas en este ámbito. Así en la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía -si bien en este caso hace referencia a la competencia en materia de patrimonio histórico sobre la que el Estatuto andaluz declaraba la competencia exclusiva, por lo que supone un mero recordatorio-; en la Ley 12/2002, de 11 de julio, de Patrimonio Cultural de Castilla y León -en cuyo Estatuto se aludía a la competencia exclusiva en materia de patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico, arquitectónico y científico-; en la Ley 8/1995, de 30 de octubre, de Patrimonio Cultural de Galicia; en la Ley 2/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultura de Extremadura -alude al igual que su Estatuto a la competencia exclusiva sobre patrimonio cultural histórico-arqueológico, monumental, artístico y científico de interés para la región-; y la Ley 11/1998, de 13 de octubre de Patrimonio Cultural de Cantabria.

Sin perjuicio de tales precedentes y de que los mismos no han sido objeto de conflicto constitucional, y aun considerando que al introducir el anteproyecto el precepto examinado no pretende el órgano impulsor de la iniciativa extralimitarse en la competencia asumida por el Estatuto en el ámbito afectado, estima este Consejo que sería más correcto que el artículo 2 se eliminara del texto del anteproyecto de Ley pues al determinar la competencia autonómica invade, aun desde un punto de vista meramente formal, un espacio que la Constitución reserva al Estatuto de Autonomía”.

La segunda de las consideraciones esenciales efectuadas por el Consejo tenía por objeto la Disposición adicional primera del texto sometido a dictamen, referida al Patrimonio Histórico de la Iglesia Católica. Indica esta Disposición que “*La ejecución de lo establecido en la presente Ley, en relación con el Patrimonio Cultural de la Iglesia Católica se realizará en el marco de convenios de colaboración entre ésta y la Junta de Comunidades en materias de interés común*”.

El dictamen señala que “*la norma en cuestión tiene un claro paralelismo con lo previsto en la disposición adicional única de la vigente Ley 4/1990, de 30 de*

mayo, de Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha, que señala: “La ejecución de lo establecido en la presente Ley, en relación con el Patrimonio Histórico de la Iglesia Católica, podrá realizarse en el marco de convenios de colaboración entre ésta y la Junta de Comunidades en materias de interés común”.

Así, se consideró que “el carácter más categórico o imperativo adoptado por el precepto en la última versión del anteproyecto de Ley deriva de una alegación formulada con ese objeto por la representación de los obispados de la Región.

Ahora bien, sin perjuicio de que la aplicación de las medidas dirigidas a preservar el Patrimonio Cultural e Histórico en poder de la Iglesia Católica se esté desarrollando de forma generalizada en marcos bilaterales de tipo convencional o concertado, bien mediante la suscripción de convenios específicos de cooperación o bien mediante la adopción de acuerdos en el seno de las numerosas Comisiones Mixtas constituidas al efecto para definir los correspondientes marcos de colaboración y coordinación -por ejemplo: Cataluña, Galicia, Andalucía, Castilla y León, Aragón, Navarra, etc., cuyas leyes de Patrimonio Cultural recogen la existencia de este tipo de Comisiones-, el texto analizado, con la rotunda formulación finalmente adoptada, no encuentra parangón con ninguna otra regulación estatal o autonómica aprobada al respecto, ya que, en puridad, lo que parece permitir es que la ejecución de la Ley, sin matizaciones de ningún género, quede subordinada para esa determinada institución religiosa -la Iglesia Católica- a la adopción de convenios entre esta y la Administración Regional. La consecuencia de tal planteamiento, llevado al terreno de la lógica, es que si una de las dos partes potencialmente suscriptora de los citados convenios adoptase una actitud reacia a alcanzar el acuerdo, podría así estar obstaculizando la ejecución de la Ley respecto a los bienes culturales de su titularidad, hipótesis esta que resulta inviable.

En consecuencia, en opinión de este Consejo, resulta más adecuada la formulación de carácter potencial o posibilista acogida actualmente en el texto de la disposición adicional única de la vigente Ley 4/1990, de 30 de mayo, que era la incluida en el primer borrador del anteproyecto de Ley”.

La norma sometida a dictamen fue aprobada mediante Ley 4/2013, de 16 de mayo, de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha, siendo atendidas las observaciones esenciales realizadas.

- Dictamen número 117/2013, de 17 de abril, solicitado por la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, sobre el Anteproyecto de Ley de Ordenación de los Servicios Jurídicos de Castilla-La Mancha.-

Los objetivos perseguidos por el Anteproyecto se resumían en la Memoria justificativa del mismo, suscrita por la Directora del Gabinete Jurídico e incorporada al expediente remitido al Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. Dichos objetivos eran los siguientes: equiparar la asistencia jurídica que recibe la Administración autonómica con la estatal, inspirándose para ello en el modelo de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia jurídica al Estado e Instituciones Públicas; mejorar la calidad de la relación abogado-cliente, con las especialidades propias que requiere la Administración; completar aspectos normativos no regulados hasta ahora que resultan necesarios, como el trámite de elevación de consulta; reorganizar los servicios jurídicos para conseguir uniformidad en el asesoramiento en Derecho; y establecer la forma de acceso al Cuerpo de Letrados de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

El Consejo señaló en su dictamen una única consideración calificada como esencial, referida al artículo 13, apartado 2, letra d), del Anteproyecto. Dicho precepto establecía la composición del tribunal calificador de las pruebas selectivas para ingreso en el Cuerpo de Letrados del Gabinete Jurídico, previendo la mencionada letra **d)** la presencia de “*Un magistrado, propuesto por el presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha*”.

El dictamen recogió al respecto que “*La intervención de los titulares del poder judicial en órganos administrativos plantea cierta problemática, ya sometida a estudio por este Consejo con motivo de previsiones similares en otros órganos colegiados administrativos, como fue el caso de la primitiva constitución del Jurado Regional de Valoraciones cuya Presidencia correspondía a un Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, según el artículo 152.3.a) de la entonces vigente Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, disposición que fue objeto de recurso de inconstitucionalidad por la Presidencia del Gobierno, y que dio lugar al Auto del Tribunal Constitucional de 25 de febrero de 1999 por el que se decidió mantener la suspensión del citado precepto (dictamen 163/2004, de 22 de diciembre).*

A tales efectos debe traerse a colación la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 150/1998, de 2 de julio, en la que fue objeto de impugnación la atribución de la Presidencia de las Comisiones Locales de Concentración Parcelaria al Juez de Primera Instancia a cuya jurisdicción correspondiera la zona, señalando dicho Alto Tribunal lo siguiente: “[...] sin entrar en el análisis del art. 117 CE basta para el caso que el art. 149.1.5 CE atribuya al Estado la competencia respecto de la «Administración de Justicia». Parece obvio que en

esa materia ha de ser incardinada la regulación de las funciones que hayan de desempeñar los Jueces y Magistrados, titulares del Poder Judicial. Si, como pretende la Comunidad Autónoma de Castilla y León, una Ley suya pudiera atribuir a los Jueces funciones distintas de la jurisdiccional, esta misma podría verse afectada. Debe ser el Estado, titular exclusivo de la competencia, quien pondere cuáles pueden realizar aquéllos, sin que por tal motivo la exclusividad y la independencia de la función jurisdiccional queden menoscabadas. [] Por ello, la Comunidad Autónoma carece de competencia para integrar a los Jueces de Primera Instancia en las Comisiones Locales de Concentración Parcelaria, sin que tal tacha quede obviada por la circunstancia de que la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, que es una norma estatal, contenga un mandato idéntico”.

Tal doctrina ha sido mantenida en similares términos en la Sentencia 127/1999, de 1 de julio, así como en la más reciente 7/2012, de 18 de enero, volviéndose a incidir en que “[...] debe ser el Estado, titular exclusivo de la competencia, quien pondere qué funciones gubernativas pueden realizar aquéllos” (Jueces y Magistrados).

Es cierto que en el caso ahora examinado la participación ocasional de un Magistrado en un órgano de selección de personal funcionario no supone la atribución al mismo de una potestad calificable de gubernativa, sino que más bien su presencia vendría justificada por su profesionalidad en aras a evaluar los conocimientos y capacidad de los aspirantes; pero no por ello puede dejar de señalarse, que la Comunidad Autónoma carece de competencia para imponer, aun mediante ley, la presencia de miembros del Poder Judicial en un órgano administrativo autonómico.

No desconoce este Consejo que a nivel de normativa autonómica comparada, existen composiciones similares en otros órganos de selección que no han sido objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional, como es el caso del que prevé el artículo 3, apartado 5 de la Ley 10/2005, de 9 de diciembre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Valenciana; o el previsto en el artículo 31 del Decreto 450/2000, de 26 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización Funciones del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y del Cuerpo de Letrados de la Junta de Andalucía. Debe también ponerse de relieve la regulación, más acorde con la doctrina constitucional referida, que se ha seguido en la regulación del tribunal calificador previsto en el artículo 39, apartado 2 del Decreto 57/2002, de 19 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de los servicios jurídicos de la Generalidad de Cataluña.

En definitiva, atendiendo a cuanto se acaba de exponer, y con el fin de evitar el riesgo de una posible impugnación por inconstitucionalidad del apartado objeto de estudio, se propone que la presencia de un Magistrado del Tribunal Superior de Justicia en el tribunal calificador no se prevea en los términos imperativos previstos en la redacción sometida a dictamen, sino tan sólo como una posibilidad que deberá contar, en cualquier caso, con la conformidad previa de dicha institución”.

Las razones esgrimidas respecto a la intervención de dicho Magistrado en el tribunal calificador el Consejo consideró que podrían resultar extensibles respecto a la participación de un Registrador de la Propiedad y de un Notario en el citado tribunal que se preveía en la **letra c)** de este mismo apartado. Se establecía al respecto que “*la competencia de la Comunidad Autónoma respecto de unos y otros se limita, según dispone el artículo 26 del Estatuto de Autonomía, al nombramiento de aquellos que deban prestar servicio en Castilla-la Mancha, así como a la participación de la Comunidad Autónoma en la fijación de las demarcaciones notariales y registrales, y en la determinación del número de Notarios que deban ejercer su función en Castilla-La Mancha; competencia esta que según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional -si bien referida al ejercicio de las competencias autonómicas en relación con materias distintas a la que ahora nos ocupa- “[...] además de circunscribirse de manera taxativa a las mencionadas materias, sólo atribuye a la Comunidad Autónoma facultades de ejecución de la legislación estatal”, Sentencias de 30 de mayo de 1989 y de 11 de noviembre de 1999, entre otras.*

Entiende por tanto este Consejo, que la competencia exclusiva que ostenta la Comunidad Autónoma en materia de organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno, ex artículo 31.1.1^a en relación con el 39.3 del Estatuto de Autonomía, no habilitaría a aquella para imponer la presencia de un Registrador de la Propiedad o de un Notario en un órgano colegiado administrativo. Se propone por ello que tal participación se contemple en el anteproyecto como una posibilidad afectados”.

El resto de observaciones contenidas en el dictamen estaban referidas a la coherencia interna de la norma así como la sistemática de la misma, y perseguían contribuir a la mejora de su comprensión, interpretación y aplicación.

El Texto definitivo de la norma fue aprobado mediante Ley 5/2013, de 17 de octubre, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de Castilla-La Mancha, adoptando la observación esencial que ha sido expuesta.

- Dictamen número 229/2013, de 10 de julio, solicitado por la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, sobre el Anteproyecto de Ley de adecuación de procedimientos administrativos, reguladora del régimen general de declaración responsable y comunicación previa.-

La memoria justificativa del Anteproyecto menciona en primer término las obligaciones que la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, impone a los estados miembros en materia de simplificación administrativa. También se refiere al artículo 40.2 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que ordena a las Comunidades Autónomas a proceder a una evaluación de la existencia de razones imperiosas de interés general que justifiquen el mantenimiento de los efectos desestimatorios del silencio administrativo en los procedimientos administrativos regulados por normas anteriores a la redacción del artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

En este marco, la memoria señalaba que el objetivo fundamental del proyecto era continuar con la trasposición en la Comunidad Autónoma de Castilla- La Mancha de la indicada Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, en el marco de las competencias que le confiere su Estatuto de Autonomía, así como dar cumplimiento al artículo 40 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y demás normativa sobre sostenibilidad y garantía de servicios sociales básicos en Castilla-La Mancha.

El Consejo dedicó la consideración VI de su dictamen a realizar una observación de carácter esencial al artículo 7 del Anteproyecto, que establecía un régimen sancionador referido al ejercicio de derechos y actividades sujetos a declaración responsable o comunicación previa, aplicable “*en lo no previsto por la legislación sectorial específica*”, y que contenía una relación de infracciones -clasificadas en muy graves, graves y leves- y sus correspondientes sanciones.

El dictamen recogía que “*el expediente tramitado no cuenta con informe alguno que explique las razones que han impulsado a la incorporación de este régimen sancionador al que no hay cumplida referencia en las diversas memorias de objetivos, medios necesarios, conveniencia e incidencia. Únicamente, el informe de la Secretaría General fechado el 29 de mayo de 2013, explica que su finalidad*

es “no dejar espacios infractores sin punición, derivados de eventuales vacíos normativos sectoriales”. Explicación esta que no aclara cuál es la situación de partida y ni las necesidades que han aconsejado incorporar un régimen sancionador aplicable a ámbitos sectoriales indeterminados, en los que el legislador sectorial al regular la comunicación previa y la declaración responsable optó por no establecer los tipos infractores que ahora se pretenden introducir.

No obstante, de la anterior explicación podemos deducir que la intención del autor del anteproyecto de implantar un régimen sancionador, tiene por objeto solventar el eventual vacío legal que se produciría si en el proceso normativo posterior de sustitución del régimen autorizatorio por un régimen de declaración responsable y comunicación previa, no se procede al mismo tiempo a adaptar el régimen sancionador. Sin embargo, en opinión de este Consejo, hacerlo anticipadamente plantea graves dificultades en relación con la observancia de los principios rectores de la potestad sancionadora establecidos en los artículos 127 a 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, aplicables al ámbito de todas las Administraciones Públicas, singularmente los de proporcionalidad y de tipicidad.

El principio de proporcionalidad impone la debida relación entre el ilícito cometido y la sanción impuesta (Sentencias del Tribunal Constitucional 55/96, de 28 de marzo, RTC 1996/55 y 161/1997 de 2 de octubre, RTC 1997/161). Implica que toda sanción debe determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según criterio de proporcionalidad, en relación con las circunstancias objetivas del hecho. Este principio opera, no sólo en el ámbito de la aplicación de la norma sancionadora, sino también en el ámbito legislativo, que es el que ahora nos interesa, dualidad que ha quedado recogida en el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al señalar en su párrafo tercero que “En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas, se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada”.

En este sentido, el Tribunal Supremo afirma en Sentencia de 5 de junio de 1992 (RJ 1992, 4624) que: “Ha de recordarse que es el legislador quien debe atender prioritariamente a tal principio [el de proporcionalidad] en el marco de la regulación de la potestad sancionadora en los diversos sectores,[...]” o, posteriormente, en Sentencia de 26 de marzo de 2001 (RJ 2001, 6608) al afirmar “el principio de proporcionalidad rige en el Derecho administrativo sancionador, no sólo en el ejercicio concreto de la potestad sancionadora, al dictar el acto de imposición de la sanción, sino también al establecerse la correspondiente previsión normativa [...]”.

En consecuencia, corresponde al legislador, a la hora de establecer la prevención normativa, la labor de delimitar las conductas reprochables y asignarles un castigo, guardando la adecuada correlación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicable.

En la regulación propuesta, al no venir referida a ningún ámbito de la actividad administrativa, no resulta posible ponderar la adecuación de las sanciones previstas al referido principio de proporcionalidad, en función de la gravedad del hecho constitutivo de la infracción o su trascendencia. Estima el Consejo que la ponderación de la gravedad de un hecho constitutivo de infracción no puede quedar definida exclusivamente por un aspecto meramente formal como es la incorrecta presentación, o la ausencia, de la declaración responsable o comunicación previa sino que precisa conocer y valorar su aspecto sustantivo, esto es, las repercusiones negativas que el incumplimiento de la citada obligación formal puede tener en relación con la concreta actividad o derecho que se trate, puesto que en unos supuestos se tratará de actividades completamente inocuas mientras que en otros casos pueden suponer graves riesgos para la seguridad de las personas o sus bienes.

A fin de exemplificar el anterior razonamiento se puede examinar el tratamiento que diversas normas sectoriales estatales han dado al incumplimiento de las obligaciones derivadas del régimen de declaración responsable y de la comunicación previa. En dicho análisis se aprecia una absoluta variedad tanto en la concreta definición de los tipos infractores, como en su calificación, que unas veces son graves y otra muy graves, como en la cuantía de las sanciones, que van desde los 3.000.000 de euros previstos en las Leyes 54/1997 de 27 de noviembre , del Sector Eléctrico (artículo 60 a) 19) y 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, a los 30.050,61 que prevé como máximo la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias (artículo 21.3 letras h) e i) y artículo 22), pasando por los 90.151,82 euros de sanción máxima establecida en la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria (artículo 31.1.k) y l) y artículo 34), por poner sólo algunos ejemplos.

En el ámbito autonómico se puede señalar que la Ley 7/2011, de 21 de marzo, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de Castilla-La Mancha califica la falta de presentación de la declaración responsable, como infracción muy grave, grave o leve, en función de la concreta actividad a que se refiere y de las circunstancias concurrentes. Así es calificada como muy grave cuando suponga alteración de las condiciones con grave riesgo para la salud y seguridad de personas o bienes (artículo 45.12); como grave si no supone dicho riesgo (artículo

46.1) y de leve cuando la falta de declaración previa se refiere a la instalación dentro de los establecimientos o locales, de cualquier tipo de puestos de venta y otras actividades. (Artículo 47), todo ello con independencia de que se reúnan o no los requisitos esenciales para ello.

Por su parte, el principio de tipicidad supone la imperiosa necesidad de pre-determinación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes mediante preceptos jurídicos que permitan predecir, con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y las sanciones aplicables, así como las normas tipificadoras de las infracciones y reguladoras de las sanciones que tengan rango legal (42/1987 de 7 abril RTC 1987\42) y tiene su fundamento en los principios de libertad (artículo 1.1 de la Constitución) y de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución).

El Tribunal Constitucional tiene señalado que el principio de tipicidad exige que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*), lo que implica un mandato dirigido al legislador y al poder reglamentario según el cual “han de configurarse las leyes sancionadoras llevando a cabo el “máximo esfuerzo posible” (STC 62/1982) para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever así, las consecuencias de sus acciones (STC 151/1997, de 29 de septiembre)” (STC218/2005, de 12 de septiembre, RTC/2005/218).

Entiende este Consejo que un régimen sancionador genérico, aplicable a ámbitos sectoriales indeterminados, no cumple las condiciones que permiten afirmar que en su configuración se ha empleado el “máximo esfuerzo posible”, lo que supone una merma de la seguridad jurídica, al desconocerse qué actividades y qué derechos de los ciudadanos son los que quedan afectados.

Es cierto que la aplicación de la Directiva de Servicios y las modificaciones operadas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, comportan un cambio radical en el modo de actuación de las Administraciones públicas que persigue la simplificación administrativa y la sustitución de un régimen de intervención administrativo previo por un control posterior lo que exige la adaptación de toda su normativa. Pero esta tarea se debe acometer, en lo que se refiere al derecho sancionador, mediante la adaptación directa de la normativa sectorial afectada, el mejor modo de garantizar, a juicio de este Consejo, el respeto a los principios de la potestad sancionadora.

Debe ponerse de manifiesto asimismo que algunas de las infracciones previs-

tas en este artículo como son la negativa u obstrucción de la actuación inspectora, la falta de comparecencia o la negativa o resistencia a facilitar información a la Administración, no son conductas que puedan relacionarse únicamente con actividades o derechos sometidos a la comunicación previa o la declaración responsable, pues se trata de infracciones que pueden producirse respecto de actividades o del ejercicio de derechos no sujetos a dicho régimen. Debe tenerse en cuenta además que para que tales conductas puedan ser sancionables, deben haberse establecido previamente como obligaciones de los ciudadanos, lo cual únicamente es posible efectuar mediante normas con rango de Ley, tal como exigen los artículos 39.1 y 40.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En el presente caso no puede interpretarse que se da cumplimiento al citado requisito al tener rango de ley la norma proyectada, pues el artículo 39 bis .1 de la citada Ley 30/1992, dispone con carácter básico como principio de intervención de las Administraciones públicas la obligación de elegir la medida menos restrictiva y la de motivar su necesidad, aspectos estos que imposibilitan el establecimiento de estas obligaciones con carácter general para todos los procedimientos sujetos a este régimen. En consecuencia, en caso de que se opte por su mantenimiento, las citadas infracciones deberían completarse, con la indicación que ello ocurrirá únicamente en los supuestos en que dicha investigación o comparecencia venga impuesta por una norma con rango de ley.

En virtud de lo expuesto, considera este Consejo que dicha adaptación de los regímenes sancionadores de los distintos ámbitos sectoriales al nuevo régimen de comunicaciones previas y declaraciones responsables, debe realizarse de forma simultánea a éste, de manera que la norma legal pueda ponderar adecuadamente el interés público que se pretende preservar, criterio éste que ha sido el adoptado por el legislador estatal en la Ley 25/2009, de 23 de diciembre, de Modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (por ejemplo se introdujeron nuevos tipos infractores en materia de metrología (artículo 11), industria (artículo 13), Sector Eléctrico (artículo 18), hidrocarburos (artículo 19), telecomunicaciones (artículo 28), vías pecuarias (artículo 31) y aguas (artículo 33).

Dicho criterio ha sido también el utilizado hasta la fecha por el legislador autonómico tanto en la Ley 7/2009, de 17 de diciembre, que modifica diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, de 12-12-2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los Servicios en el Mercado Interior (donde se modifican los regímenes sancionadores en materia de vías pecuarias, turismo y actividades feriales) y en las posteriores leyes 7/2011, de 21 de marzo de Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de Castilla-La Mancha y 1/2013,

de medidas para la dinamización y flexibilización de la actividad comercial y urbanística de Castilla-La Mancha”

Mediante Ley 7/2013, de 21 de noviembre, de adecuación de Procedimientos Administrativos, Reguladora del Régimen General de Declaración Responsable y Comunicación Previa fue aprobado el Anteproyecto, atendiendo la observación esencial realizada en el dictamen y la mayoría de las restantes observaciones no esenciales efectuadas.

- Dictamen número 306/2013, de 23 de septiembre, solicitado por la Consejería de Hacienda, sobre el Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de Castilla-La Mancha para 2014.

La Exposición de Motivos del texto normativo describía las líneas maestras de la acción de gobierno que pretendía llevarse a cabo a través de los Presupuestos Generales, que se articulaban en torno a la aplicación de principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera, responsabilidad y transparencia, y en el marco de equilibrio presupuestario definido por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y en la Ley 11/2012, de 21 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

La consideración esencial que recogía el dictamen tenía por objeto el artículo 10 del Anteproyecto, que regulaba el denominado “*Fondo de Contingencia*”. Dispónía este precepto la consignación de dicho fondo en el capítulo V del presupuesto de gastos, de acuerdo con el mandato contenido en el artículo 31 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Estabilidad Financiera, y en el artículo 7 de la homóloga Ley autonómica 11/2012, de 21 de diciembre.

El Consejo estimaba que, “*en cuanto al destino que ha de darse a dicho fondo se observa algún matiz en su redacción que lo diferencia respecto a la regulación contenida en las dos leyes precitadas, y que puede tener su importancia respecto a la finalidad con la que ha sido regulado y las necesidades a las que finalmente se destine. Así, mientras que tanto en la ley orgánica estatal como en la autonómica se dispone que está destinado a atender “necesidades de carácter no discrecional y no previstas en el Presupuesto inicialmente aprobado”, en el artículo objeto de estudio se señala que estará destinado a “financiar las necesidades que pudieran surgir en el ejercicio corriente y fueran inaplazables, de carácter no discrecional y que no tuvieran en todo o en parte la adecuada dotación presupuestaria”.*

La inclusión de este último inciso permite que el citado fondo pueda ser destinado no solamente a necesidades que no hayan sido previstas en el Presupuesto, y por lo tanto carecen de consignación presupuestaria, sino también a aquellas otras que, aun teniendo consignación, su dotación presupuestaria resulte insuficiente, en cuyo caso se vería ampliado el destino que para el mismo prevé la Ley orgánica y la autonómica citadas al referirse únicamente a necesidades “no previstas en el presupuesto”.

Advierte este Consejo que la redacción que acoge el anteproyecto que se dictamina seguiría la prevista en el artículo 50 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, pues señala este precepto, regulador del “Fondo de Contingencia de ejecución presupuestaria”, que el mismo ha de destinarse a “hacer frente durante el ejercicio presupuestaria a necesidades inaplazables, de carácter no discrecional para las que no se hiciera en todo o en parte, la adecuada dotación de crédito”. Sin embargo, una interpretación de la literalidad de los términos con los que aparece regulado el mismo en la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria -que han sido seguidos por la autonómica-, induce a entender que el destino del fondo se perfila más restrictivo por cuanto sólo podría serlo para gastos que no hayan podido ser previstos ni planificados a la hora de elaborar los presupuestos y por lo tanto carecen de consignación presupuestaria.

No estando al alcance de la Comunidad Autónoma la regulación del destino de dicho fondo, por cuanto según el artículo 31 de la citada Ley Orgánica 2/1012, de 27 de abril -y conforme ya advirtió este Consejo en su dictamen 199/2012, de 19 de septiembre, si bien en este caso las diferencias entre la regulación examinada y la prevista en la Ley Orgánica eran mucho más evidentes,- las diversas Administraciones Públicas sólo pueden determinar la cuantía y las condiciones de aplicación de dicha dotación, entiende este Consejo que la redacción del precepto objeto de estudio respecto al destino que ha de darse al fondo, debería adecuarse a la establecida en la referida Ley Orgánica estatal.

Sin perjuicio de cuanto se acaba de exponer procede asimismo advertir que los términos empleados para regular el destino del fondo de contingencia en el artículo objeto de estudio, no son concordantes con los del artículo 12.4 del anteproyecto, pues en este último precepto se vuelve a aludir a necesidades “de carácter discrecional y no previstas en el presupuesto inicialmente aprobado”.

Mediante Ley 10/2013, de 20 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2014, fue aprobada definitivamente la norma proyectada, siendo atendida la observación esencial formulada.

2.- Dictámenes de especial trascendencia en los que no se efectuaron consideraciones esenciales al Anteproyecto.

- Dictamen número 8/2013, de 16 de enero de 2013, solicitado por la Consejería de Empleo y Economía, sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas para la Dinamización y Flexibilización de la Actividad Comercial y Urbanística de Castilla-La Mancha.

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto se explicaban sucintamente las razones que justificaban la iniciativa legislativa, encaminada a favorecer una dinamización de la actividad comercial en la Región con medidas de flexibilización de la oferta y de simplificación de los trámites administrativos dirigidas a iniciar o transmitir las actividades.

De todas las observaciones realizadas por el Consejo, merece especial mención la efectuada al artículo 7, apartado 4 del Anteproyecto, que daba una nueva redacción al artículo 158 del Decreto Legislativo 1/2010, de 18/de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística (en adelante, TRLOTAU).

Dicho apartado disponía que “*se modifica el contenido del artículo 158, pasando el referido precepto a tener la siguiente redacción:*

“Artículo 158. El procedimiento de comunicación previa.

1. El promotor de las actuaciones a las que sea aplicable el artículo anterior podrá iniciarlas a partir del momento de presentación de la comunicación previa. La comunicación deberá ir acompañada de una descripción suficiente del acto, la operación o la actividad y de fotocopia de los permisos y autorizaciones que requiera el acto, la operación o la actividad de conformidad con la restante normativa que sea aplicable. [] En los supuestos previstos en el número 3 del artículo anterior además deberá presentarse: [] a) La declaración responsable regulada en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, en la que se manifieste el cumplimiento de la legislación vigente. [] b) La documentación técnica exigible. [] c) La liquidación de la tasa, o precio, o contraprestación económica que en su caso corresponda. [] 2. [...]”.

El Consejo estimaba en su dictamen que “*los supuestos contemplados en número 3 del artículo anterior -el 157-, aludido en el precepto analizado, son pre-*

cisamente: “a) El ejercicio de aquellas actividades de comercio minorista y de prestación de servicios incluidas en el Anexo de la Ley X/20XX, de XX de XX, de Medidas para la dinamización y flexibilización de la actividad comercial y urbanística en Castilla-la Mancha, que no afecten al patrimonio histórico-artístico ni impliquen el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público” y “b) Las obras necesarias para el acondicionamiento de los establecimientos en los que se pretendan implantar las actividades señaladas en la letra anterior cuando no requieran la presentación de un proyecto de obra, de conformidad con la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación”.

De tal modo, la redacción proyectada para el mencionado artículo 158.1 del TRLOTAU configura un supuesto de intervención administrativa a posteriori, para cuyo desencadenamiento se exigiría simultáneamente al interesado la formulación de una comunicación previa y la presentación de una declaración responsable.

Esta forma acumulativa de concebir la exigencia de dichos instrumentos administrativos de control no parece, a juicio de este Consejo, la más acorde con las reglas de la lógica o con los principios de economía procesal y eficiencia que deben presidir las relaciones con los ciudadanos, al tiempo que presenta posibles problemas de compatibilidad con una interpretación estricta de las previsiones generales plasmadas en los artículos 5.c) y 7 de la tan citada Ley Paraguas, 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, de cuyo tenor se infiere el tangible planteamiento alternativo del recurso a ambas figuras.

La definición de estos dos instrumentos de fiscalización de actividades -la declaración responsable y la comunicación previa-, como elementos sustitutivos de permisos, licencias o autorizaciones, ha quedado plasmada con el carácter de normativa básica en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, -añadido por el artículo 2.3 de la citada Ley 25/2009, de 22 de diciembre-, donde se insertan las siguientes clarificaciones conceptuales:

“Declaración responsable y comunicación previa [] 1. A los efectos de esta Ley, se entenderá por declaración responsable el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio. [] Los requisitos a los que

se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable. [] 2. A los efectos de esta Ley, se entenderá por comunicación previa aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70.1. [] 3. Las declaraciones responsables y las comunicaciones previas producirán los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente y permitirán, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas. [] No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente. [] 4. La inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a una declaración responsable o a una comunicación previa, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable o comunicación previa, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar. [] Asimismo, la resolución de la Administración Pública que declare tales circunstancias podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un período de tiempo determinado, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación. [...]".

Con más claridad se determina su carácter alternativo en el actual tenor del artículo 84.1.c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, que señala sobre ambas figuras: "1. Las Entidades locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios: [...] [] c) Sometimiento a comunicación previa o a declaración responsable, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [...]".

Asimismo, centrándose en el examen de la normativa básica estatal con la que primordialmente entronca la iniciativa: las medidas de impulso al comercio contenidas en el Título I de la citada Ley 12/2012, de 26 de diciembre, se percibe

de forma especialmente nítida la concepción alternativa de ambas figuras en el ámbito de regulación tratado, habida cuenta de que el artículo 4 de dicha disposición –tras abordar en el anterior los casos de inexigibilidad de licencias de inicio actividad y de obras de acondicionamiento de locales-, establece sobre el recurso a ambas figuras: “Artículo 4. Declaración responsable o comunicación previa [] 1. Las licencias previas que, de acuerdo con los artículos anteriores, no puedan ser exigidas, serán sustituidas por declaraciones responsables, o bien por comunicaciones previas, de conformidad con lo establecido en el artículo 71.bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, relativas al cumplimiento de las previsiones legales establecidas en la normativa vigente. En todo caso, el declarante deberá estar en posesión del justificante de pago del tributo correspondiente cuando sea preceptivo. [] 2. La declaración responsable, o la comunicación previa, deberán contener una manifestación explícita del cumplimiento de aquellos requisitos que resulten exigibles de acuerdo con la normativa vigente incluido, en su caso, estar en posesión de la documentación que así lo acredite y del proyecto cuando corresponda. [...]. [] 4. Cuando deban realizarse diversas actuaciones relacionadas con la misma actividad o en el mismo local en que ésta se desarrolla, las declaraciones responsables, o las comunicaciones previas, se tramitarán conjuntamente”.

A la vista de toda la regulación mencionada, cabe remitirse a lo ya expuesto por este Consejo en su dictamen 252/2010, de 10 de noviembre, relativo al anteproyecto de Ley de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Castilla-La Mancha, en el que, planteándose una cuestión similar, se expuso: “Los artículos 5 y 7 de la llamada Ley “Paraguas”, 17/2009, de 23 de noviembre, así como el nuevo artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, -reproducido en la Consideración III-, al igual que toda la normativa que se ha ido aprobando con el fin de sustituir los regímenes autorizatorios preexistentes a la Directiva 2006/123/CE por otros sistemas de control a posteriori, recurren alternativamente a una de las dos figuras analizadas -bien la declaración responsable o bien la comunicación previa-, pero no a una sucesión acumulada de las dos, sin que se alcance a comprender por qué en el supuesto tratado en el referido artículo 18, de autorización de establecimientos, quieren recabarse ambas manifestaciones, toda vez que los efectos garantistas que se logran con la recepción de la declaración responsable vienen a subsumir los de menor rigurosidad que han sido ideados para configurar el trámite de comunicación previa; circunstancia esta que vendría a justificar la posibilidad de que en determinados casos pueda iniciarse la actividad incluso antes de la presentación de la comunicación previa, auspiciada por el artículo 71. Bis. 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”.

En virtud de todo lo anterior, en opinión de este Consejo la exigencia acumulativa de comunicación previa y declaración responsable contemplada en el proyectado artículo 158.1 del TRLOTAU, prevista para los supuestos de inicio de actividades comerciales o de servicios y los de ejecución de obras de mero acondicionamiento de establecimientos no precisadas de proyecto obra, incurre en una práctica reiterativa o redundante que podría eludirse sin dificultad, de suerte que en tales casos se opte por la exigencia de uno solo de los dos mecanismos objeto de consideración, atendiendo a la potencial trascendencia de las eventuales consecuencias que pudieran derivarse de cada tipo de actuación.

b) De otro lado, en la futura redacción prevista para el artículo 158.1 c) del TRLOTAU no parecen contemplarse del modo más idóneo los tipos de ingresos de derecho público dimanantes del desarrollo de las actividades que se someten a procedimiento de comunicación previa, cuyo pago ha de ser acreditado por el comunicante mediante documentación adjunta. Como las actividades de referencia -artículo 157.3- pueden comprender obras eventualmente sujetas al Impuesto de Construcciones, Instalaciones y Obras, no hay que descartar la posibilidad de devengo de un impuesto. Por ello, se recomienda sustituir la mención a “la tasa, o precio, o contraprestación económica que en su caso corresponda”, por otra expresión más genérica y omnicomprensiva que haga alusión a la justificación de la liquidación de los tributos y demás ingresos de derecho público o privado que correspondan, que parece más acorde con la tipificación de recursos prevista en el artículo 2 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales -Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.-, y con lo reseñado en el inciso final del artículo 4.1 de la tan citada Ley 12/2012, de 26 de diciembre”.

Por último, el dictamen también contenía un apartado c) en relación con este artículo 158, en el que se sugería que la totalidad del contenido del mismo se reordenara para dotarlo de una sistemática más coherente que facilitara su comprensión.

Mediante Ley 1/2013, de 21 de marzo, de Medidas para la Dinamización y Flexibilización de la Actividad Comercial y Urbanística en Castilla-La Mancha se aprobó el texto definitivo del Anteproyecto, habiéndose atendido en su totalidad las observaciones realizadas en el dictamen comentado.

- Dictamen número 277/2013, de 4 de septiembre de 2013, solicitado por la Consejería de Hacienda, sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas Tributarias de Castilla-La Mancha.

En la memoria inicial del anteproyecto, suscrita por el Director General de

Tributos y Ordenación del Juego, se indicaba que en la iniciativa legislativa emprendida se sistematizaban y actualizaban todas las disposiciones contenidas en la Ley 9/2008, de 4 de diciembre, de medidas en materia de tributos cedidos, que en el año 2012 fue objeto de modificación en tres ocasiones, incrementando con ello la seguridad jurídica, y estableciendo nuevos beneficios tributarios en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Se señalaban también como objetivos de estas medidas tributarias la incorporación de incentivos para potenciar el tejido empresarial y a los emprendedores y PYMES de la región; la adopción de medidas indirectas que incidieran en el fomento del empleo y de la recuperación económica; y paliar los efectos de la actual situación económica entre grupos de población más afectados por la misma.

El contenido del Anteproyecto fue objeto de algunas observaciones de menor entidad tendentes a la mejora del texto normativo, resultando de mayor interés la mención a la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en su Sentencia 150/1990, de 4 de octubre, en la que se resalta la importancia que tiene la técnica legislativa empleada en el caso de normas de carácter tributario para garantizar la seguridad jurídica. Según el Alto Tribunal, “[...] *los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos exigen que la norma sea clara para que los ciudadanos sepan a qué atenerse ante la misma. En este orden de exigencias no cabe subestimar la importancia que para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas, singularmente en un sector como el tributario que, además de regular actos y relaciones jurídicas en masa que afectan y condicionan la actividad económica global de todos los ciudadanos, atribuye a éstos una participación y un protagonismo crecientes en la gestión y aplicación de los tributos. Resulta inexcusable en este contexto el esfuerzo del legislador, tanto estatal como autonómico, por alumbrar una normativa tributaria abarcable y comprensible para la mayoría de los ciudadanos a los que va dirigida; puesto que una legislación confusa, oscura e incompleta, dificulta su aplicación y además de socavar la certeza del Derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar por empañar el valor de la justicia.* [...]” (Fundamento Jurídico octavo).

Por lo demás el Consejo Consultivo consideró acertada la opción seguida por la Dirección General desde la que se impulsó la iniciativa legislativa, consistente en elaborar una nueva Ley que sistematizase y actualizase todas las disposiciones contenidas en la Ley 9/2008, de 4 de diciembre, en lugar de proceder a una nueva

modificación de la misma, y ello porque “*la adopción de esta última solución –que conllevaría la aprobación de un quinto anteproyecto de Ley modificativo– habría contribuido a incrementar la dispersión normativa con los riesgos que ello conlleva para la seguridad jurídica en tanto que se dificulta el conocimiento y aplicación de la norma*

La aprobación de una nueva Ley, sigue además la línea recomendada por las Directrices de Técnica Normativa establecidas mediante acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, en cuyo apartado I.i).50 establece lo siguiente: “Como norma general, es preferible la aprobación de una nueva disposición a la coexistencia de la norma originaria y sus posteriores modificaciones. Por tanto, las disposiciones modificativas deberán utilizarse con carácter restrictivo””.

El texto definitivo recogido por la Ley 8/2013, de 21 de noviembre, de Medidas Tributarias de Castilla-La Mancha sólo atendió alguna de las observaciones realizadas al Anteproyecto, que como se ha indicado, no comprometían la validez de la norma propuesta al no ser consideradas de carácter esencial.

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 2013:

- Dictamen número 141/2013, de 2 de mayo, solicitado por la Consejería de Agricultura, sobre el Anteproyecto de Ley por el que se deroga parcialmente la Ley 8/2003, de 20 de marzo, de la Viña y el Vino de Castilla-La Mancha, y se deroga la Ley 11/1999, de 26 de mayo, por la que se crea la indicación geográfica de vinos de Castilla-La Mancha.
- Dictamen 346/2013, de 23 de octubre, solicitado por la Consejería de Hacienda, sobre el Anteproyecto de Ley de Acompañamiento a los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2014.
- Dictamen número 354/2013, de 30 de octubre, solicitado por la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, sobre el Anteproyecto de Ley de Creación del Colegio Oficial de Periodistas de Castilla-La Mancha.

RESEÑA DE ACTIVIDADES DE DERECHO CONSTITUCIONAL,
AUTONÓMICO Y PARLAMENTARIO.
(1 ENERO DE 2012 A 1 DE ENERO DE 2013)

Dra. Ma Elena Rebato Peño
Profesora Titular de Derecho Constitucional de la UCLM.

SUMARIO

1. *Actividades sobre derechos fundamentales.*

1.1. *XVII Jornadas de derecho constitucional: “El derecho de reunión y manifestación”, Ciudad Real, 29 y 30 de noviembre de 2012.*

2. *Actividades relacionadas con el sistema autonómico.*

2.1. *XXII Seminario de estudios autonómicos: “El Estado Autonómico en tiempos de crisis”, Toledo, 22 y 23 de marzo de 2012.*

2.2. *Mesa redonda: “La reforma electoral en Castilla-La Mancha”. Toledo, 8 de mayo de 2012.*

3. *Actividades en materia de justicia constitucional.*

3.1. *XIII Jornadas de justicia constitucional: “La legitimidad del Tribunal Constitucional”. Toledo, 22 y 23 de noviembre de 2012*

4. *Actividades relacionadas con el constitucionalismo histórico.*

4.1. *Curso de verano: “Los orígenes del constitucionalismo español: la Constitución de 1812”. Cuenca 20 y 21 de junio.*

4.2. *Presentación del libro: “La Constitución de 1812 y su difusión en Iberoamérica”. Toledo, 10 de diciembre de 2012*

1. Actividades sobre derechos fundamentales.

1.1 XVII Jornadas de derecho constitucional: “el derecho de reunión y manifestación”, Ciudad Real, 29 y 30 de noviembre de 2012.

Más de 200 alumnos participaron en las XVII Jornadas de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de Ciudad Real, que se centraron este año en el análisis de los derechos de reunión y manifestación.

Desde el momento de la inauguración, tanto el decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, D. Juan Ramón de Páramo, Catedrático de Filosofía del Derecho; como el director de las Jornadas, D. Tomás Vidal Marín, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la UCLM, señalaron la oportunidad y conveniencia de la temática de las Jornadas, que tiene múltiples implicaciones tanto en el ámbito jurídico como en el social.

Este foro de análisis constitucional no podía obviar cómo la situación de crisis económica y la crispación social existente están provocando constantes manifestaciones y reuniones en lugares públicos, que en algunas ocasiones pueden estar fuera de la cobertura constitucional de los derechos fundamentales de reunión y manifestación.

Los profesores de Derecho Constitucional, D. Fco. Javier Díaz Revorio, Catedrático de la UCLM y Vocal del Consejo Consultivo de Castilla- La Mancha y D. Cesar Aguado Renedo, Profesor Titular de la Universidad Autónoma de Madrid, abordaron respectivamente las reuniones en lugares públicos, bien ante la sede los Parlamentos, bien frente a las basílicas en días de culto. En ambas sesiones se puso de manifiesto cómo pese a que las libertades de reunión y manifestación son derechos fundamentales que gozan de la máxima protección a nivel constitucional, también tienen limitaciones importantes que hay que tener en cuenta, pues en algunos casos esos límites proceden de otros derechos reconocidos en la Constitución o de bienes o valores constitucionales.

Los aspectos esenciales de estas libertades públicas, fueron objeto de las ponencias de D. Ignacio Torres Muro, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid , que se centró en el requisito de comunicación o autorización previa como requisito para el ejercicio del derecho; mientras que el Magistrado del Tribunal Supremo, D. Luis M^a Díez- Picazo Giménez, Catedrático de Derecho Constitucional dedicaría su ponencia al examen de los límites

del derecho de reunión y manifestación. Será otro Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Eduardo Espín Templado el que se encargará de realizar un repaso por los “*leading cases*” del Tribunal Supremo sobre la libertad de manifestación.

La tutela jurisdiccional de ambos derechos también fue objeto de debate a partir de la conferencia de D. Ángel Sánchez Navarro, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid.

2. Actividades relacionadas con el Sistema Autonómico.

2.1 XVII Seminario de estudios autonómicos: “*el Estado Autonómico en tiempos de crisis*”. (Toledo, 22 y 23 de marzo de 2012).

Continuando la línea iniciada hace unos años, la vigésimo segunda edición del Seminario de estudios Autonómicos se celebró en el Paraninfo del Palacio Cardenal Lorenzana durante los días 22 y 23 de marzo y se retransmitió por videoconferencia en los campus de Ciudad Real, Cuenca y Albacete.

Los directores del Seminario, D. Luis Ortega Álvarez, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM y Magistrado del Tribunal Constitucional y D. Isaac Martín Delgado organizaron un seminario, que en esta ocasión profundizaría en el estudio del estado actual del sistema autonómico en general en el momento de crisis en el que nos encontramos. Este fue el núcleo de la ponencia general sobre la temática del Seminario que dio pie al resto de temas del mismo y que corrió a cargo de D. Francisco Rubio Llorente, Catedrático de D. Constitucional y Presidente del Consejo de Estado. También será un Catedrático de D. Constitucional, D. Francisco Balaguer, quien incida en estas jornadas sobre la relevancia de la reforma del artículo 135 de la Constitución y cuyo detonante entre otros aspectos habría sido la actual situación de crisis económico financiera.

El resto de las ponencias se centraron en las duplicidades funcionales existentes entre Comunidades Autónomas y entes locales, impartida por D. Francisco Velasco Caballero, Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid; el control sobre las Comunidades Autónomas en cuestiones presupuestarias, a cargo de D. Luis Arroyo Jiménez, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la UCLM; la influencia de la crisis financiera en las técnicas de coordinación, cooperación y colaboración, conferencia impartida por D. José

Tudela Aranda, Letrado de las Cortes de Aragón ; o la competencia estatal sobre las cuencas hidrográficas intercomunitarias según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a cargo de D. Luis Ortega Alvarez, Magistrado del Tribunal Constitucional y director de las Jornadas.

Las ponencias de las Jornadas, fueron complementadas con unas Mesas Redondas, que suponían el cierre de cada uno de los días, acerca de la racionalización de la estructura organizativa de las Comunidades Autónomas y los entes locales; y la paralización del desarrollo de los Estatutos de Autonomía respectivamente.

2.2 Mesa redonda: “*la reforma electoral en Castilla- La Mancha*”. Toledo, 8 de mayo de 2012.

El área de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, en colaboración con el Foro de Derecho Electoral organizó una Mesa Redonda sobre la reforma electoral en Castilla- La Mancha, moderada por D. Fco. Javier Díaz Revorio, Vocal del Consejo Consultivo de Castilla- la Mancha y Catedrático de Derecho Constitucional y en la que participaron: D. Jesús Labrador Encinas, Delegado del Gobierno en Castilla- La Mancha; D. Vicente Tirado Ochoa, Presidente de las Cortes de Castilla- La Mancha; D^a Alicia Segovia Marco, Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla- La Mancha y D^a. M^a Elena Rebato Peño, Profesora Titular de Derecho Constitucional.

La actualidad del tema, pues en ese momento se estaba tramitando en las Cortes regionales la reforma electoral de Castilla- la Mancha, así como los participantes en la misma, despertaron gran expectación, lo que motivó que el Aula Magna de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales tuviera el aforo completo.

Tras la inauguración de la Mesa Redonda por las autoridades académicas del campus, comenzaron las intervenciones de las integrantes de la Mesa en las que se hizo referencia a la propuesta de reforma electoral que en ese momento se encontraba en las Cortes Regionales en la fase de enmiendas y que consistía básicamente en el aumento de 4 diputados, pasando de los entonces 49 miembros a 53. De este modo, argumentaban tanto el Presidente de las Cortes como el Delegado del Gobierno, se aumentaría la proporcionalidad y representatividad del sistema electoral de Castilla – La Mancha, siempre a coste cero y en el marco de lo previsto en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía.

Sin lugar a dudas, una de las intervenciones más representativas de la actualidad y el interés existente por tema de la Mesa Redonda, fue la de los propios alumnos de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, que presentaron un trabajo que habían realizado y en el que planteaban, después de diversos análisis, incrementar el número de diputados a 59, sin que supusiera ningún coste adicional a los presupuestos de la Cámara. También ponían de relevancia la necesidad del consenso entre los distintos grupos parlamentarios y la recomendación de que la Ley Electoral no se modifique cada cuatro años en función de las preferencias del grupo parlamentario mayoritario de turno.

3. Actividades en materia de justicia constitucional.

3.1. XIII Jornadas de justicia constitucional: “la legitimidad del Tribunal Constitucional”. Toledo, 22 y 23 de noviembre de 2012.

La Iglesia de San Pedro Mártir fue el lugar elegido para la inauguración de la decimotercera edición de las Jornadas de Justicia Constitucional, que en esta ocasión versaron sobre la legitimidad del Tribunal Constitucional y que se desarrollaron durante los días 22 y 23 de noviembre.

El objetivo de esta iniciativa, dirigida por los profesores de la UCLM, D. Francisco Javier Díaz Revorio, Catedrático de Derecho Constitucional y miembro del Consejo Consultivo de Castilla- La Mancha y D^a. M^a Elena Rebato Peño, Profesora Titular de Derecho Constitucional, era analizar la composición, el funcionamiento del Tribunal Constitucional y sobre todo la legitimidad del mismo, cuestión esta siempre en permanente debate.

Así se puso de manifiesto desde el primer momento en la inauguración de estas Jornadas en las que participaron el decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, D. Pedro J. Carrasco Parrilla y D. Emilio Sanz Sánchez, Presidente del Consejo Consultivo de Castilla- La Mancha.

La primera sesión de las Jornadas, corrió a cargo de D. Pablo Pérez Tremps, Magistrado del Tribunal Constitucional y Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III, que abordó la cuestión de la designación de los miembros del Tribunal tanto en España como en el entorno europeo, y como la forma de elección no desvirtúa en absoluto la legitimidad del Tribunal ni de sus magistrados.

La segunda ponencia de las Jornadas fue impartida por el Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, quien disertó sobre los límites de la función jurisdiccional del Tribunal Constitucional ante el Poder Judicial.

Una de las intervenciones que más polémica despertó entre el auditorio, fue la de D. Víctor Ferreres Comellas, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra, quien puso en duda la imparcialidad de los miembros del Tribunal Constitucional, a pesar de las manifestaciones realizadas por los Magistrados que le habían precedido en el uso de la palabra.

La conferencia de D. Enrique Belda Pérez- Pedrero, Vocal del Consejo Consultivo de Castilla- La Mancha y Profesor Titular de Derecho Constitucional, hizo referencia a la siempre polémica cuestión de la legitimidad del Tribunal Constitucional, pero en esta ocasión en relación al resto de poderes del Estado.

La sesión de tarde de este primer día de las Jornadas se cerró con la celebración de una Mesa Redonda sobre la organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional después de las últimas reformas, moderada por el co- director de las Jornadas, D. Fco. Javier Díaz Revorio y en la que intervinieron: D^a Alicia Segovia Marco, Directora del Gabinete Jurídico de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas; D. Tomás Vidal Marín, Profesor Titular de Derecho Constitucional; D^a M^a Elena Rebato Peño, co- directora de las Jornadas; y D^a. M^a José Majano Caño, Profesora Asociada de Derecho Constitucional.

La sesión del viernes 23 de noviembre se inició con la conferencia de D. Manuel Aragón Reyes, Magistrado del Tribunal Constitucional y Catedrático de Derecho Constitucional sobre, la independencia y el estatuto de los Magistrados del Tribunal Constitucional. La legitimidad del Tribunal Constitucional en el Estado Autonómico fue el tema sobre el que disertó el director del Instituto de Derecho Público y Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos, D. Enrique Álvarez Conde.

Cerró las Jornadas, una Mesa Redonda sobre la legitimidad de la Justicia Constitucional en el Derecho Comparado iberoamericano, moderada por la co- directora de las Jornadas D^a M^a Elena Rebato Peño y en la que intervinieron: D. Fco. Javier Díaz Revorio, co- director de las Jornadas; D^a Wendy Mercedes Jarquin Orozco, Letrada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Nicaragua y Profesora invitada de la UCLM; D. Milton Emilio Castellanos, Profesor

de la Universidad Autónoma de Baja California, México y D^a. Estefanía Esparza Reyes, Investigadora de la Comisión Nacional de Investigación, Ciencia y Tecnología de la República de Chile.

Al igual que en ediciones anteriores se contó con la asistencia de más de 200 estudiantes de Derecho, Gestión y Administración Pública y profesionales del sector jurídico.

4. Actividades relacionadas con el constitucionalismo histórico.

4.1. Curso de verano: “los orígenes del constitucionalismo español: la Constitución de 1812”. Cuenca 20 y 21 de junio.

Coinciendo con la celebración en este año del bicentenario de la Constitución de 1812, el primero de los cursos de verano que organiza la Universidad de Castilla- La Mancha, ha sido el dedicado a *Los orígenes del Constitucionalismo español: La Constitución de 1812*".

Dicho curso, que se llevará a cabo en Cuenca, ha sido inaugurado por D^a M^a Ángeles Zurilla, Vicerrectora de Cultura y Extensión Universitaria, que ha destacado la relevancia y oportunidad de este programa, dentro de las actividades estivales que organiza la UCLM, y que siempre intentan abordar temáticas de suma actualidad, como es este caso.

D. Feliciano Barrios Pintado, Catedrático de Historia del Derecho de la UCLM y D. Fco. Javier Díaz Revorio, son los directores de este curso en el que a lo largo de los días 20 y 21 de junio, tendrán lugar distintas ponencias y mesas redondas, que abordarán diversos aspectos del primer texto constitucional español: sus influencias, los orígenes y avatares de su elaboración, los derechos que reconoce, así como las instituciones y poderes que se encuentran regulados en el mismo.

La primera jornada matinal del Curso, estuvo dedicada al estudio de las Cortes de Cádiz, el liberalismo español y la relación de los constituyentes con Castilla- La Mancha. Intervinieron D. José A. Escudero López, Catedrático de Historia del Derecho y miembro de las Reales Academias de la Historia y de Jurisprudencia y Legislación; D. Feliciano Barrios, Catedrático de Historia del Derecho y miembro de la Real Academia de la Historia, D. Ramón Sánchez González, Catedrático

de Historia Moderna de la UCLM y director de la Real Academia de Bellas Artes y Ciencias Históricas de Toledo ; D. José Cano Valero, Profesor Titular de Historia del Derecho de la UCLM y D^a M^a Pilar Molero Martín Salas, Profesora Ayudante Doctora de Derecho Constitucional de la UCLM y Secretaria del Curso.

La sesión de tarde comenzó con una ponencia del co-director del curso, D. Francisco Javier Díaz Revorio, sobre las influencias de la Constitución de 1812, que dio paso a una Mesa Redonda, moderada por D. Feliciano Barrios y en la que intervinieron los profesores de Historia del Derecho de la UCLM: D. Dionisio A. Perona Tomás, Profesor Titular y D^a Sara Granda, Profesora Ayudante Doctora y D. Jesús García- Minguillán Molina, Profesor Asociado de Derecho Constitucional de la UCLM.

La segunda jornada comenzó con la ponencia del Catedrático de D. Constitucional de la UCLM y Magistrado del Tribunal Supremo, D. Eduardo Espín Templado, sobre el Poder Judicial en la Constitución de Cádiz y continuó con el análisis del concepto de Nación existente en la Constitución de 1812, a cargo de D. Pedro J. González -Trevijano Sánchez, Catedrático de D. Constitucional y Rector de la Universidad Rey Juan Carlos.

Otros temas que merecieron la atención y el debate en este foro fueron: los catecismos constitucionales, desarrollados por D. Miguel Revenga Sánchez, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz; el Ejército, objeto de la ponencia de D. Rafael Vidal Delgado, Coronel de Artillería y Doctor en Geografía e Historia; la salud pública en las Cortes de Cádiz, en la intervención de D^a Soledad Campos Díez, Profesora Titular de Derecho Constitucional de la UCLM y la función consultiva en el texto gaditano, en la conferencia de D. Enrique Belda Pérez- Pedrero, miembro del Consejo Consultivo de Castilla- La Mancha y Profesor Titular de la UCLM.

Los principios y derechos plasmados en la Constitución de 1812, fueron debatidos en una Mesa Redonda, dirigida por D. Fco. Javier Díaz Revorio y en la que participaron, los profesores de la Universidad de Castilla- la Mancha, D. Tomás Vidal Marín y D^a M^a Elena Rebato Peño, Profesores Titulares de Derecho Constitucional; D^a María Martín Sánchez, Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional y D. Jesús López de Lerma, Profesor Asociado de Derecho Constitucional y Periodista.

4.2. Presentación del libro: “*la Constitución de 1812 y su difusión en Iberoamérica*”. Toledo, 10 de diciembre de 2012.

El bicentenario de la elaboración de la Constitución de Cádiz de 1812 este 19 de marzo de 2012, ha supuesto para muchos grupos de investigación el punto de partida idóneo para realizar publicaciones en esta temática desde la Historia y desde el Derecho fundamentalmente.

La obra que el área de Derecho Constitucional de Toledo presentó el día 10 de diciembre de 2012 en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo y que lleva por título *La Constitución de 1812 y su difusión en Iberoamérica*, no aspira a ser la más completa de todas ellas, pero sí pretende ofrecer un enfoque diferente de la famosa “*Pepa*”.

La mencionada monografía editada por Tirant Lo Blanch, dirigida por los Catedráticos de Derecho Constitucional, D. Fco. Javier Díaz Revorio, D. Miguel Revenga Sánchez y D. José Manuel Vera Santos y coordinada por D^a M^a Elena Rebato Peño, es el resultado principal de las investigaciones realizadas en el marco del proyecto “*La Constitución de 1812 y su influencia en América: orígenes y desarrollo del constitucionalismo español y latinoamericano*”, PII1I09-006-3787, financiado por la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Comunidades de Castilla- La Mancha.

La obra recoge diferentes estudios que representan un análisis sistemático de los bloques temáticos de la Constitución gaditana, sin ánimo de exhaustividad pero sí de abordar los aspectos más relevantes; al mismo tiempo que recoge la influencia de la misma en cada uno de esos bloques en algunos de los países de Latinoamérica que pueden llegar a ser más representativos, como México, Perú, Argentina, Nicaragua o Ecuador, entre otros.

Además no sólo se analiza la influencia de la Constitución de 1812 en “las colonias de Ultramar”; sino también cómo la presencia de los diputados americanos influyó en la redacción final del texto constitucional. Se trata pues de un análisis bidireccional de las influencias **en** y **desde** el texto constitucional.

Este doble análisis comienza en la publicación con una serie de ponencias relativas al proceso constituyente y las influencias presentes en los diputados gaditanos durante el mismo, para continuar con unas contribuciones relativas al tratamiento de los derechos y valores en la Constitución de 1812, los órganos y finalizar con una serie de aportaciones escritas sobre las influencias de la primera

Constitución española auténtica, en Iberoamérica, en concreto en Ecuador, Portugal, México, Nicaragua, o Argentina.

El acto de presentación del libro corrió a cargo del: Excmo. Sr. D. Marcial Marín Hellín, Consejero de Educación, Cultura y Deportes de la Junta de Comunidades de Castilla- La Mancha; D^a Fátima Guadamillas Gómez, Vicerrectora de Docencia y Relaciones Internacionales de la UCLM; D. Pedro José Carrasco Parrilla, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo; D. Feliciano Barrios Pintado, Catedrático de Historia del Derecho de la UCLM; D. Fco. Javier Díaz Revorio, Consejero Consultivo de Castilla- La Mancha, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM y Co- director del libro y D^a M^a Elena Rebato Peño, Profesora Titular de Derecho Constitucional de la UCLM y coordinadora del libro.

RESEÑA DE ACTIVIDADES DE DERECHO CONSTITUCIONAL,
AUTONÓMICO Y PARLAMENTARIO.
(1 ENERO DE 2012 A 1 DE ENERO DE 2013)

Dra. Ma Elena Rebato Peño
Profesora Titular de Derecho Constitucional de la UCLM.

SUMARIO

1. *Actividades sobre derechos fundamentales.*

1.1. *XVIII Jornadas de derecho constitucional: “el derecho a la tutela judicial efectiva”, Ciudad Real, 28 y 29 de noviembre de 2013.*

2. *Actividades relacionadas con el sistema autonómico.*

2.1. *XVII Seminario de estudios autonómicos: “del Estado Autonómico en tiempos de crisis a la crisis del Estado Autonómico”. Toledo, 18 y 19 de abril de 2013.*

2.2. *XVI Jornadas sobre el sistema autonómico de Castilla-La Mancha: “Parlamento, participación política y medios de comunicación social”. Cuenca, 25 y 26 de abril de 2013.*

3. *Actividades en materia de justicia constitucional.*

3.1. *Mesa redonda: “democracia y modelos constitucionales en los países del este”. Toledo, 27 de mayo 2013.*

3.2. *I Edición título de especialista en justicia constitucional, interpretación y aplicación de la constitución. Toledo, 8 a 26 de julio de 2013.*

3.3. *XIV Jornadas de justicia constitucional: “Tribunal Constitucional y poderes del estado”. Toledo, 21 y 22 de noviembre.*

1. Actividades sobre derechos fundamentales.

1.1. XVIII Jornadas de derecho constitucional: “el derecho a la tutela judicial efectiva”, Ciudad Real, 28 y 29 de noviembre de 2013.

La realidad y el Derecho Constitucional no transcurren como dos líneas paralelas, sino que al contrario, convergen como poco en algún punto. Por ello, todas las actividades académicas organizadas por el área de Derecho Constitucional, tienen como objetivo no sólo la investigación y especialización en alguna materia o tema en concreto, sino también ofrecer una respuesta jurídica a los problemas e inquietudes que se suscitan en la actualidad y que son objeto de debate diario fuera también del ámbito jurídico.

Sin lugar a dudas la Ley de Tasas Judiciales, que entró en vigor hace algo más de un año, ha traspasado los juzgados y los foros especializados para convertirse en una de las leyes más comentadas por las consecuencias que ha producido y que pueden concretarse en un efecto disuasorio en el ciudadano a la hora de acceder a la justicia. Este efecto podría ser una posible causa de inconstitucionalidad de la ley, ya que podría considerarse como una limitación desproporcionada del derecho a la tutela judicial efectiva.

Tras la inauguración de las Jornadas en las que participan alrededor de 200 alumnos, el Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de D. Constitucional de la UCLM, D. Eduardo Espín Templado, abrió el turno de ponencias con una intervención de carácter general en la que enmarcó el ámbito de la tutela judicial efectiva y el tratamiento jurisprudencial que de este derecho había realizado el Tribunal Supremo.

Sería el vocal del Consejo Consultivo de Castilla- la Mancha y Catedrático de D. Constitucional de la UCLM, D. Fco. Javier Díaz Revorio, el encargado de la conferencia más específica de las Jornadas que abordó plenamente el tema de fondo que había motivado las mismas, - *las tasas judiciales y la tutela judicial efectiva*-. Su intervención fue desarrollada y complementada en la Mesa Redonda de la sesión vespertina, en la que participaron los profesores de la Universidad de Castilla- la Mancha, D. Enrique Belda Pérez- Pedrero, D^a. María Martín Sánchez y D. Jesús García- Minguillán Molina.

El resto de contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva fue tratado en

otras sesiones del programa. Así, D^a Ana Ovejero, de la Universidad Europea de Madrid, impartió una conferencia sobre las garantías de celebración del juicio justo y la presunción de inocencia; o D. Luis M^a Diez- Picazo Giménez quien trató el recurso de casación y su relación con el derecho a la tutela judicial.

Las Jornadas concluyeron con la intervención de D^a M^a Elena Rebato Peño, Profesora Titular de Derecho Constitucional, en relación al derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la asistencia letrada incluida en las mismas.

2. Actividades relacionadas con el Sistema Autonómico.

2.1. XVII Seminario de estudios Autonómicos: “*del Estado Autonómico en tiempos de crisis a la crisis del Estado Autonómico*”. Toledo, 18 y 19 de abril de 2013.

El Seminario más antiguo de la UCLM, aborda en su vigésimo tercera edición un tema de suma actualidad como es la crisis del Estado Autonómico.

Con gran asistencia de público, tanto en el campus de Toledo, como en los restantes campus de la UCLM, en los que se siguió este Seminario por videoconferencia, se abordaron a lo largo del jueves 18 y viernes 19 de abril, cuestiones tan debatidas en el día a día de la opinión pública y jurídica como, el proyecto soberanista de Cataluña, la financiación autonómica, la permanentemente reclamada reforma del título VIII de la Constitución o el nuevo régimen local.

En la primera sesión del Seminario, que inauguró el Rector de la UCLM, D. Miguel Ángel Collado Yurrita, intervinieron los catedráticos de D. Constitucional, D. Juan José Solozabal Echevarría, de la Universidad Autónoma de Madrid y D. Francisco Balaguer, de la Universidad de Granada; junto al Letrado de las Cortes de Aragón y Secretario General de la Fundación Giménez Abad, D. José Tudela Aranda. Los tres ponentes fueron los encargados también de cerrar el primer día con la mesa redonda titulada “*Repensar la organización territorial del Estado*”.

El segundo día fue ocupado por los expertos en materia de derecho administrativo, comenzando la jornada con la ponencia introductoria de carácter general impartida por el co-director del Seminario y Magistrado del Tribunal Constitucional, D. Luis Ortega Álvarez, en relación a la defensa de la Constitución y el

Estado Autonómico. A continuación el nuevo sistema competencial de las entidades locales, la potenciación de la autonomía local y la reforma de la planta local, fueron los temas que ocuparon la mañana y que fueron objeto de las ponencias de los catedráticos de Derecho Administrativo, D. Francisco Velasco, de la Universidad Autónoma de Madrid y D. Tomás Font, de la Universidad de Barcelona y del Director del Instituto Nacional de Administración Pública, D. Manuel Arenilla.

**2.2. XVI Jornadas sobre el sistema autonómico de Castilla-La Mancha:
“Parlamento, participación política y medios de comunicación social”. Cuenca, 25 y 26 de abril de 2013.**

El área de Derecho Constitucional de las Facultades de Ciencias Sociales y Periodismo de Cuenca, organizó los pasados 25 y 26 de abril, las XVI. Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla- La Mancha, que en esta ocasión, además de la visión institucional sobre la Región, característica de las mismas, añadían un elemento importante, como es el papel de los medios de comunicación en la formación de la opinión del electorado sobre el funcionamiento del sistema político de la Nación en general y de la Región en particular.

Las Jornadas, financiadas por las Cortes de Castilla- La Mancha, fueron inauguradas por la Vicerrectora de Cultura y Extensión Universitaria, D^a. M^a Ángeles Zurilla; la Vicepresidenta de las Cortes de Castilla- La Mancha, D^a Cesárea Arnedo; el presidente del Consejo Consultivo de la Región, D. Emilio Sanz; el decano de la Facultad de Periodismo, D. Antonio Laguna, el vicedecano de la Facultad de Ciencias Sociales, D. José Javier Miranzo y los directores de las Jornadas, D. Fco. Javier Díaz Revorio, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM y vocal del Consejo Consultivo y D^a Ana Valero Heredia, Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional.

Sin perder el objetivo tradicional de unas jornadas de estudio del ámbito autonómico, centradas en esta edición en el Parlamento Regional, la primera ponencia de las Jornadas “*Parlamento, proceso y opinión pública*”, a cargo del Catedrático de Derecho Constitucional y Magistrado del Tribunal Supremo, D. Luis M^a Díez-Picazo Giménez, ya hizo vislumbrar que esa dimensión meramente institucional se iba a superar para ser complementada con el estudio de las relaciones de las actividades parlamentarias con la sociedad a través de los medios de comunicación.

En la misma línea, aunque con conclusiones y reflexiones distintas, fue la segunda ponencia de la mañana a cargo del co- director de las Jornadas, D. Fco. Javier Díaz Revorio, quien disertó sobre el papel de las nuevas tecnologías infor-

mativas en el ámbito de los derechos de participación política.

Los partidos políticos, las relaciones de éstos con sus miembros y el derecho de rectificación de los representantes políticos, fueron temas desarrollados respectivamente en las intervenciones del Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional, D. Eduardo Espín Templado; y los profesores titulares de Derecho Constitucional de la UCLM, D^a. M^a Elena Rebato Peño y D. Tomás Vidal Marín.

El segundo día de las Jornadas comenzó con la intervención del Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra, D. Marc Carrillo López, que abordó el tema de los principios constitucionales en los medios de comunicación y el control Parlamentario.

Las Jornadas concluyeron con la celebración de una Mesa Redonda que llevaba por título *“Representación política, Parlamento y medios de comunicación”*, en la que participaron académicos, como D. Angel Luis López Villaverde, Profesor Titular de Historia Contemporánea de la UCLM; representantes políticos como los portavoces en las Cortes de Castilla- La Mancha de los grupos parlamentarios popular, D. Francisco Cañizares Jiménez y socialista, D. José L. Martínez Guijarro; y periodistas como D. Inmaculada Aguilar Nacher, quien al mismo tiempo es asesora de comunicación del grupo parlamentario Entesa.

La visión multidisciplinar que resultó del debate de esta Mesa Redonda, enriqueció las reflexiones y conclusiones que hasta el momento se habían visto y supusieron el broche de oro para esta edición.

3. Actividades en materia de Justicia Constitucional.

3.1. Mesa redonda: “Democracia y modelos constitucionales en los países del este”. Toledo, 27 de mayo.

En muy pocas ocasiones podemos encontrar un foro de debate y discusión sobre modelos constitucionales distintos a los referentes de estudio, como el modelo constitucional, alemán, francés o italiano, entre otros. Por ello, el Área de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales de Toledo, consciente de la importancia de ampliar el conocimiento sobre los distintos modelos constitucionales en los países “más al Este de España”, organizó una Mesa

Redonda sobre esta cuestión el 27 de mayo de 2013 a las 17.00h.

La Mesa Redonda fue moderada por el Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Fco. Javier Díaz Revorio y en ella participaron expertos constitucionalistas como: D. Kristian Complak, de la Universidad de Wroclaw, Polonia; D. Murat. Tumay, de la Universidad de Selcuk y D^a. Saule Amandykova, de la Universidad Estatal de Karganda (Kazajastán) y D. Enrique Uribe Arzate

La dinámica de esta Mesa Redonda consistió en intervenciones breves por parte de los ponentes mencionados en relación a los sistemas constitucionales ruso, turco, de Kazajastán, y de México, en este último caso como contrapunto de los sistemas constitucionales expuestos.

Sus disertaciones fueron complementadas por las reflexiones efectuadas por el Moderador de la mesa y por el nutrido grupo de profesores e investigadores presentes en esta actividad.

3.2. I Edición título de especialista en Justicia Constitucional, interpretación y aplicación de la Constitución. Toledo, 8 a 26 de julio de 2013.

El Área de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, celebró el pasado mes de julio la primera edición del Título de Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución, durante los días 8 a 26 de julio y con la asistencia de más de 60 alumnos procedentes de distintos países de Europa, América y África.

Tanto los directores del curso, los catedráticos de Derecho Constitucional, D. Eduardo Espín Templado y D. Fco. Javier Díaz Revorio, como la coordinadora, la profesora titular de Derecho Constitucional, D^a. M^a Elena Rebato, y el Secretario Académico, D. Jesús López de Lerma, profesor asociado de Derecho Constitucional, tenían como objetivo ofrecer en este curso de postgrado una formación especializada en el ámbito de la Justicia Constitucional, los procesos constitucionales y la aplicación judicial de la Constitución. Se pretendía en el mismo combinar el análisis de las últimas tendencias en el ámbito del constitucionalismo (neoconstitucionalismo, garantismo, últimos avances en metodología de la interpretación constitucional) con el análisis de los problemas que se plantean en los procesos constitucionales, así como de la aplicación de la Constitución en los procesos ordinarios. Se aborda el papel de la jurisdicción especializada (Tribunales constitucionales o Supremas Cortes especializadas) pero también el de la

jurisdicción ordinaria en la aplicación de la Constitución.

Dado el enfoque teórico-práctico de su metodología, el curso estaba dirigido a juristas de todo tipo, cualquiera que sea su especialización, y especialmente abogados, fiscales, jueces, funcionarios del ámbito jurídico, profesores de disciplinas jurídicas, así como a investigadores en la materia. Por su enfoque comparado, estaba orientado no sólo a juristas españoles, sino también de otros países europeos y latinoamericanos, dado que estarán presentes las perspectivas europeas y latinoamericanas de los problemas.

A lo largo de tres semanas se abordaron todos los contenidos que deben conocer aquellos que deseen especializarse en la materia de Justicia Constitucional, comenzando con un primer bloque dedicado al análisis de la Interpretación de la Constitución, para posteriormente analizar el significado de la Justicia Constitucional en la actualidad, los procesos constitucionales desde un análisis comparado, la aplicación judicial de la Constitución y finalizando con las Garantías de la Constitución y la Administración Pública.

En cuanto al profesorado, dada la alta especialización de los contenidos del curso participaron algunos de los mejores profesores, investigadores y profesionales en la materia, tanto de España como de algunos países latinoamericanos. Sin ánimo de exhaustividad, participaron en este programa expertos en Filosofía del Derecho como los doctores Luis Prieto Sanchís, Marina Gascón Abellán o Alfonso García Figueroa; y en D. Constitucional, como D. Miguel Carbonell, Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México; D. Eloy Espinosa- Saldaña, de la Pontifica Universidad Católica del Perú, D. Lucio Pegoraro, de la Universidad de Bolonia; D. Néstor Pedro Sagües, de la Universidad de Buenos Aires.

Impartieron conferencias en el seno del programa, los magistrados D. Luis Ortega Álvarez del Tribunal Constitucional Español; D. Hermógenes Bienvenido Acosta, del Tribunal Constitucional de la República Dominicana; D. Eduardo Ferrer Mac-Gregor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y D. Luis López Guerra, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

También fueron ponentes todos los profesores del área de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla- La Mancha, junto a otros especialistas procedentes de otras Universidades.

Dado el éxito de convocatoria, la excelencia de los ponentes y de los cursan-

tes, muchos de ellos integrantes de cortes constitucionales, este curso de postgrado se ha convertido en una referencia a nivel internacional en materia de Justicia Constitucional.

3.3 XIV Jornadas de Justicia Constitucional: “*Tribunal Constitucional y poderes del Estado*”. Toledo, 21 y 22 de noviembre.

El Paraninfo “Fábrica de Envases de Cartón”, en el Campus Tecnológico de la Fábrica de Armas de Toledo, fue el lugar escogido en esta ocasión para llevar a cabo la decimocuarta edición de las Jornadas de Justicia Constitucional, dedicadas a situar al Tribunal Constitucional en el contexto del resto de poderes del Estado.

La larga tradición de las jornadas, así como lo completo del programa y del profesorado que participaba en el mismo, fue el impulso principal que motivó que más de trescientos estudiantes de grado y posgrado, además de abogados y otros profesionales del ámbito jurídico, se interesaran por inscribirse en la misma.

Estas jornadas se encuentran dirigidas por los profesores del área de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, D. Fco. Javier Díaz Revorio, Catedrático de D. Constitucional y vocal del Consejo Consultivo de Castilla- La Mancha y D^a M^a Elena Rebato Peño, Profesora Titular de Derecho Constitucional, quienes en la inauguración agradecieron a las Cortes regionales, representadas por su Vicepresidenta, D^a Cesárea Arnedo, su apoyo incondicional a la Universidad y a las actividades llevadas a cabo por el área de Derecho Constitucional , a través de los convenios de colaboración que ambas instituciones, UCLM y Cortes de Castilla- la Mancha mantienen.

El objetivo de las Jornadas fue analizar las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el resto de poderes del Estado, prestando atención a la justicia internacional y desarrollando todos y cada uno de los temas desde una perspectiva comparada.

Esta visión comparada, se puso especialmente de manifiesto en las Mesas Redondas tanto de la primera sesión de mañana de las Jornadas, como de la segunda, en las que los temas objetos de debate y discusión en las mismas: *Tribunal Constitucional y poderes del Estado en Europa y Latinoamérica*” y “*Sistema Electoral*” respectivamente, obtuvieron este tratamiento no centralizado en el sistema español.

Moderadas por los co-directores de las Jornadas, participaron en las mismas: D^a. Alicia Segovia Marco, Directora del Gabinete Jurídico de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas; D. Wendy M. Jarquín Orozco, Letrada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Nicaragua y los profesores de la UCLM: D. Enrique Belda Pérez-Pedrero; D^a María José Majano Caño; D^a M^a Pilar Molero Martín- Salas y D^a Ana María Valero Heredia.

“Comunidades Autónomas y Unión Europea en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, fue el tema escogido por D. Javier Donaire Villa, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid.

El resto de ponentes fueron desarrollando la relación del Tribunal Constitucional con otros poderes del Estado. D. Eduardo Espín Templado, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM y Magistrado del Tribunal Supremo, abordó la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial, deteniéndose en la tensa relación que en algunos momentos han tenido Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional. El Poder Legislativo y en concreto la omisión legislativa, fue el tema sobre el que disertó la Letrada del Tribunal Constitucional, D^a. Camino Vidal Fueyo, centrando su exposición en aquellos casos jurisprudenciales que han sido más relevantes en esta materia.

El Estado Autonómico y el poder de revisión constitucional frente al Tribunal Constitucional fueron el núcleo de las ponencias de D. Tomás Vidal Marín, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la UCLM y D. José Manuel Vera Santos, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, respectivamente.

Todas y cada una de las ponencias fueron complementadas con comunicaciones que desarrollaban algún aspecto específico abordado por el ponente con carácter más general. En algunos casos, estas comunicaciones corrieron a cargo de los propios alumnos de las Jornadas, quien de este modo tenían una posición más activa en esta iniciativa académica que año tras año tiene el área de Derecho Constitucional.

Dep. Legal: TO-984-2000
ISSN: 1139-0026
Edita: Cortes de Castilla-La Mancha
Diseño: Jer Publicidad
Impresión: Egesa



CORTES DE
CASTILLA-LA MANCHA

